



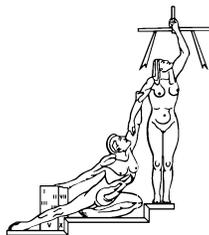
Poder Judicial

Nº 127

ISSN 2215-2377

Revista Judicial

“Con homenaje a la Sala Constitucional en su 30 aniversario”



Poder Judicial

Nº 127

ISSN 2215-2377

Revista Judicial

“Con homenaje a la Sala Constitucional en su 30 aniversario”

REVISTA JUDICIAL

ISSN 2215-2377

Nº 127

diciembre 2019

DIRECTORA

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

CONSEJO EDITORIAL

Presidencia del Consejo Editorial
Lic. Mateo Ivankovich Fonseca LLM

Suplente

Kattia Escalante Barboza

Dra. Shirley Víquez Vargas
Integrante Consejo Directivo Escuela Judicial. 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

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

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

MSc. Diego Benavides Santos.
Juez Tribunal de Familia.
Poder Judicial

SUPLENTES

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

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

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

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



REVISTA JUDICIAL

N°127

Fundada en 1976

ISSN: 2215-2377

**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:

Raúl Barrantes Castillo y Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial

Colaborador:

Román Bresciani Quirós

Revisión filológica de los artículos:

Lic. 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/](http://www.poderjudicial.go.cr/revistajudicial/)

CORREO ELECTRÓNICO:

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

AVISO LEGAL: La Revista Judicial no se hace responsable de las opiniones que expresan las personas colaboradoras, y en ningún caso representan la opinión de la revista o del Poder Judicial. Cada autora u autor se hace responsable de que su artículo sea inédito y original.

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

Sumario

PRESENTACIÓN9

I. ARTICULOS..... 11

“IURA NOVIT CURIA” E IMPLICACIONES PARA EL DERECHO DE DEFENSA: UNA ANOTACIÓN AL MARGEN DESDE EL DERECHO PROCESAL CIVIL COSTARRICENSE. 13

M.Sc. Luis Mariano Argüello Rojas.

GOBIERNO CORPORATIVO Y PROTECCIÓN DE INVERSIONISTAS MINORITARIOS EN CENTROAMÉRICA..... 31

Dr. Ignacio Monge Dobles.

NEUROCIENCIAS, CRIMEN Y CULPABILIDAD..... 49

Lic. María Fernanda Monge Rodríguez.

SOBRE EL SENTIDO JURÍDICO DEL PRINCIPIO RESOCIALIZADOR Y LOS DEBERES QUE DE ÉL DERIVAN. 63

M.Sc. Gabriel Ortega Monge.

CONCILIACIÓN ANTES DEL JUICIO ORAL Y PÚBLICO 83

Msc. José Esteban García Acosta.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA DEL DICTAMEN MÉDICO LEGAL ANTE EL CONSEJO MÉDICO FORENSE: HERRAMIENTAS PARA LA DEFENSA..... 91

Licda. Laura Cervantes Ocampo, Licda. Karen Susana Zamora Gallo, MS.c.Kimberly Porras Molina y Lic.Freddy Calderón Chaves.

II. JURISPRUDENCIA COMENTADA..... 103

**LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL EN LA JURISPRUDENCIA
CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA.....105**

MS.c. Ileana Bejarano Ugalde y Dr. Ricardo Antonio Madrigal Jiménez

III HOMENJE A LA SALA CONSTITUCIONAL EN SU 30 ANIVERSARIO.....181

**ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL:
1812-1989181**

MS.c. Tomás Federico Arias Castro.

**LA SALA CONSTITUCIONAL 30 AÑOS DESPUÉS. HISTORIA,
LOGROS Y RETOS.203**

Dra. Vilma Alpízar Matamoros

**LOS DERECHOS INNOMINADOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA
SALA CONSTITUCIONAL.223**

Dr. Haideer Miranda Bonilla

**INTERRELACIONES ENTRE LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL JUEZ ORDINARIO.
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.....247**

MS.c. Maricruz Barquero Kepfer y MS.c. Fernando Castro Padilla

**¿JUZGAR A LOS JUZGADORES? ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DEL JUICIO
POLÍTICO CONTRA JUECES...271**

Dr. Alfonso Herrera García.

LA TUTELA DEL DERECHO A LA VIDA EN EL ÁMBITO JUDICIAL INTERAMERICANO Y COSTARRICENSE.....	287
--	------------

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano

“LOS PRINCIPIOS DE TUTELA DE LA POBLACIÓN MIGRANTE DISPUESTOS EN LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”	317
---	------------

MS.c. Alfonso Chacón Mata

ENTREVISTA AL MAGISTRADO AL DR. FERNANDO CASTILLO VÍQUEZ, PRESIDENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL.....	343
--	------------

GALERÍA DE FOTOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL.....	349
--	------------

RESEÑA DE LIBROS O INVESTIGACIONES	359
---	------------

IV. PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO.....	363
---	------------

V. NORMAS DE PUBLICACION.	369
---------------------------------------	------------

PRESENTACIÓN

Cada vez que les presentamos un nuevo número de la Revista Judicial, nos llena de satisfacción poder brindarles artículos de calidad de profesionales en derecho y de otras disciplinas afines, los cuales laboran tanto en el Poder Judicial como fuera de él.

El gran número de personas colaboradoras que sacan parte de su tiempo libre para investigar y compartir sus conocimientos ayuda al mejoramiento de la Administración de Justicia, a la enseñanza del derecho y a la reflexión sobre temas de actualidad tan importantes en nuestro campo.

El Consejo Editorial de esta revista, consciente de la importancia de reseñar las actividades más importantes del Poder Judicial, acordó, en la medida de las posibilidades, presentar ediciones especiales como la que ya se hizo de la Reforma Procesal Civil, o bien, un apartado en la revista donde se resalte la promulgación de leyes o eventos importantes en la historia de nuestro Poder Judicial.

En este caso, rendimos homenaje a la creación de la Sala Constitucional que, en septiembre de este año, cumplió 30 años de existencia, coincidiendo con la celebración de los 70 años de la promulgación y vigencia ininterrumpida de la Constitución que nos rige desde 1949.

La Sala ha calado hondamente en nuestra idiosincrasia y es indudable que hoy se puede hablar de una época antes de la Sala y otra después de su creación.

El Dr. Rubén Hernández indicaba en alguna entrevista que tuve el gusto de leer, que la creación de la Sala y la emisión de la Ley de la Jurisdicción Constitucional lograron que los abogados volvieran a retomar ese libro que se llama Constitución, que lo estudiaran y lo hicieran parte esencial de su quehacer diario.

La Sala ha creado una esperanza para muchas personas que acuden a ella buscando la defensa de sus derechos y hasta creando nuevos vocablos a raíz de esto como el de “salacuartazo”. Habrá quienes la alaben, habrá quienes la critiquen, pero lo cierto es que difícilmente nos podríamos imaginar en estos tiempos, un escenario sin la existencia de la Sala. Son muchos los retos que la Sala tiene enfrente y, por medio de los artículos que compartimos, de personas autoras nacionales y la colaboración de un jurista mexicano que participa en esta edición, queremos rendir un homenaje sincero a estos 30 años de existencia.

La entrevista de este número le corresponde al Dr. Fernando Castillo Víquez, presidente de la Sala Constitucional, que, en forma clara y sencilla, nos habla del quehacer diario en esta importante institución y cómo vislumbra su futuro.

En una primera parte de esta edición, compartimos artículos en materia penal, comercial y procesal civil y un interesante artículo en la parte de la jurisprudencia comentada. En la sección dedicada a la Sala Constitucional, encontramos artículos sobre su historia, sobre los nuevos derechos que han surgido en su jurisprudencia y sobre temas tan polémicos como el derecho a la vida, la responsabilidad de las juezas y los jueces, los derechos humanos, entre otros.

También se presenta una recomendación de libros dedicada al derecho constitucional, y una “galería de fotos” nos recuerda personajes y momentos que forman parte de la historia de la Sala Constitucional.

Esperamos como siempre que los artículos sean de su interés y los y las invitamos a que compartan por este medio sus investigaciones.

Dra. Vilma Alpízar Matamoros

Directora de la Revista Judicial



Artículos



"IURA NOVIT CURIA" E IMPLICACIONES PARA EL DERECHO DE DEFENSA: UNA ANOTACIÓN AL MARGEN DESDE EL DERECHO PROCESAL CIVIL COSTARRICENSE

M. Sc. Luis Mariano Argüello Rojas*

RESUMEN

Este artículo presenta una reflexión crítica que busca propiciar el examen de una cierta categoría dogmática existente en el ideario jurídico. En esa línea, se somete a estudio el brocardo iura novit curia, evidenciando la actualidad y extensión de su uso en la jurisprudencia costarricense. Luego se contrastará con una serie de interrogantes que no buscan más que presentar puntos de inflexión para propiciar un debate que permita vislumbrar la corrección o no, bajo la cual esta locución debe ser –si se quiere– entendida y, mejor aún, aplicada.

Palabras clave: Derecho procesal, argumentación jurídica, debido proceso, realismo jurídico, iura novit curia.

ABSTRACT

The essay presented here is oriented as a critical reflection that seeks to promote the examination of a certain dogmatic category existing in the legal ideology. In this line, the brocade “iura novit curia” is subjected to study, evidencing the actuality and extension of its use in Costa Rican jurisprudence and then contrasting it with a series of questions, which do not look any further, than presenting points of inflection in order to promote a debate that allows to see the correction or not, under which it must be -if you want- understood and better still applied the phrase

Keywords: Procedural law, legal argumentation, due process, realism juridical, iura novit curia.

Recibido 4 de marzo de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019

* *Doctorando en Derecho y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Tiene una especialidad en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica (UCR) y es licenciado en Derecho con Énfasis en Derechos Humanos por esta misma Universidad. En el 2011, fue medalla de honor y obtuvo el primer promedio del Sistema de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Todas sus graduaciones han sido con distinción. Desde el 2012, es juez de la República y ha desempeñado su cargo en la Jurisdicción Civil y Contencioso Administrativa. A partir del 2015, es profesor de Derecho en la UCR (Sede de Occidente). Es autor de diversos artículos de investigación publicados en varios países de Latinoamérica. Director de varios TFG en la UCR. Miembro de la Asociación Costarricense de la Judicatura. Correos electrónicos: luis.arguellorojas@ucr.ac.cr / arguellomariano@gmail.com*

Nada hay tan estimulante para un autor como encontrar oyentes o lectores que reaccionen activamente ante sus dichos [...] En esas condiciones da casi igual que sus ideas sean aceptadas o rechazadas porque en uno u otro caso de la discusión ha de salir un pensamiento más refinado, que beneficiará por igual a los dialogantes.

Alejandro Nieto

Ya sabemos por qué la ciencia jurídica normal ha sido siempre, y no se ve por qué pueda dejar de ser, un tipo de juegos de lenguaje cuyas funciones sociales propias (formas de vida) están encargadas de legitimar e imponer el ajuste de las conductas a unos universos simbólicos.

Enrique Pedro Haba

Sumario: I. Planteamiento del problema: Entre mitos y potenciales afectaciones al derecho de defensa. II. Ideas base. II.A. Origen histórico y significado semántico. II.B. Empleo reiterativo del brocardo latino en la jurisdicción costarricense. III. Cuestionamientos acerca de su empleo. III.A. El problema de la inflación normativa, III.B. El reconocimiento de la naturaleza humana de las personas juzgadoras. III.C. ¿Implica una dimensión sustantiva o procesal? III.D. La existencia de los recursos procesales. III.E. ¿Se pueden separar los hechos del derecho? III.F. ¿Por qué solo la persona juzgadora conoce el derecho, acaso los abogados y las abogadas no lo conocen? III.G. Empleo y quebranto del derecho de defensa e imparcialidad de la persona Juzgadora. IV. Superación y advenimiento de una teoría crítica del derecho procesal en Costa Rica. V. Conclusiones. VI. Fuentes consultadas.

I. Planteamiento del problema: Entre mitos y potenciales afectaciones al derecho de defensa

Dentro de las diversas acepciones que el Diccionario de la Real Academia Española brinda respecto al vocablo “mito”, resulta altamente ilustrativa para el objeto de este estudio, aquella que lo entiende como: “Persona o cosa a la que se le atribuyen cualidades o excelencias que no tiene”. (Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=PQM1Wus|PQMf1C3>).

Precisamente, resulta punto neurálgico para estas páginas dar evidencia de cómo resulta ser una creencia mítica sustentar de buenas a primeras y como remedio a todos los problemas procesales y sustantivos que derivan de una contienda judicial que: “la persona juzgadora conoce el derecho”, pues allí precisamente se está otorgando a priori, una cualidad

o excelencia que, en la mayoría de los casos, –por no decir que en todos– difícilmente ostenta.

Por tanto, el problema que este artículo jurídico plantea no es menor, pues como razonamiento mecánico propio de las categorías dogmáticas, se suele lanzar tal adagio sin mayor reflexión al respecto, tanto en ámbitos jurisdiccionales como también académicos, generando severos problemas al separar el derecho de la realidad, o peor aún, residenciar categorías de análisis y razonamiento ancladas en una dimensión paralela que poca validez y legitimidad tienen frente a la sociedad donde se aplican que es donde el Derecho –así con mayúscula– debe poner a prueba la justificación de su existencia día tras día.

De esta forma, en las siguientes líneas, se invita a la persona lectora, no a aceptar, sino a reflexionar en algunas hipótesis que, de una u otra manera, ponen en tela de duda y/o someten a estrés analítico la fortuna de la famosa frase. Sin embargo, de previo, valga justificar la actualidad de la reflexión, mostrando el uso y abuso que los tribunales costarricenses han utilizado de la fórmula lingüística, principalmente orientado desde la perspectiva del proceso civil.

II. Ideas base

A partir de lo anterior y en aras de perfilar con nitidez las ideas que aquí se defienden, se analizarán el carácter abstracto de la figura y el consecuente ámbito de imprecisión de sus alcances y límites que supone un peligro para el derecho de defensa e imparcialidad de la persona juzgadora. Resulta fundamental sustentar, por un lado, ¿cuál es el origen que esta figura ha presentado? y, por otro, ¿cuál es el uso o concepción que la jurisprudencia

ha hecho de ella? –entendida en sentido lato– de origen costarricense.

II.A. Origen histórico y significado semántico

Con poca imprecisión, se piensa que la voz *iura novit curia* tuvo su origen en las inagotables fuentes del derecho romano, quizá su composición corta y la formulación en latín hicieron suponer a muchos tales pretenciosos umbrales. No obstante, lo cierto del caso es que la vocación casuista y el sentido práctico de la vida del jurista romano no engarzan con tal pretendida extravagancia teórica.

Por el contrario, las pocas personas cultivadoras del derecho procesal que se han abocado al estudio del brocardo parecen reconocer su génesis histórica en la Edad Media, puntualmente entre los siglos XII y XIII. Lejos de lo que podría pensarse, el surgimiento de la fórmula lingüística no procede de grandes disquisiciones jurídicas sino de la fatiga que se le estaba generando a algún juez de corte autoritario (no se olvide la etapa histórica en la cual surge) con ocasión de un debate litigioso entre abogados que, obviamente por su extensión, estaba sofocando la paciencia de aquella autoridad jurisdiccional.

Así, la doctrina especializada (Belén, 2016), citando a Giacomo R. Augenti, Sentis Melendo y Hugo Alsina, sustenta que el brocardo sería el resultado de la providencia lanzada por un juez, quien enojado por las lucubraciones jurídicas de algún abogado, lo habría interrumpido reclamándole: “Venite ad factum. Curia novit ius”, (p.3) quedando patente con ello que el aforismo se inserta perfectamente con ocasión de un modelo procesal de corte autoritario, como es aquel en el cual se limita la participación de los

litigantes durante una preponderancia o activismo del papel de la persona juzgadora.

Se debe llamar la atención el hecho –para nada insignificante– que una frase surgida en una época histórica de corte medularmente represivo y acuñada bajo la estructura de un sistema procesal inquisitivo haya sobrevivido al pasar de los siglos, sin mayor cuestionamiento que el de aquellos pocos que se arriesgan a ser tratados como heterodoxos ante la comunidad de feligreses jurídicos. Más paradójico resulta aún que, bajo el advenimiento de nuevos paradigmas constitucionalistas e, incluso, convencionalistas que refrescan las parcelas del derecho adjetivo, estos nuevos moldes se resistan a someter a prueba a aquel viejo resabio que, a la fecha, dada su buena salud, se sigue paseando sin mayores condicionamientos por las verdes llanuras del derecho procesal.

Por otro lado, si el estudio se detiene en su contenido semántico, los resultados tampoco son para nada halagadores, pues de forma sintética y, teniendo clara su ubicación histórica, los términos iura novit curia analizados de forma autónoma nos revelan una poderosa habilitación del poder oficial contra todo aquel que se le oponga, esto es:

En efecto, quien –de acuerdo al estudio gramatical de la expresión– conoce el derecho, y en consecuencia detenta el poder absoluto de selección y aplicación del mismo es el rey, o la comitiva de éste, o los tribunales destinados al gobierno de la nación. [...] La determinación del soberano

(rey o juez) de un exclusivo poder de selección y decisión del derecho a aplicar entraña un sagaz mecanismo de aseguramiento del poder. (Belén, 2016, pp. 9-10).

De esta forma, se puede comprender cómo el estudio histórico y lingüístico de las categóricas dogmáticas es una herramienta que, bajo el cobijo de la técnica jurídica, puede revelar significativos resultados como, en el caso que nos ocupa, evidencia la disección del iura novit curia. Dicho lo anterior, se pasará nota de seguido para testimoniar la conciencia o falta de ella que sobre el particular se tiene en nuestro ordenamiento jurídico positivo, particularmente con ocasión de una serie de pronunciamientos asociados con el derecho procesal civil.

II.B. Empleo reiterativo del brocardo latino en la jurisdicción costarricense

El principio iura novit curia es de amplio uso – se agrega, abuso– en la práctica jurisdiccional costarricense. En rigor, su radio aplicativo no es patrimonio exclusivo de una materia o jurisdicción, encontrando “carta de ciudadanía” en ámbitos tan variados como lo penal, civil, laboral, familiar y hasta contencioso-administrativo. Una simple búsqueda en diversos compendios jurisprudenciales, sean estos físicos o digitales, comprueba esta obviedad.

Para muestra y en aras de precisar el objeto de estudio, se pasará revista por diversos pronunciamientos jurisdiccionales afinados medularmente en el proceso civil costarricense que dan cuenta de su utilización. Eso sí se advierte que la muestra que se presenta ha

pasado por una selección rigurosa, esto es, de las decenas de sentencias analizadas, se escogieron aquellas más representativas, con ocasión además de ser consecuentes con los límites y alcances espaciales que debe respetar el artículo que aquí se construye.

Primeramente, se cuenta con este interesante antecedente, emitido por el Tribunal Primero Civil de San José en el voto n.º 492-2C de las nueve horas del veintiséis de junio de dos mil catorce, donde se recoge la que se considera que es la perspectiva más tradicional del aforismo que aquí se comenta.

En aquella resolución se hace una traducción literal de este, entendiendo que “el juez conoce el derecho” y, derivando con ello, la concepción que incluso la extinta Sala de Casación tenía desde vieja data, pues se hace cita de la sentencia n.º 00067 de 1962, rescatando: “Que el tribunal no se halla atado por los errores o las omisiones de las partes y que en la búsqueda del derecho todos los caminos se hayan abiertos ante él” (párr. 1).

De esta manera, la citada sentencia reconoce que el aforismo impacta de forma elocuente tanto en derecho material como procesal e, incluso, para clarificar sus alcances, presenta un progreso etimológico del precepto, desarrollado así:

(i) Curia: establecido como el sujeto de la oración; concibiéndose como tal a Jueces en sus diversos niveles-, que ejercen función jurisdiccional; (ii) Novit: verbo que significa “conocer”; “saber”; refiriéndose a que la autoridad judicial sabe de derecho; (iii) Iura:

sea “derecho” entendiéndose todas las normas jurídicas aplicables al caso concreto.

En suma, para este criterio jurisdiccional, la persona juzgadora aplicará el derecho con prescindencia o en contra de la opinión jurídica de las partes, dado que le corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma que estime adecuada.

De la resolución recién analizada, puede derivarse, en consecuencia, que bajo la fórmula del principio *iura novit curia*, se puede obtener la figura de una persona juzgadora libre que se encuentra incondicionada respecto al derecho alegado por las partes. Sin embargo, desde ya, se expone una respetuosa crítica a este criterio por tres razones: (i). En primer lugar, no reconoce o dibuja ningún límite al principio, de suerte tal que, si no hay fronteras, se corre el peligro de que arrase a ciertos derechos fundamentales básicos presentes en una contienda judicial; (ii) en segundo lugar, desliga las raíces etimológicas del contexto histórico que, como se mostró, responde a una visión muy distinta a la que se tiene actualmente y, finalmente, (iii) parece generar un empoderamiento hacia la persona juzgadora, una especie de eslogan que se sintetiza en la fórmula maquiavélica “el fin justifica los medios”, en aras de alcanzar aquel derecho aplicable al caso concreto. No obstante, en un modelo constitucionalista del *ius procesal*, los medios son los que justifican –sin excepción– los fines.

Asimismo, continuando con este breve repaso, resulta importante traer a colación lo dicho por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el

icónico voto n.º 00073 de las catorce horas treinta minutos del trece de agosto de mil novecientos noventa y siete. En esta resolución, la instancia casacional, desligando los alcances que existen entre la rescisión y la resolución contractual, hace alusión al *iura novit curia* y su armonía con la congruencia y concluye que la utilización de un fundamento jurídico distinto por parte del tribunal sentenciador a la hora de la resolución del caso no acarrea vicio procesal alguno.

Incluso, en la recién mencionada y clásica sentencia, la Sala Primera recuerda e insiste en que si bien las partes procesales intervinientes aportan los elementos fácticos –entiéndase: *quaestio facti*– del litigio, es al órgano jurisdiccional al que le corresponde calificarlos jurídicamente –*quaestio iuris*– citando que, en su criterio de cara al proceso civil: “Es inconcusa la facultad del juzgador para determinar libremente la regla de Derecho aplicable al caso. Por eso se dice que las partes suministran los hechos y al juez le corresponde decir el Derecho, regla que se condensa en el aforismo latino “*narra mihi factum dabo tibi jus*” (párr. 2).

Sin embargo, a juicio de quien escribe estas líneas críticas, hablar de “facultades inconcusas” en el proceso civil –sino se tienen los cuidados y equilibrios debidos– puede traducirse en potenciales afectaciones al derecho de defensa e, incluso, a la imparcialidad de la persona juzgadora, como se argumentará más adelante.

Continuando con esta reseña, resulta ineludible hacer eco de lo dispuesto por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto n.º 301-F de las once horas quince minutos del veintiséis

de abril de dos mil siete, en el cual el alto tribunal se enfrentó a una interesante disyuntiva en torno a los alcances de la calificación jurídica de un hecho dañoso. El caso sometido a estrados resulta sumamente trágico: dos padres reclaman responsabilidad civil frente a una empresa industrial aceitera con ocasión de la muerte de su hijo producto de un accidente técnico. El tema se sintetiza en que la parte actora calificó la situación como una responsabilidad extracontractual subjetiva con fundamento en el artículo 1045 del Código Civil, mientras que el juzgado de instancia otorgó la indemnización por daño moral; pero de acuerdo con una responsabilidad civil objetiva emplazada en el párrafo quinto del numeral 1048 de aquella regulación sustantiva.

La solución dada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en este caso de responsabilidad civil pasa, en primer lugar, por advertir la convergencia que presenta la congruencia con el *iura novit curia*, reconociendo que los preceptos normativos que formulan las partes en apoyo de sus planteamientos no condicionan el ejercicio jurisdiccional en lo que se refiere a la aplicación del derecho al caso concreto.

De este modo, la persona juzgadora con ocasión de resolver el conflicto puede y debe utilizar la universalidad del ordenamiento jurídico (que debe conocer), aun cuando el mandato que utilice para basar su criterio no haya sido formulado por los y las litigantes.

Sin duda, la solución dada por la Sala en esta resolución tiene la virtud de potenciar los alcances de la tutela judicial efectiva. Sin embargo, ¿es aquella exclusiva de la parte actora? o, dicho de

otra forma, ¿no se vulnera el derecho de defensa de una parte demandada cuando se defiende de una responsabilidad civil subjetiva y es condenada por una responsabilidad objetiva?

Será frecuente que se lancen piedras y se tache de excesivo formalismo un planteamiento contrario al expuesto. No obstante, la postura crítica a la cual esta reflexión responde es todo menos “formalista”, pues busca su cimiento en la extensión material de las garantías sustanciales del derecho al debido proceso (v. gr. derecho de defensa e imparcialidad). En casos como el presente, la solución bien podría ser la misma a que la Sala Primera arribó; pero transitando por caminos más garantistas, esto es, buscando medios que justifiquen aquel fin.

En efecto, el proceso civil bien puede potenciar la labor de la persona juzgadora en una etapa propia de audiencia preliminar (Conf. arts. 102.3 y 103.3 Ley N.º 9342) y buscar colegir de forma razonada que, ante un argumento vago de la parte actora, el juez o la jueza pueda exigir –en situaciones excepcionales– una aclaración de los fundamentos de derecho oscuros o imprecisos de la demanda o, inclusive, de su causa petendi.

Esto permitiría brindar en aquella etapa procesal preparatoria la audiencia respectiva a la parte accionada para que pueda defenderse, ofrecer alegatos y probanzas orientadas en aquella dirección. Asimismo, dado que, en tesis de principio, en el caso del proceso ordinario, el asunto podría ser fallado por un órgano colegiado, no se estaría afectando la imparcialidad.

En igual sentido, si al momento de sentenciar el asunto, el tribunal considera que el fundamento no fue advertido por ninguna de las partes, podría

brindar una audiencia previa respecto de aquellos aspectos que le resultan inconsistentes, con lo cual se garantiza el derecho de ser oído, acceso al contradictorio en calidad de igualdad y, así finalmente, sentenciar el caso, pero por un camino menos sorpresivo e, incluso, lesivo para las personas involucradas en aquel iter jurisdiccional.

Se examina esta tendencia que se denuncia, cuando ante tales carencias de fundamentación jurídica, luego la contraparte se ve sorprendida con una sentencia que establece una condena en su contra. Pero tales censuras han sido rechazadas en alzada, Así en el voto n.º 364 de las catorce horas veintidós minutos del dieciocho de septiembre de dos mil dieciocho, el Tribunal de Apelación Civil y Laboral de Alajuela (Sección Extraordinaria) argumentó lo siguiente:

Al respecto aduce que el actor no refirió cita legal alguna referida al caso concreto, siendo improcedente simplemente indicar que se fundamenta en tal o cual código, o señalar que se fundamenta en el ordenamiento jurídico, por lo que el juzgado de instancia debió prevenirlo bajo el apercibimiento de ley. Añade que tampoco solicitó que se condenara en costas a la parte contraria, siendo que en materia de derecho no existen suposiciones. Agrega que las peticiones, al igual que la relación de hechos, deben ser claras y concisas, máxime si se toma en cuenta que el proceso de conocimiento es un proceso formal por excelencia. El agravio no resulta de recibo. A pesar de que una vez revisada la demanda, se

aprecia que el fundamento legal dado por el actor es de carácter genérico, sin precisar en forma concreta los artículos de los diversas regulaciones normativas, considera esta cámara de alzada que se trata de un aspecto procesal precluido que no le causó indefensión al recurrente, tanto así, que el fundamento legal genérico dado por el actor en el libelo de demanda, no le imposibilitó al demandado el ejercer una férrea oposición a la presente acción legal. En todo caso, con base en el aforismo latino iura novit curia, el Juez conoce el derecho, el presente asunto se encaminó por la senda legal respectiva para dar solución al conflicto de intereses que nos ocupa, por lo que dicho agravio no resulta de recibo.

Finalmente, para postular algunas otras derivaciones del principio iura novit curia, es menester indicar que este ha sido utilizado en la jurisprudencia civil, para acoger, en otros aspectos, entre una demanda por el instituto denominado obligación de paso, aun cuando lo alegado fue una servidumbre continua y aparente. (Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, en el voto n.º 00092 de las diez horas del veinticinco de marzo de dos mil quince).

Asimismo, en procesos interdictales donde a guisa de ejemplo, se admitió en su momento la posibilidad de invocar la totalidad de modalidades de protección interdictal de forma simultánea: amparo de posesión, restitución, reposición de mojoneros, suspensión de obra nueva y derribo – ordinal del derogado artículo 457 del Código

Procesal Civil–. Bajo aquella regulación, se dispuso que el legislador admitía tácitamente la máxima:

Dadme los hechos y os daré el derecho”, en el sentido de que la persona juzgadora estaba autorizada para aplicar las normas jurídicas que estime procedentes, siempre y cuando la decisión sea acorde con las cuestiones de hecho y de derecho que se haya sometido a conocimiento sin alterar la causa de pedir, ni transformar el problema planteado en otro distinto. (Tribunal Primero Civil, Voto N° 00479 de las ocho horas del treinta de mayo del dos mil ocho) por último, también ha sido utilizado para admitir traslados de procesos monitorios para el cobro de obligaciones dinerarias representadas en facturas, acuñando con base el principio iura novit curia, la perspectiva de los vencimientos legales, con el fin de garantizar el acceso a la justicia. (Tribunal Primero Civil, voto n.º 00811-1U de las catorce horas treinta minutos del ocho de octubre de dos mil trece).

De esta manera, al menos sucintamente, quedan expuestas la vigencia y la multicausalidad que el citado brocardo presenta. Su utilización genera un abanico de posibilidades a favor de la persona juzgadora, y en su mayoría, se encuentra ausente cualquier intento de generar límites o críticas en la implementación oficiosa de esta máxima.

III. Cuestionamientos acerca de su empleo

En los siguientes acápite, se utilizará metafóricamente un microscopio analítico para someter a escrutinio y observación el citado principio –pues así ha sido catalogado– desde diversos lentes, todo si se quiere, en aras de

cuestionar y someter a prueba la corrección teórica que ese brocardo presenta.

III.A. El problema de la inflación normativa

En la mayoría de las legislaciones contemporáneas –y Costa Rica no es la excepción– se presenta un aumento exponencial del número de regulaciones, sean estas legales, reglamentarias o de otra categoría. En rigor, la disposición de que nadie puede alegar ignorancia de la ley, bien podría ser admitida frente a un buen computador, pero no ante la agobiada mente humana.

El tema no queda allí, el advenimiento de la convencionalidad del ordenamiento jurídico obliga a la persona intérprete del derecho, en general, a ampliar su horizonte. Si sumamos a ello, los repertorios jurisprudenciales y, entre estos, específicamente la jurisprudencia constitucional que, para el caso nacional, es vinculante erga omnes, resulta claro que conocer el derecho es una labor poco menos que meta-humana y, para muestra, expongo un ejemplo:

Costa Rica es un país feudalista a nivel procesal, se cuenta con Códigos Procesales a nivel civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, agrario, etc., lo cual genera una labor encomiable para aquel o aquella litigante que, sin un campo de especialización asentado, deba sortear los avatares de multisectorización de las disposiciones aplicables en una u otra materia. Lastimosamente, ese aumento cuantitativo también aparece múltiples deficiencias a nivel cualitativo, de tal suerte, que las lagunas, antinomias y entuertos interpretativos están a la orden del día. De forma insuperable, dos profesores españoles lo intercambiaron en su diálogo epistolar:

Los profesores, los jueces y los abogados, nos volvemos locos con la legislomania que padecemos y más aún con los constantes cambios, hasta tal punto que para saber el texto vigente de una ley hemos de consultar el Boletín Oficial de la semana anterior para evitar el riesgo de que se nos haya pasado por alto la última modificación. Esto parece el juego de las siete y media, pero con apuestas que afectan a millones de ciudadanos: en unos casos el legislador mantiene una ley anquilosada que está pidiendo a gritos su reforma; y en otros, la cambia cada día. (Nieto y Fernández, 1998, p. 90). Pues bien, ante este primer cuestionamiento: ¿Se debe aseverar a la ligera que la persona juzgadora conoce el derecho? ¿Cuántas personas juzgadoras comienzan su día disfrutando el desayuno a la luz del boletín oficial, sea la Gaceta o revisando la jurisprudencia emitida la semana anterior? Sin duda alguna, parece que el viejo adagio tambalea frente a la realidad, pero continúese en dimensionar otras aristas del tema sometido a examen.

III.B. El reconocimiento de la naturaleza humana de las personas juzgadoras

Decir a la ligera que el “juez o la jueza conoce el derecho” no es más que una especie de alusión generalizadora carente de todo respaldo empírico. Además permítase hilar un poco más delgado en esa dirección: ¿De qué juez o jueza estamos hablando? ¿De aquel con una carrera judicial amplia

e intachable o del recién llegado a un despacho judicial?; o más bien, ¿de aquel o aquella cuyas sentencias son frecuentemente anuladas por vicios de fundamentación o de aquella persona estudiosa que, fuera de sus horas laborales, sigue capacitándose y estudiando para hacer mejor su función? En suma: ¿De jueces y juezas de instancia o de apelación? ¿De los jueces y las juezas negligentes o de los serios? ¿De los y las fundamentalistas o progresistas?, etc.

El derecho no puede entenderse sin la mención de la función jurisdiccional, pero no de una figura idealizada sino realista, no existen jueces o juezas de nacimiento, sino personas que administran justicia o, más sintético, personas juzgadoras, lo cual permite resaltar el sustantivo y dimensionar el adjetivo, ya sea entender que aquellas personas son eso primero que todo: “personas”, con sus vicios y virtudes, defectos y bondades, omisiones e imperfecciones, olvidos y enfados.

Así, el profesor español Nieto García ha indicado: “El Derecho legal es inseparable de la sociedad y de la política puesto que de ellas sale, el Derecho judicial no puede entenderse sin la persona física del juez (Nieto, 1998, p. 98).

Todo esto surgió para indicar que las personas juzgadoras no han bajado del templo de la diosa Themis, y que están como su naturaleza humana lo dicta, proclives a las pasiones y defectos, al olvido y al error, y no tienen por qué ser menos ni más que los abogados y las abogadas que citan las normas jurídicas y que informan su teoría del caso. Quien niega que pueda existir uno o más abogados y abogadas que conozcan más de derecho que el juez o la jueza, entonces: ¿por qué el conocimiento del derecho va a ser patrimonio exclusivo de la persona juzgadora?

III.C. ¿Implica una dimensión sustantiva o procesal?

En tesis de principio, al decir sin más que: “El juez conoce el derecho”, no se está haciendo distinción alguna entre derecho sustantivo o procesal, de tal suerte que, bajo aquella ficción, se cobijan tanto lo uno como lo otro.

Sin embargo, la operatividad e instrumentalización de la locución parece estar incardinada fuertemente en el derecho procesal, pues supone que, en un proceso judicial, la persona juzgadora está habilitada por sus dones para introducir en la sentencia un derecho que solo ella conoce y que, a la vez, supone, naturalmente uno distinto al invocado por las desdichadas partes presentes en el conflicto.

Sin duda, la incógnita que surge de inmediato es: ¿En cuál artículo o regulación procesal se encuentra dispuesta legalmente tal posibilidad? ¿Se trata de alguna excepción al principio de legalidad procesal o bien es una proyección que busca la correcta solución del conflicto? Pero de ser así: ¿Por qué no regularlo? Si se revisan, por ejemplo, los principios procesales establecidos en el numeral 2 de la Ley N.º 9342, no se encuentra ninguna alusión. Sin embargo, las consecuencias que la implementación de la locución supone, sin duda ameritan la proyección de una discusión orientada en tal sentido.

En suma, la profundización que, desde el derecho procesal, merece la frase *iura novit curia* debe ser objeto de un intenso debate, si se analizan los cuidados y las reglas estructurales que guían la redacción de las sentencias, tampoco se encontrará ninguna mención en específico. No obstante, el peso

que puede tener su implementación en la resolución del conflicto es simplemente desbordante.

III.D. La existencia de los recursos procesales

Cabe cuestionarse si “las personas juzgadoras conocen el derecho” ¿para que existen los medios de impugnación contra sus decisiones? Efectivamente, en un mundo de idealizaciones, tal figura sapiencial del órgano jurisdiccional haría inocuo cualquier intento de rebatir sus posiciones, pues con el principio *iura novit curia* parece que el acaparamiento de la corrección jurídica descansa en sus manos.

Sin embargo, es claro que el juez o la jueza a la hora de sentenciar un caso, haciendo gala de tal brocardo, podría cometer errores y, en consecuencia, el tribunal de apelación o, en su caso, el de casación bien tendría que fallar el juicio reconociendo que la solución jurídica acertada no fue la intuida por el *a quo*, sino que esta proviene de lo alegado por la parte actora o demandada en su planteamiento.

En consecuencia, el dominio del conocimiento del derecho no tiene por qué ser enmarcado en un solo sujeto del proceso, a fin de cuentas, a la ciencia jurídica le interesa la paz social, y este objetivo tangible se alcanza paulatinamente a través del diálogo regido por las reglas del Estado constitucional de derecho, pues como el jurista Tomás Ramón Fernández señala de forma insuperable (1998) “Derecho somos todos” (p. 54).

Asimismo, no puede perderse de vista como señala Picado Vargas que: “La infabilidad del juez, arraigada en lo más profundo del ego de cada uno de nosotros, no es más que una falacia” (2010, p.

53). Esta honesta confesión que un propio juez hace, si bien cimienta la existencia del error judicial como fundamento de los recursos procesales, puede ser extendida y/o extrapolada al principio *iura novit curia*, pues es evidente que, en la selección del derecho aplicable, la persona juzgadora más que conocerlo, lo puede aplicar erróneamente, socavando no solo la tutela judicial efectiva, sino también el mismo derecho de defensa de las partes. En suma, el ejercicio indiscriminado que se puede hacer de este parece conducir –al igual que los caminos de Roma– a una consolidación de una visión egocéntrica del órgano jurisdiccional en detrimento del resto de partes procesales intervinientes.

En este punto de los cuestionamientos, se debe advertir que la orientación de la crítica más que destruir, busca al menos repensar los alcances del principio *iura novit curia* que, a juicio de este investigador –y en la realidad– más que traducirse en que el juez o la jueza conoce el derecho, puede ser proyectado como aquello que “la persona juzgadora puede aplicar otro derecho al invocado por las partes”. Si esto fuera así y, con independencia de uno u otro escenario, es ineludible pensar en límites, esto es, en aquellos vínculos sustanciales que dentro de un modelo garantista (Ferrajoli, 2009), el paradigma constitucionalista impone a los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio o acaso:

¿Tiene el *iura novit curia* fundamento constitucional? La respuesta a tal interrogante queda a la visión que ostente el paciente lector [...] sin embargo, lo que sí se debe advertir es que el derecho de defensa y la imparcialidad de la persona juzgadora si ostentan ese respaldo constitucional.

III.E. ¿Se pueden separar los hechos del derecho?

La dogmática ilusión de que el “juez es la boca de la ley” fue desde sus inicios rápidamente abandonada, recuérdese que es en la misma Francia revolucionaria cuando ante la observación atenta de la realidad, se tiene que instituir un recurso de casación para el control de las decisiones jurisdiccionales. Al respecto Zagrebelsky (2011) recuerda que: “El recours en cassation para la anulación de sentencias opera como tutela no de los derechos, sino de la ley, al objeto de impedir su “interpretación” y asegurar la prevalencia de la voluntad del legislador sobre la de los jueces” (pp. 53-54).

De esta forma, se deja entrever que, aunque el discurso oficial era que el deber ser implicaría que la persona juzgadora fuera portavoz de la ley, ello en el plano de la realidad, distaba mucho de tal cometido.

Lo anterior resulta relevante, en tanto, la noción más primigenia de la casación se circunscribía medularmente en el control de la legalidad del fallo. Históricamente se decía que aquella etapa se fungía como un juez de derecho más, no como un juez de hechos, haciendo con ello una tajante división entre la dimensión factual y normativa en el proceso.

No obstante, esta línea divisoria ha sido paulatinamente desdibujada y de esto da cuenta el fenómeno de “apertura y/o visiones semiformalistas de la casación” que, en diversas latitudes y ordenamientos, aquel instituto ha tenido.

En realidad, la contraposición tajante entre lo factico y lo jurídico, desde vieja data ha sido objeto de aguda crítica, por ejemplo, Satta (1967), recordando que el juicio es unitario cuando indicaba que: “juzgar que un hecho existe (en un cierto modo) significa dar su calificación jurídica, pensarlo jurídicamente” (p. 462).

Esto es sinceramente certero, cuando, por ejemplo, se piensa en la labor de selección que se realiza en la sentencia, de cara a filtrar o postular los hechos probados y no probados del veredicto, pues aquella construcción intelectual, quiérase o no, de una u otra forma, está condicionada por el derecho debatible y aplicable al caso que se juzga.

Nuestras fuerzas supera ingresar aquí en discusiones nietzscheanas orientadas en indagar, si más que hechos, lo que existe en la realidad son interpretaciones de estos.

Por el contrario, la posición teórica de contenido jurídico que se postula se orienta en admitir el impacto y/o condicionamiento que tiene el régimen jurídico aplicable en la selección e interpretación de los hechos dentro del proceso. Esta circunstancia analizada en su justa dimensión supone una tremenda controversia a las bases sobre las cuales tradicionalmente se ha sostenido el principio iura novit curia.

La doctrina italiana, entre ellos, Taruffo (2011), ha hecho eco de fuertes cuestionamientos a la tradicional contraposición entre lo factico y jurídico. En igual sentido, existen voces críticas en Alemania, España y Argentina que han orientado sus esfuerzos en la misma dirección. De esta manera, el autor en mención ilustra que:

El aspecto importante consiste en establecer que, en la decisión, todos los hechos que se deben determinar, y sólo ellos, son aquellos a los que se aplica la norma usada como criterio jurídico de decisión. Se trata del concepto de relevancia jurídica del hecho, conocido también por los juristas con otras expresiones sinónimas [...]. El objeto de decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante, es decir, como punto de referencia de los efectos que la norma misma prevé. Es la norma en otros términos, la que funciona como criterio de selección, en el sentido de individualizar entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación (p. 97).

De esta forma, la minuciosidad analítica expuesta por el procesalista italiano da una razón más para hacer dudar de la pretendida inocuidad del *iura novit curia*, pues si de una u otra manera, el derecho aplicable condiciona la concretización del ámbito factual del caso sometido a estrados, parece ser que aquella vieja concepción que proclamaba: “dame los hechos, yo te daré el derecho” (*da mihi facta, dabo tibi ius*) no es más que una vana ilusión.

La relación entre hecho y norma no pertenece a dimensiones autónomas; por el contrario, existe frente a la decisión jurisdiccional un paulatino acercamiento entre unos y otras. De allí surgen los acertados desarrollos orientados por la dogmática jurídica alemana en aquella trayectoria, mediante el establecimiento de una concepción dinámica que postula una interacción entre hechos y normas.

Este aspecto, por ejemplo, ha sido desarrollado en algunos interesantes talleres de capacitación

brindados por la Agencia Alemana de Cooperación Técnica para la Escuela Judicial de Costa Rica, mediante la denomina “metodología themis”.

De esta manera, queda expuesta una breve inquietud respecto de la visión unidimensionalista que, desde la perspectiva de este investigador, la concepción clásica del principio *iura novit curia* pretende postular; esto es, generando un dominio total sobre el derecho en la persona juzgadora y su separación radical de los hechos, los cuales remite al patrimonio exclusivo de las partes procesales intervinientes

Sin embargo, la nitidez de la raya divisoria comienza a desdibujarse a tonos grisáceos, cuando se admite que, en no pocas ocasiones, es la elección o determinación del derecho la que guía la propia interpretación—e incluso selección—de los hechos (*rectius*: aquellos jurídicamente relevantes), con el consecuente impacto que ello puede generar a la hora de interpretar y valorar la prueba o, incluso, si se quiere ir más allá, frente al posible desarrollo de algún grado de iniciativa probatoria o de solicitudes de prueba complementaria solicitadas por la propia persona juzgadora, en razón de una concepción férrea, aunque tal vez inconsciente de su pretendida potestad plena de “conocer el derecho”.

III.F. ¿Por qué solo la persona juzgadora conoce el derecho, acaso los abogados y las abogadas no lo conocen?

El éxito de una Administración de Justicia en general o de un sistema procesal en lo particular (la referencia es lo civil por ser el objeto del

presente estudio) radica en el correcto rol que desempeñen todos los sujetos procesales.

Esta necesaria relación, dependencia e interrelación entre judicatura y abogacía es vital e imprescindible. Así surge el acierto que supone realizar capacitaciones multisectoriales de tópicos atinentes a una reforma procesal (v. gr. papel que desempeña el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), pues las normas –contrario al dogma positivista común– no tienen vida por sí mismas, y si no existe una compenetración ideológica del sustrato teórico en las personas encargadas de su aplicación que las justifica, difícilmente podrán ser implementadas con éxito en la práctica forense.

Lo anterior da cuenta de la no poca molestia –o en su caso indignación– que puede suponer para una persona dedicada a la abogacía el ser advertida de forma soberbia por una persona juzgadora que el caso será resuelto por un derecho que solo él conoce y maneja. Sin duda, el origen autoritario de la figura queda más que patente.

A modo anecdótico, se puede traer a colación la frase expresada por un juez recién nombrado a un estudiante de Derecho: “Hace dos días era abogado, pero ahora soy juez, así que ahora conozco el derecho”. Lo anterior, aunque sea reflejo de una realidad, no deja de sonar como un mal chiste.

Desde el punto de vista personal –no institucional– la franja que separa a los órganos jurisdiccionales de los profesionales liberales del derecho no puede ser ni ha sido nunca intelectual. Este es el cuestionamiento al principio *iura novit curia* (siempre hubo y habrá excelentes, regulares y pésimas personas juzgadoras, así como abogados

o abogadas que representen, de una u otra forma, tales adjetivos). La máxima disimilitud que podría encontrarse entre unos y otros es más bien al necesario tránsito psicológico que Calamandrei perfilaba cuando con brillante elocuencia indicaba:

El juez es lo que queda después de suprimidas del abogado todas aquellas virtudes exteriores por las cuales el vulgo lo admira. El abogado es la bullidora y generosa juventud del juez; el juez es la ancianidad reposada y aséptica del abogado. (1980, p. 51).

De esta forma, no resulta justificable establecer una especie de superioridad intelectual o jurídica de las personas juzgadoras sobre las encargadas del ejercicio liberal de la abogacía, pues tal falacia que encubre una petición de principio o, en su caso, una falacia de autoridad busca esconder una determinada concepción autoritaria del proceso jurisdiccional que resulta incompatible con los fines del Estado constitucional de derecho y su respeto por las garantías integrantes de la libertad, la dignidad y la igualdad, mejor aún: por un verdadero debido proceso presente en los conflictos jurisdiccionales.

III.G. Empleo y quebranto del derecho de defensa

Con lo dicho, queda patente que las visiones dogmáticas del principio *iura novit curia* sino son abatidas, al menos deben redimensionarse en su justa medida. Las preocupaciones externadas en los anteriores párrafos no buscan ser jamás meros ejercicios academicistas autosatisfactorios que operan este fin en sí mismos, sino que, en

rigor, la pretensión no es otra más que invitar a la reflexión, al diálogo y la apertura del pensamiento crítico tan necesario hoy en los nuevos linderos del derecho procesal civil.

En términos simples, el brocardo analizado opera como una potestad del tribunal de aplicar simplemente otro derecho distinto al invocado medularmente por la parte actora, y es precisamente allí donde conviene detenerse, pues no existe menor efecto pernicioso en los casos en que, por ejemplo, se desestima la causa por falta de presupuestos materiales o aplicación oficiosa de exigencias procesales que operan simplemente en otra dimensión.

Así, el reto lanzado consiste en: ¿Cómo compatibilizar el iura novit curia con el derecho de defensa? ¿Cómo sustentar dentro de las reglas del debido proceso que una parte actora fundamente su teoría del caso en “x” y se condene a la parte accionada por “y”? La preocupación no es menor, de allí la acertada exigencia del proceso penal (Conf. art. 346, Ley N.º 7594) que, al menos, permea el derecho de defensa de las partes con el aviso previo de aquella posibilidad, puesto que la imparcialidad de la persona juzgadora o no sería otro eslabón más. Empero, si nos detenemos en el proceso civil, la situación expuesta parece que no está debidamente analizada.

De forma pragmática y en aras de exponer al menos –por razones de extensión– un elemento ejemplificativo, vale acotar que en los campos donde el principio iura novit curia puede tener mayor incidencia en el proceso civil es el ámbito de la responsabilidad civil. Así el profesor Tamayo Jaramillo, prolongando la obra del profesor Rivero

Sánchez, sintetizó el problema de la siguiente manera:

Si se concluye que la prohibición es para la víctima, entonces, ésta queda en una situación muy desventajosa, ya que si se equivoca en la responsabilidad invocada, el juez deberá rechazar las pretensiones pues su obligación de fallar está condicionada por la responsabilidad invocada. Contra esta tesis formalista al extremo, se ha ideado una teoría que el autor defiende y que denomina como “concurso de normas” y que yo he denominado en mi obra “teoría de la unidad de causas” de acuerdo con la cual, si el demandante se equivoca en la denominación de la responsabilidad, el juez de todas formas acogerá las pretensiones, a condición de que lo probado esté de acuerdo con los hechos de la demanda y con la indemnización solicitada. Considero que esta es la solución adecuada, aunque me parece fuerte el argumento de sus contradictores cuando afirman que ella puede atentar contra el derecho de defensa del demandado, quién corre el riesgo de defenderse de una forma de responsabilidad, mientras al final, el proceso de decide con los principios de otra responsabilidad. (Rivero, 2001).

La perspectiva particular que se expone respecto a la fórmula descriptiva de tan renombrados autores se ubica parcialmente para este caso en la “postura detractora”. En contexto, se manifiesta oposición rotunda a que, de buenas a primeras, si se planteó el caso por “x” responsabilidad se

pueda condenar por “y” v. gr. se planteó una responsabilidad civil subjetiva y se condenó por una responsabilidad objetiva, pues en tal escenario, la parte accionada está siendo afectada rotundamente en su derecho de defensa. La estrategia, teoría del caso, el manejo probatorio y demás elementos propios de la defensa son diferentes en uno u otro caso. Esta es la crítica a una posición jurisprudencial de mayoría orientada en tal dirección sea que potencia el iura novit curia por encima del derecho de defensa, y que es bien expuesta en la doctrina nacional (Torrealba, 2011, pp.114-116).

A pesar de lo expuesto, para evitar absolutorias que a muchas personas pueden parecer formalistas, el proceso civil puede utilizar mecanismos procesales garantistas, v. gr. solicitar ajustes o aclaraciones en audiencia preliminar, con lo cual se respeta el derecho de defensa y del contradictorio, máxime que, en aquella etapa, el juez o la jueza actúa unipersonalmente y será – para el caso del proceso ordinario– el tribunal en pleno, quienes resolverán la contienda, o bien se deberá acudir, vía criterio jurisdiccional, a una posición similar a la regulación prevista en el ámbito del proceso penal arriba expuesta.

En fin, el principio iura novit curia así entendido no puede ser una patente de corso indiscriminada, debe tener límites y, como cualquier instituto, estos se encuentran en primer término en el derecho de la Constitución.

IV. Superación y advenimiento de una teoría crítica del derecho procesal en Costa Rica

Desde la perspectiva que se pretende proyectar, el principio iura novit curia más que ser encuadrado

bajo un cielo de abstracciones conceptuales merece ser entendido tal y como opera en la realidad del discurso jurisprudencial, solo así se dirán las cosas como son y no como ilusoriamente se busca disimular.

Sobre el peligro de la primera tarea, ya el jurista alemán Jhering lo advertía cuando indicaba que: “Los conceptos no soportan el contacto con el mundo real. Donde los conceptos han de vivir e imperar, todo lo que pertenezca a este mundo debe mantenerse a gran distancia”. (Citado por Haba, 2015, p. 336).

Así el dicho de que “el juez conoce el derecho” llevado al ámbito de lo terrenal escapa, como se ha hecho notar, a esa dimensión mítica y metahumana con la cual se ha querido asociar. Por el contrario, lo que en realidad supone es que la persona juzgadora puede aplicar otro derecho a contrapelo del invocado por los y las litigantes en sus escritos de alegación y proposición.

El que pueda aplicar otro derecho, supone retos importantes para la salvaguarda del derecho de defensa y el necesario equilibrio de la relación jurídico-procesal. Sin embargo, valga de entrada advertir que ese otro régimen jurídico bien puede ser el no querido por la propia parte, ni el correcto al caso sometido a juicio, no se trata de un ejercicio mental predominante, sino simplemente diferente.

Con todo, en el ámbito procesal, como requisito sine qua non de admisibilidad al plantear una demanda, se exigen invocar los fundamentos del derecho, de modo que, si se plantea de forma incompleta o errónea, bien puede ser objeto de prevención, con previo traslado de la demanda o, incluso, en la etapa de audiencia preliminar. Pero de allí a que anterior

al dictado de la sentencia se pretenda solventar el desacierto jurídico de la parte actora, con la introducción novedosa de un ámbito de lectura legal previamente no contemplado, resulta ser un hecho que debe ser objeto de una meditada reflexión.

Se atribuirá al respecto que se está obviando que la persona juzgadora debe buscar la justicia. No obstante, la postura personal que se sostiene acerca de la dimensión de la actividad jurisdiccional en un Estado constitucional de derecho está dada porque aquella no se justifica por los fines, sino por los medios para alcanzarla. Así una decisión lograda mediante la vulneración del derecho de defensa y garantía del contradictorio se presenta de entrada como injusta, sin que el mérito de la decisión final pueda solventar aquel quebranto en el modo de alcanzarla.

En Costa Rica, se exige la aparición de estudios críticos del derecho procesal que se aparten de ser meramente antologías de datos foráneos o recopilaciones de citas doctrinales, y es que sin demérito de lo pragmático que puedan resultar tales estudios e, incluso, de su valía, se necesita salir de la pasividad del estado de ciertos postulados para alcanzar nuevos horizontes, una generación que ya ha agotado la cosecha de anteriores sembradíos y necesita salir a producir, so pena de recrear la imagen de un recuerdo lejano que ata y limita ante los cambios del presente.

V. Conclusiones

Al finalizar este estudio, se desea dejar patente que la intención no ha sido en modo alguno atacar a las personas defensoras del principio *iura novit curia*, tan siquiera se ha buscado convencer a quienes lo consideran una síntesis necesaria del correcto ejercicio de la función jurisdiccional.

Por el contrario, esta reflexión que aquí se concluye, si algún mérito tiene, es la postura que debe ser tenida y medida en su justo contexto, y es una invitación a reflexionar críticamente por aquellas concepciones jurídicas que, en no pocas ocasiones, se consideran escritas en piedra, por ende, inmodificables, y cuya recitación automática se pasa de generación en generación, sin mayor detenimiento ni razonamiento más que con ocasión de su enclave en la memoria.

Esta fijación inmóvil y acrítica del principio *iura novit curia* recuerda aquella visión mitológica de Medusa, quien convertía en piedra a todo aquel que se le enfrentará.

Si bien hoy los y las juristas no se convierten en piedra, parece que algunos institutos y conceptualizaciones sí tienen ese poder sobre nuestro pensamiento. Así la vitalidad de esta invitación es reflexionar de forma libre y crítica contra el dogmatismo que tantos réditos genera a las personas detentadoras del status quo.

En suma final, la dilucidación a todas las interrogantes lanzadas durante esta investigación, tal vez y sin afán reduccionista, se podrían despejar admitiendo que: “El derecho es demasiado humano para pretender lo absoluto de la línea recta”. Sin embargo, la receta no es propia, sino de Carbonnier.

VI. Fuentes consultadas

Sentencias

Tribunal Primero Civil de San José. (26 de junio de 2014). Sentencia n.º 492-2C. [JP Álvaro Enrique Hernández Aguilar].

Corte Suprema de Justicia, Sala Primera. (13 de agosto de 1997). Sentencia n.º 73-1997. [MP Rodrigo Montenegro Trejos].

Corte Suprema de Justicia, Sala Primera. (26 de abril de 2007). Sentencia n.º 301-F-2007. [MP Óscar Eduardo Gonzáles Camacho].

Tribunal Segundo Civil, Sección Primera. (25 de marzo de 2015). Sentencia n.º 092-2015. [JP Deyanira Martínez Bolívar]

Tribunal Primero Civil. (30 de mayo de 2008). Sentencia 00479-2008. [JP Álvaro Enrique Hernández Aguilar].

Tribunal de Apelación Civil y Laboral de Alajuela. (Sección Extraordinaria). (18 de septiembre del 2018). Sentencia n.º 364-2018. [JP Fernando Guillen Zumbado].

Tribunal Primero Civil. (8 de octubre del 2013). Sentencia n.º 811-1U. [JP Jorge Alberto López González].

Doctrina

Belén, M. (2016). El iura novit curia y su incidencia en el derecho de defensa en juicio y en la garantía de la imparcialidad del juzgador. Buenos Aires: Editorial B de F.

Calamandrei, P. (1980). Elogio de los jueces escrito por un abogado. Buenos Aires: Europa-América: Ediciones Jurídicas.

Carbonnier, J. (1974). Derecho flexible. Trad. L. Díez-Picazo. Madrid: Tecnos.

Ferrajoli, L. (2009). Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta.

Haba, E. (2002). Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico. San José: Universidad de Costa Rica.

Haba, E. (2015). La ciencia de los juristas. ¿Qué “ciencia”? San José: Editorial Jurídica Continental.

Nieto, A., & Fernández, T. R. (1998). El derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces. Barcelona: Editorial Ariel.

Nieto, A. (2007). Crítica de la razón jurídica. Madrid: Editorial Trotta.

Rivero, J. (2001). Responsabilidad civil. Tomo II. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica Dike.

Picado, C. (2010). Manual de los recursos procesales. (Con jurisprudencia). Tomo I Teoría general de los recursos. San José: Investigaciones Jurídicas, S. A.

Satta, S. (1967). Manual de derecho procesal civil. Volumen I. Las disposiciones generales del proceso de cognición. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América.

Taruffo, M. (2011). La prueba de los hechos. Madrid: Editorial Trotta.

Torrealba, F. (2011). Responsabilidad civil. San José: Editorial Juricentro.

Zagrebelsky, G. (2011). El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta.

GOBIERNO CORPORATIVO Y PROTECCIÓN DE PERSONAS INVERSIONISTAS MINORITARIAS EN CENTROAMÉRICA

Dr. Ignacio Monge Dobles*

RESUMEN

Este artículo analiza la regulación del gobierno corporativo y la protección de intereses minoritarios en el derecho comercial centroamericano. En su introducción, el artículo describe los postulados básicos y los indicadores del Banco Mundial para lograr regulaciones efectivas y niveles de protección positivos. Finalmente, el artículo examina el derecho de información de los socios, la responsabilidad de los directores y las reglas de gobierno corporativo para las sociedades comerciales en cada jurisdicción.

Palabras clave: Gobierno corporativo, socios(as), protección de intereses minoritarios, derecho comercial, derecho corporativo, derecho de información de los (as) socios(as), responsabilidad de directores (as)

ABSTRACT

This article analyzes the Central American commercial regulations on corporate governance and the minority interests' protection. As an introduction, the article describes the main principles and the World Bank's indicators to reach effective regulations and positive protection levels. Finally, the article analyzes the shareholder's information rights, the director's liabilities and the corporate governance's rules for the commercial entities in each jurisdiction.

Keywords: Corporate governance; shareholders; minority interests' protection; commercial law; corporate law; shareholder's information rights; director's liabilities.

Recibido 16 de Agosto de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019

** Doctor en Derecho Comercial. Miembro del Comité de Excelencia Académica y de la Comisión de Derecho Civil y Mercantil del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Socio de la firma de Abogados Facio & Cañas.*

Índices del Banco Mundial y gobierno corporativo:

Un postulado básico del gobierno corporativo es la protección de los socios y de las socias, donde las sociedades deberán garantizar la igualdad de trato entre socios y socias, principalmente respecto a la información, la participación y el derecho a voto.

Sin lugar a duda, una elevada concentración de propiedad accionaria en manos de una o pocas personas accionistas presentan desafíos de conflictos de interés, representando los suyos propios y no los de la compañía. Ello debe suponer que cada jurisdicción establezca un marco jurídico adecuado y pragmático. Desde luego, son las propias empresas quienes tienen la principal obligación de implementar en lo interno las mejores prácticas en esta materia.

El informe Doing Business del Banco Mundial mide la protección de las personas inversionistas minoritarios sobre conflictos de intereses a través de un conjunto de indicadores, así como los derechos de los accionistas en la gobernanza corporativa.

Primeramente, el índice del grado de regulación en materia de conflicto de intereses mide la protección de los accionistas contra el mal uso por parte de los directores de los activos corporativos para su beneficio personal. Los indicadores distinguen tres dimensiones de la protección de los inversionistas minoritarios, a saber:

- Transparencia de las transacciones entre las partes vinculantes (índice del grado de transparencia).
- Responsabilidad de los administradores en caso de transacciones perjudiciales entre las partes vinculantes (índice del grado de responsabilidad de los directores).
- Capacidad legal de los accionistas de llevar a juicio a los directores y ejecutivos por malas conductas (índice de la facilidad para juicios de accionistas).

Para poder comparar los datos entre las diferentes economías, varios supuestos acerca de la empresa y la transacción son utilizados.

Seguidamente, el índice del grado de divulgación de la información contiene cinco componentes, entre los cuales, se citan los siguientes:

- Qué órgano societario puede proporcionar autorización legal suficiente para la transacción.
- Si se requiere que un órgano externo, por ejemplo, un auditor independiente supervise los términos de la transacción antes de que esta tenga lugar.
- Si se requiere la divulgación a la junta directiva o al consejo supervisor.
- Si se requiere una divulgación inmediata de la transacción al público, a la autoridad pública o a los accionistas.
- Si se requiere una divulgación en el informe anual de la sociedad.

El índice del grado de responsabilidad de los (as) directores (as) tiene los siguientes componentes:

- Si los abogados de los accionistas pueden interponer directa o colectivamente una demanda por los daños y perjuicios que la transacción ha causado a la sociedad.
- Si una persona accionista demandante puede conseguir que se declare responsable a un(a) director(a) por los daños y perjuicios de la transacción causado a la empresa.
- Si una persona accionista demandante puede conseguir que se declare responsable al órgano que autorizó la operación (director (a) ejecutivo (a), miembros de la junta directiva o del consejo de supervisión) por los daños y perjuicios que ha causado a la empresa.
- Si el (la) director (a) debe pagar una indemnización por los daños y perjuicios causados a la sociedad con motivo de una demanda exitosa de un o una accionista.
- Si el (la) director (a) debe restituir a la sociedad los beneficios obtenidos por la

transacción con motivo de una demanda exitosa de un accionista.

- Si el (la) director (a) es multado (a) y encarcelado (a) o descalificado (a) con motivo de una demanda exitosa de un o una accionista.
- Si un tribunal puede anular la transacción basándose en la demanda de un o una accionista.

Por otra parte, el índice sobre la facilidad para los y las accionistas de interponer demandas judiciales contiene los siguientes componentes:

- Si los y las accionistas que controlan el 10% o menos de las acciones de capital de la compañía tienen derecho a inspeccionar los documentos de la transacción antes de iniciar un procedimiento judicial o requerir que un inspector del Gobierno investigue la transacción, sin presentar una demanda judicial.
- Qué tipo de documentos de la persona demandada y de los y las testigos están disponibles para quien demanda durante el juicio.
- Si el o la demandante puede obtener cualquier tipo de documentos del demandado sin identificarlos específicamente.
- Si el o la demandante puede interrogar directamente a la persona demandada y a los y las testigos durante el juicio.
- Si la exigencia de pertinencia de la prueba para juicios civiles es menos severa que para un caso penal.
-
- Si las personas accionistas pueden recuperar sus gastos legales de la compañía.

El índice del grado de regulación en materia de conflicto de intereses es el promedio del índice del grado de divulgación de la información, el índice del grado de responsabilidad de los (las) directores (as) y el índice de la facilidad de los juicios de los y las accionistas.

De seguido, el índice de gobernanza de las y los accionistas mide los derechos de los y las accionistas en la gobernanza corporativa distinguiendo tres dimensiones de la buena gobernanza: los derechos y el papel de las personas accionistas en las decisiones corporativas de gran importancia (índice del grado de derechos de los accionistas), las garantías de gobernanza que protegen a los y las accionistas del control y afianzamiento indebido de la junta de accionistas (índice del grado de fortaleza de la estructura de la gobernanza corporativa) y la transparencia corporativa en términos de la propiedad de las acciones, compensación, las auditorías y las perspectivas financieras (índice del grado de transparencia corporativa). El índice también mide si un subconjunto de derechos relevantes y garantías se encuentran disponibles en las sociedades.

Por otro lado, el índice del grado de derechos de las personas accionistas contiene los siguientes componentes:

- Si la venta del 51% de los activos de la compañía requiere aprobación de los y las accionistas.
- Si los y las accionistas que representen el 10% del capital social de la compañía tienen el derecho de convocar a una reunión extraordinaria de accionistas.
- Si la compañía debe obtener la aprobación de sus accionistas cada vez que emite nuevas acciones.
- Si los accionistas automáticamente tienen el derecho preferente de compra o de suscripción de derechos cada vez que la compañía emite nuevas acciones.
- Si la elección y destitución del auditor externo debe ser aprobada por los y las accionistas.
- Si los cambios en los derechos de voto asociados con una clase de acciones son solo posibles si los titulares de las acciones afectadas aprueban esos cambios.

- Asumiendo que la compañía es una sociedad de responsabilidad limitada: i) si la venta del 51% de los activos de dicha compañía requiere aprobación de los y las cuotistas; ii) si los y las cuotistas que representen el 10% del capital social tienen el derecho de convocar a una reunión de cuotistas; iii) si todas las personas accionistas tienen que aprobar la adhesión de un (a) nuevo (a) cuotista; y iv) si un o una cuotista tiene que primero ofrecer la venta de su interés a los socios existentes antes de hacerlo a un (a) tercero (a).

Respecto al índice del grado de propiedad y control, incluye los siguientes componentes:

- Si el mismo individuo no puede ser designado como CEO (director ejecutivo) y presidente de la junta directiva.
- Si la junta directiva debe incluir miembros independientes y no ejecutivos del consejo.
- Si los y las accionistas pueden remover miembros de la junta directiva sin ninguna causa antes del final de su mandato.
- Si la junta directiva debe incluir un comité de auditoría independiente.
- Si un adquirente potencial debe realizar una oferta de compra a todas las personas accionistas al querer adquirir el 50% del capital social.
- Si la compañía debe pagar dividendos dentro del plazo máximo fijado por la ley después de la fecha de declaración.
- Si una subsidiaria tiene prohibido adquirir las acciones emitidas por la sociedad matriz.
- Asumiendo que la compañía es una sociedad de responsabilidad limitada: i) si existe un mecanismo para resolver bloqueos entre administradores (management deadlock breaking mechanism); ii) si una persona adquirente potencial debe realizar una oferta de compra a todos los socios al

adquirir el 50% del capital social, y iii) si la compañía debe pagar dividendos dentro del plazo máximo fijado por la ley después de la fecha de declaración.

En referencia al índice del grado de transparencia corporativa, dicho índice incluye:

- Si la compañía debe divulgar: i) los beneficios de propiedad directos e indirectos de las acciones que representan el 5%; ii) información sobre miembros de la junta directiva u otros consejeros, así como información básica sobre su empleo principal, y iii) la remuneración de los administradores individuales.
- Si una notificación detallada de la junta general debe ser enviada 30 días antes de la reunión.
- Si los accionistas que representan el 5% del capital social pueden incluir puntos en el orden del día de la asamblea general.
- Si los estados financieros anuales de la compañía deben ser auditados por un auditor externo, y si debe divulgar sus informes de auditoría al público.
- Asumiendo que la compañía es una sociedad de responsabilidad limitada: i) si los socios deben reunirse por lo menos una vez al año; ii) si los socios que representan el 5% pueden incluir puntos en el orden del día de la reunión, y iii) si los estados financieros anuales deben ser auditados por una persona auditora externa.

Posteriormente, el índice del grado de gobernanza de los y las accionistas es el promedio del índice del grado de derechos de las personas accionistas, el índice del grado de fortaleza de la estructura de gobernanza corporativa y el índice del grado de transparencia corporativa.

Finalmente, el índice de la fortaleza de la protección de las y los inversionistas minoritarios es el promedio del índice del grado de regulación en materia de conflicto de intereses y el índice del grado de gobernanza de las personas accionistas.

Este indicador captura anualmente los cambios relacionados con la regulación de las operaciones vinculadas, así como las relativas al gobierno corporativo. Dependiendo del impacto en los datos, algunos cambios son clasificados como reformas y son enumerados en la sección de resúmenes de reformas Doing Business del informe con el objeto de reconocer la implementación de cambios significativos. Las reformas están divididas en dos tipos: las que hacen más fácil hacer negocios y aquellos cambios que lo dificultan.

Todos los cambios legislativos y regulatorios que impacten la puntuación obtenida por una economía determinada en cualquiera de los indicadores sobre protección de las y los inversionistas minoritarios se clasifican como “reforma”. El cambio tiene que ser obligatorio, lo que significa que el incumplimiento de la disposición legal debe permitir a las personas accionistas demandar ante los tribunales o conllevar la posibilidad de imponer sanciones para el ente regulatorio como la entidad de registro de sociedades o la autoridad del mercado de capitales y de valores.

Las reformas que impactan el indicador de protección de los inversionistas minoritarios incluyen cambios normativos o la implementación de un nuevo estatuto sobre sociedades, código de comercio, regulación de títulos valores, códigos civiles, reglas de los tribunales, leyes, decretos, decisiones de la corte suprema o normas sobre la inscripción en el mercado público de valores. Los cambios deben afectar los derechos y deberes de las personas administradoras de compañías, directores, accionistas en conexión con operaciones vinculantes o, de manera general, con los aspectos de gobierno corporativo medidos por los indicadores.

Por ejemplo, para una determinada economía, las operaciones vinculantes tienen que ser aprobadas por la junta directiva, incluyendo los directores que tienen un interés financiero personal en la realización exitosa de la operación. Esta economía introduce una ley que obliga a

que las operaciones vinculadas sean aprobadas por la asamblea general de accionistas, y que excluya a los y las accionistas que comprometan su participación por tener un conflicto de interés mediante su voto. Esta ley resultaría en el incremento de puntos en el índice de grado de divulgación de la información y sería, por ende, reconocida en el informe respectivo¹.

A continuación, se denotan los aspectos generales en cada jurisdicción local respecto al derecho de información de los socios y las socias, responsabilidad de los directores y gobierno corporativo.

Nicaragua

En Nicaragua, a la fecha, no han existido avances sustantivos respecto a gobernanza corporativa.

En cuanto al derecho de información de los socios, el Código de Comercio nicaragüense establece de forma limitada que los socios tienen derecho a pedir información sobre los balances financieros antes de cada Asamblea General de Accionistas, así como cualquier aclaración que requieran.

En la práctica, este es un derecho que muy pocas personas accionistas minoritarias lo ejercen, debido a la falta de motivación o bien por tratarse de socios “inversionistas pasivos”.

Dicho ordenamiento mercantil nicaragüense determina la necesidad de presentarlos, discutirlos y aprobarlos en la sesión de junta general destinada al efecto, y se deben comunicar a todas las personas accionistas junto con los informes que sean pertinentes, emitidos por la junta directiva y por el o la miembro vigilante de la junta directiva, de la siguiente manera:

Art. 257.- A la Junta General corresponde el examen y aprobación del balance respectivo y la distribución de ganancias. Este balance lo tendrá preparado con anticipación la Junta Directiva.

Art. 258.- Los balances de las sociedades anónimas después de presentados y discutidos en Junta General, se comunicarán a todos los accionistas, juntamente con los informes de la Junta Directiva y el parecer del Vigilante o Vigilantes de su caso.

El balance representa la situación financiera de la sociedad, es guía para los cálculos de los beneficios, sirve para determinar el fondo de reserva, la amortización que se hará y si procede y cabe emitir obligaciones y defiende la integridad del capital. La preparación del balance con la debida anticipación es también una garantía para las personas accionistas para que aprecien el estado de la sociedad con la debida facilidad, especialmente para quienes no residan en el lugar de la sesión.

En cuanto a la responsabilidad de los directores de la junta directiva, la legislación mercantil nicaragüense impone que los directores quedan exentos de responsabilidad por sus actuaciones solo en el caso de que se compruebe que no formaron parte de la decisión tomada por la junta de directivos, y se les prohíbe realizar operaciones por cuenta de la sociedad diferentes a las de su objeto social o fin, considerándose como actos abusivos contrarios a mandato expreso. No obstante, en la práctica, suele presentarse este tipo de violaciones de los directivos que, por lo general, son los mismos accionistas mayoritarios. Solo los socios y las socias pueden ser miembros de la junta directiva.

En ese mismo sentido, se prohíbe que los directivos que negocien por cuenta propia, directa o indirectamente con la sociedad, cuya gestión les es confiada. Tampoco los directores pueden ejercer actos de comercio que generen un conflicto de interés con el objeto de la sociedad.

Se establece el sistema de responsabilidad solidaria de los administradores con la sociedad

y terceros por incumplimiento u omisión del mandato y por cualquier violación a los estatutos y preceptos legales; es decir, cuando los directivos, desde su posición de personas accionistas mayoritarias o minoritarias, incurran en abusos, tomando decisiones perjudiciales contra el resto de los socios, deberán responder por sus actuaciones.

Finalmente, se denota un sistema de responsabilidad personal y solidaria para todo accionista directivo que actúe contrario a la ley y a los estatutos, o a las resoluciones de junta general de accionistas, salvo que se haya hecho uso del derecho de protesta².

En esta línea, el numeral 245 del Código de Comercio dispone:

Art. 245.- Los Directores de las sociedades anónimas no contraen obligación alguna personal ni solidaria por las obligaciones de la sociedad; pero responderán personal y solidariamente para con ella y para con los terceros, por la inexecución del mandato y por la violación de los Estatutos y preceptos legales.

De esta responsabilidad quedarán exentos los directores que no hayan tomado parte en la respectiva resolución, o hubieren protestado contra los acuerdos de la mayoría en el acto o dentro del tercero día.

Los directores de cualquier sociedad anónima no podrán hacer por cuenta de la misma, operaciones de índole diferentes a su objeto o fin, considerándose los actos contrarios a este precepto, como violación expresa del mandato.

Queda expresamente prohibido a los directores de estas sociedades negociar por cuenta propia, directa o indirectamente con la sociedad cuya gestión les está confiada.

Los Directores de cualquier sociedad

anónima no podrán ejercer personalmente comercio o industrias iguales a los de la sociedad, a no ser en los casos en que mediante autorización especial expresamente concedida en Junta General.

El Salvador

Sobre el derecho de información, el artículo 245 del Código de Comercio salvadoreño establece que todo accionista tiene derecho a pedir en la junta general, a quien corresponda, que se le den informes relacionados con los puntos en discusión.

En línea similar, el artículo 236 del mismo cuerpo normativo establece de forma literal:

Art. 236.- A partir de la publicación de la convocatoria, los libros y documentos relacionados con los fines de la junta estarán en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas, para que puedan enterarse de ellos.

Si el pacto social hubiere subordinado el ejercicio de los derechos de participación al depósito de los títulos de las acciones con cierta anticipación, el plazo de la convocatoria se fijará de tal modo que los accionistas dispongan, por lo menos, de ocho días para practicar el depósito en cuestión, el cual podrá hacerse en cualquiera institución bancaria, si no se hubiere indicado una determinada en la convocatoria.

Seguidamente, se establecen algunas prohibiciones a los administradores de las sociedades anónimas, sean directores o gerentes, respecto a los siguientes asuntos:

- I- Aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares y usar en estos la firma social.
- II- Hacer por cuenta de la sociedad operaciones de índole diferente de la finalidad social.

Tales actos se considerarán como violación expresa de los términos del mandato.

III-Ejercer personalmente comercio o industrias iguales a los de la sociedad o participar en

sociedades que exploten tal comercio o industria, a no ser en los casos en que medie

autorización especial expresamente concedida por la junta general.

IV-Negociar por cuenta propia, directa o indirectamente, con la sociedad, a no ser de que sean

autorizados para cada operación, especial y, expresamente, por la junta general. Para los efectos del presente ordinal, no se considerará como negociación con la sociedad, la prestación de servicios personales o profesionales a esta, siempre que la remuneración percibida por ellos se encuentre dentro de los límites de lo que usualmente se paga por servicios de igual índole.

Las prohibiciones contenidas en los ordinales III y IV son extensivas a los cónyuges de las personas administradoras y gerentes, aun cuando no exista sociedad conyugal.

Las personas administradoras de toda clase responderán personal y solidariamente ante la sociedad y ante terceros (as), de los actos ejecutados en contravención de lo indicado; de esta responsabilidad quedarán exentas las personas administradoras que no hayan tomado parte en la respectiva resolución o que hayan protestado contra los acuerdos de la mayoría, en el acto o dentro de tercero día.

Los directores son solidariamente responsables por su administración, salvo los casos de la delegación de sus funciones, siempre que por parte de los delegantes no haya dolo o culpa grave, al no impedir los actos u omisiones perjudiciales; o cuando se trate de actos de directores delegados, cuyas funciones se hayan determinado en el pacto social o hayan sido aprobados por la asamblea general.

En cuanto a la materia de gobernanza corporativa, en el 2019, fueron aprobadas las Normas Técnicas de Gobierno Corporativo por parte del Banco Central de Reserva salvadoreño, con el objeto de establecer las regulaciones relativas a los órganos de gobierno corporativo de las entidades sujetas a su aplicación, así como las políticas y procedimientos que deberán emitir, con el fin de asegurar la adopción de sanas prácticas de gobierno corporativo y la adopción de un marco adecuado de transparencia y protección de los intereses de los y las accionistas, clientes de la entidad, de conformidad con las leyes aplicables y las mejores prácticas internacionales en la materia, acorde con la naturaleza y la escala de sus actividades.

Cada entidad diseñará, implementará y evaluará su marco de gobierno corporativo, considerando las leyes que le resultan aplicables, el tamaño, la estructura de propiedad y la naturaleza jurídica de la entidad, así como el alcance y la complejidad de sus operaciones, la estrategia corporativa, el perfil de riesgo que la entidad esté dispuesta a asumir y el potencial impacto de sus operaciones sobre terceros.

Los sujetos obligados al cumplimiento de las disposiciones establecidas en estas normas son:

- a) Agentes especializados en valuación de valores.
- b) Almacenes generales de depósito.
- c) Banco de Desarrollo de El Salvador, en lo que no contradiga a su Ley de Creación.
- d) Banco de Fomento Agropecuario, en lo que no contradiga a su Ley de Creación.
- e) Banco Hipotecario de El Salvador, S. A.
- f) Bancos constituidos en El Salvador y sus subsidiarias en el extranjero.
- g) Bancos cooperativos, las sociedades de ahorro y crédito y las federaciones reguladas por la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito en lo pertinente.
- h) Bolsas de productos y servicios.
- i) Bolsas de Valores.

- j) Casas de corredores de bolsa.
- k) Fondo Social para la Vivienda y el Fondo Nacional de Vivienda Popular en lo que no contradiga a sus Leyes de Creación.
- l) Gestoras de fondos de inversión.
- m) Instituciones administradoras de fondos de pensiones.
- n) Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada, en lo que no contradiga a su Ley de Creación.
- o) Sociedades clasificadoras de riesgo.
- p) Sociedades de seguros constituidas en el país y asociaciones cooperativas de seguros constituidas en el país, en lo que no contradiga a su respectiva ley.
- q) Sociedades especializadas en el depósito y custodia de valores.
- r) Sociedades proveedoras de dinero electrónico.
- s) Sucursales de bancos extranjeros establecidos en el país, en lo pertinente.
- t) Sucursales de sociedades de seguros extranjeras establecidas en el país, en lo oportuno.
- u) Titularizadoras.

Aquellas entidades que administran fondos de terceros deberán establecer una adecuada segregación de funciones y responsabilidades que les permita un adecuado manejo de conflictos de interés en la administración de dichos fondos. Las entidades listadas en los literales n) y r) son responsables de demostrar a la Superintendencia del Sistema Financiero la efectividad de su marco de gobierno corporativo y de indicar los aspectos que, por sus propias características y su naturaleza, no le sean aplicables con las debidas justificaciones.

Honduras

El artículo 190 del Código de Comercio hondureño se limita a establecer que toda accionista tiene derecho a pedir en la asamblea general que se le den informes relacionados con los puntos en discusión.

En la misma línea, el Código establece que, durante el tiempo de la convocatoria a la asamblea, los libros y documentos relacionados con los fines de la asamblea estarán en las oficinas de la sociedad a disposición de los y las accionistas, para que puedan enterarse de ellos.

Respecto a la administración social, el mismo Código dispone que el administrador o los consejeros desempeñarán su gestión “con la diligencia que exige una administración mercantil regular y prudente”. El administrador o los consejeros serán responsables frente a terceros y se les impone una garantía estatutaria y responsabilidad solidaria por su administración, con algunas excepciones establecidas en los artículos 224 y 225 del Código de Comercio.

Respecto al gobierno corporativo, se establece un marco normativo mediante el Reglamento de Gobierno Corporativo para las instituciones supervisadas, únicamente vinculante a las instituciones supervisadas que conforman el sistema financiero. Dicho conjunto de normas regula las relaciones internas entre la Asamblea de Accionistas, el Consejo de Administración o junta directiva, el Órgano de Vigilancia, la Gerencia, personas funcionarias y empleadas, así como entre la institución del sistema financiero, el órgano supervisor y el público. Los estatutos sociales deberán contener los principios relativos al gobierno corporativo, tales como la maximización del valor en interés de los y las accionistas, el papel esencial del Consejo de Administración o junta directiva en la dirección y administración de la institución, la estructura organizativa y la transparencia informativa en las relaciones con las personas accionistas, inversionistas, empleadas, clientes y demás grupos de interés o stakeholders que involucran todos los ámbitos y personas sobre los cuales la institución tiene influencia, incluyendo a las personas empleadas, las depositantes, las prestatarias, las personas usuarias de los productos y servicios, las competidoras, las inversionistas, las tenedoras de títulos, los órganos reguladores de control y fiscalización, la comunidad y las personas proveedoras de bienes y servicios en general de la institución supervisada.

Llama la atención que el artículo 154 del Código de Comercio hondureño prohíbe a los administradores y los comisarios a votar en las deliberaciones relativas a la aprobación del balance o a su responsabilidad. En caso de que contravengan esta disposición, serán responsables de los daños y perjuicios que ocasionen a la sociedad o a terceros.

De igual forma, el artículo 151 del mismo cuerpo normativo establece reglas de conflictos de interés para socios, a saber:

Artículo. 151. El accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, no tendrá derecho a votar los acuerdos relativos a aquella.

El accionista que contravenga esta disposición será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para la validez del acuerdo³.

Guatemala

En Guatemala, se establece que las sociedades mercantiles se registrarán por las estipulaciones de la escritura social y por las disposiciones del Código de Comercio. Contra el contenido de la escritura social, les está prohibido a los socios y a las socias hacer pacto reservado u oponer prueba alguna. La participación o toma de decisiones en asambleas, juntas, sesiones administrativas, el envío de convocatorias y cualquier comunicación entre los socios o entre los socios y la sociedad mercantil podrá realizarse por cualquier método de comunicación a distancia, según lo estipulado en la escritura social.

En los asuntos que los socios y las socias deban resolver y que, conforme al contrato social o por disposición legal, no requieran una mayoría especial, decidirá el voto de la mayoría. Constituirá mayoría la que se haya establecido en el contrato y, a falta de estipulación, la mitad

más uno de los socios o la mitad más una de las acciones.

El o la accionista que, en una operación determinada, tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, no tendrá derecho a votar los acuerdos relativos a aquella. Las acciones que se encuentren en tal situación serán computadas para los efectos del quorum de presencia. El o la accionista que incumpla lo anterior será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se haya logrado la mayoría necesaria para la validez de la resolución.

Respecto al derecho de información, los socios podrán examinar por sí o por medio de las personas delegadas que designen, la contabilidad y documentos de la sociedad, así como enterarse de la política económico-financiera de esta en la época que fije el contrato y, por lo menos, dentro de los quince días anteriores a la fecha en que haya de celebrarse la junta o asamblea general anual. Este derecho es irrenunciable.

El artículo 145 del Código de Comercio guatemalteco establece:

Artículo 145. Estados e Informes a la Vista. Durante los quince días anteriores a la asamblea ordinaria anual, estarán a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad y durante las horas laborales de los días hábiles: 1° El balance general del ejercicio social y su correspondiente estado de pérdidas y ganancias. 2° El proyecto de distribución de utilidades. 3° El informe detallado sobre las remuneraciones y otros beneficios de cualquier orden que hayan recibido los administradores. 4° La memoria razonada de labores de los administradores sobre el estado de los negocios y actividades de la sociedad durante el período precedente. 5° El libro de actas de las asambleas generales. 6° Los libros que se refieren a la emisión y registros de acciones o de obligaciones. 7° El informe del órgano de

fiscalización, si lo hubiere. 8° Cualquier otro documento o dato necesario para la debida comprensión e inteligencia de cualquier asunto incluido en la agenda.

Cuando se trate de asambleas generales que no sean las anuales, los accionistas gozarán de igual derecho, en cuanto a los documentos señalados en los incisos 6°, 7°, y 8°, anteriores.

En caso de asambleas extraordinarias o especiales, deberá además circular con la misma anticipación, un informe circunstanciado sobre cuanto concierna a la necesidad de adoptar la resolución de carácter extraordinario.

Los administradores y en su caso, el órgano de fiscalización, si lo hubiere, responderán de los daños y perjuicios que causen por cualquier inexactitud, ocultación o simulación que contengan tales documentos. En el caso de no poner a la disposición de los accionistas alguno o algunos de los informes a que están obligados, el juez ante el que ocurra cualquier accionista podrá compelerlos a presentarlos en la vía de apremio, sin que por ello se suspenda la asamblea.

En cuanto a la administración social, la persona administradora que tenga interés directo o indirecto en cualquier operación o negocio deberá manifestarlo a los demás administradores, deberá abstenerse de participar en la deliberación y resolución de tal asunto y retirarse del local de la reunión. El administrador que contravenga esta disposición será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad.

Toda persona administradora que, por razón de serlo, derive alguna utilidad o beneficio personal ajeno a los negocios sociales deberá manifestarlo al consejo de administración o a la asamblea general en el caso de ser administradora única, para que se tomen las resoluciones pertinentes. Si no lo hace, podrá ser obligada a integrar al patrimonio de la sociedad tal beneficio o utilidad y además será removida de su cargo.

La persona administradora responderá ante la sociedad, las personas accionistas y las acreedoras de la sociedad, por cualesquiera de los daños y perjuicios causados por su culpa. Si las personas administradoras han votado en contra de los acuerdos que hayan causado el daño, siempre que el voto en contra se consigne en el acta de la reunión.

Además, las personas administradoras serán también solidariamente responsables de la efectividad de las aportaciones y de los valores asignados a estas, si son en especie de la existencia real de las utilidades netas que se distribuyen en forma de dividendos a los y las accionistas, de que se lleve la contabilidad de la sociedad de conformidad con las disposiciones legales y que esta sea veraz y del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas generales.

En línea similar, los auditores o comisarios que, en cualquier operación, tengan interés personal directo o indirecto deberán abstenerse de toda intervención y poner el asunto en conocimiento de la siguiente asamblea general, bajo sanción de responder de los daños y perjuicios que ocasionen a la sociedad.

Por otra parte, el Reglamento de Gobierno Corporativo (res. JM 62-2016) regula los aspectos mínimos que los bancos deben observar, las sociedades financieras, las entidades fuera de plaza o entidades off shore autorizadas por la junta monetaria para operar en Guatemala, las empresas especializadas en servicios financieros que formen parte de un grupo financiero y las empresas controladoras de grupos financieros, con relación a la adopción de las mejores prácticas de gobierno corporativo, como un fundamento esencial de los procesos integrales de administración de riesgos, así como de un efectivo sistema de control interno.

Panamá

En atención al derecho de información, el Código de Comercio panameño establece:

Artículo 425. La Asamblea General

podrá acordar el nombramiento de revisores para el examen del balance, o de los antecedentes de constitución de la sociedad, o de la gestión social. Si la proposición que al efecto se hiciera fuere desechada, podrá el Juez, sin más trámite, nombrar tales revisores a petición de accionistas cuya participación represente un vigésimo del capital social. No se atenderá dicha solicitud sin previo depósito de las acciones de los petentes en el Juzgado y afianzamiento de los gastos que ocasionare, cuyo monto fijará el Juez prudencialmente.

Artículo 426. En el caso del Artículo anterior, la administración habrá de permitir a los revisores el examen de los libros y papeles de la sociedad, y las existencias metálicas, en mercadería o en cualquier otra clase de valores. Los revisores entregarán al Juzgado su informe, y éste, si lo estimare oportuno, ordenará la convocatoria de una asamblea general para conocer de él, y resolverá si los gastos causados han de abonarse por la sociedad.

Respecto a la responsabilidad de los directores, el artículo 444 del Código de Comercio indica:

Artículo 444. Los directores no contraerán responsabilidad personal por las obligaciones de la sociedad, pero responderán personal o solidariamente, según el caso, para con ella y para con los terceros; de la efectividad de los pagos que aparezcan hechos por los socios, de la existencia real de los dividendos acordados, del buen manejo de la contabilidad y en general de la ejecución o mal desempeño del mandato o de la violación de las leyes, pacto social, estatutos o acuerdos de la asamblea general. Quedarán exentos de responsabilidad los directores que hubieren protestado en tiempo hábil contra la resolución de la mayoría o los que no

*hubieren asistido con causa justificada.
La responsabilidad sólo podrá ser exigida
en virtud de un acuerdo de la asamblea
general de accionistas.*

En Panamá, la guía y principios de gobierno corporativo nacen de las recomendaciones de la Comisión Nacional de Valores mediante las disposiciones del Acuerdo n.º 12-2003, iniciando en las empresas que cotizan en la Bolsa de Valores.

Posteriormente, mediante el Acuerdo 005-2011, la Superintendencia de Bancos estableció la normativa vinculante de gobierno corporativo a los bancos oficiales, a los bancos de licencia general y a los bancos de licencia internacional así como a las propietarias de acciones bancarias.

Panamá posee a todas luces una Ley de Sociedades Anónimas (“LSA”) extremadamente liberal, concebida en su cultura para brindar atributos propios de la sociedad anónima, tales como la limitación de las responsabilidades de los accionistas (artículo 39), la personalidad jurídica independiente (artículo 251, Código de Comercio) y la libre transmisión de las acciones (artículo 32 LSA) sin mayores protecciones, ni pensando en los accionistas minoritarios que no sean aquellas que se puedan establecer en el pacto social, el cual será usualmente preparado por la o las personas accionistas fundadoras. Se considera que no existe deseo, ni voluntad de reformar la LSA con miras a brindar mayor protección a las y los accionistas minoritarios, ya que dicha Ley está diseñada para proveer máxima flexibilidad a las sociedades anónimas offshore.

Frente a este definido y poco prometedor escenario para las y los accionistas minoritarios (que escapa del ámbito jurídico, al ser un tema de política pública) se plantea como paliativo que en el derecho del mercado de valores se den las reformas para que las empresas públicas sean sujetas a mejores normas de gobernanza corporativa para generar mayor confianza por parte de las personas inversionistas⁴.

Costa Rica

En el 2016, se promulgó en Costa Rica la Ley de Protección al Inversionista Minoritario (Ley N.º 9392) centrada en tres grandes ejes de índole sustantivo, a saber:

- i) Los derechos de información de los socios.
- ii) La responsabilidad de los administradores.
- iii) Las buenas prácticas de gobierno corporativo.

Las sociedades comerciales de capital se encuentran reguladas en el Código de Comercio costarricense, donde el capital social de las sociedades anónimas está constituido por títulos valores nominativos de participación denominados “acciones”, mientras que el capital social de las sociedades de responsabilidad limitada está constituido por “cuotas nominativas de participación”. Ambos casos tienen reglas de circulación y matices muy distintos, tales como el endoso versus la cesión, respectivamente, así como la necesidad de cumplir con las reglas de doble intestación o legitimación para el reconocimiento pleno de los socios-accionistas.

Ahora bien, respecto al primer eje central sustantivo sobre los derechos de los socios y las socias, la Ley N.º 9392 reitera el derecho de los socios para examinar los libros, la correspondencia y los documentos sociales, así como documentos y contratos que impliquen la adquisición, venta, hipoteca o prenda de activos sociales, pero, en este caso, siempre que dichos activos representen un porcentaje igual o superior al 10% de los bienes totales de la compañía.

Lo anterior es producto de la reforma al artículo 26 del Código de Comercio de Costa Rica, la cual se ilustra a continuación:

Artículo 26.- Los socios tendrán el derecho de examinar los libros, la correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la sociedad.

Asimismo, los socios tendrán el derecho de examinar los documentos y contratos de aquellas transacciones que involucren la adquisición, venta, hipoteca o prenda de activos de la compañía que representen un porcentaje igual o superior al diez por ciento (10%) de los activos totales de esta. Si se estorbare de forma injustificada el ejercicio de este derecho, el juez, a solicitud del interesado, ordenará el examen de libros y documentos, a fin de que este obtenga los datos que necesita.

Asimismo, a solicitud del socio o los socios que representen por lo menos el diez por ciento (10%) del capital social, el juez ordenará un auditoraje de la compañía conforme a las Normas Internacionales de Auditoría (NIAS), por cuenta de los solicitantes. Este porcentaje puede ser disminuido en los estatutos.

El juez designará al efecto a un contador público autorizado o a una firma de contadores públicos autorizados y fijará prudencialmente el monto de sus honorarios, los cuales serán depositados de previo al nombramiento y girados conforme lo disponga el juez. Iguales derechos tendrán los participantes respecto al gestor, en una cuenta en participación.

Para sujetos autorizados por la Superintendencia General de Valores (Sugeval), cuyos valores se hayan inscrito en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, se presumirá que la información que comprueba el estado de la sociedad es aquella de naturaleza pública que divulguen sus administradores, según los requerimientos establecidos por la Superintendencia General de Valores.

Adicionalmente, tal como se indicó, se establece el derecho a los socios que representen al menos el 10% del capital social –se indica que este porcentaje puede ser disminuido en los estatutos,

pero que difícilmente se daría en la práctica— para pedirle al juez o a la jueza competente una auditoría de los estados de la compañía conforme a las Normas Internacionales de Auditoría.

Seguidamente, respecto a la responsabilidad de los directores, la Ley N.º 9392 reitera que los administradores deben cumplir con las obligaciones legales y societarias de forma leal y diligente, en miras a los mejores intereses de los socios y de la compañía, y atribuyendo responsabilidad solidaria ante su eventual incumplimiento frente a la sociedad. Admite el ejercicio de las llamadas en doctrina “acciones individuales o sociales de responsabilidad”, salvo ciertas excepciones, tales como la ejecución de acuerdos de socios que resulten legales, que no hayan estado presentes en la sesión de directores, o bien que lo adviertan inmediatamente al fiscal de la sociedad.

Para efectos ilustrativos, se indica a continuación la reforma al artículo 189 del mismo cuerpo legal mercantil:

Artículo 189.- Los consejeros y demás administradores deben cumplir los deberes que les imponen la ley y los estatutos con la diligencia del mandatario y son solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados por la inobservancia de tales deberes, a menos que se trate de atribuciones propias de uno o varios consejeros o administradores.

Los consejeros y demás administradores están obligados a cumplir con el deber de diligencia y lealtad, actuando en el mejor interés de la empresa, teniendo en cuenta el interés de la sociedad y de los accionistas, y son solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados por la inobservancia de tales deberes.

Los consejeros o administradores son solidariamente responsables si no hubieran vigilado la marcha general de la gestión o si estando en conocimiento de actos perjudiciales no han hecho lo posible por impedir su realización o por eliminar o atenuar sus consecuencias.

Sin embargo, no habrá responsabilidad cuando el consejero o administrador hubiera procedido en ejecución de acuerdos de la asamblea de accionistas, siempre que no fueran notoriamente ilegales o contrarios a normas estatutarias o reglamentarias de la sociedad.

La responsabilidad por los actos o las acciones de los consejeros o administradores no se extiende a aquel que, estando inmune de culpa, haya hecho anotar, por escrito, sin retardo, un disenso y dé inmediata noticia de ello, también por escrito, al fiscal, así como tampoco será responsable aquel consejero que haya estado ausente en el acto de deliberación.

Los consejeros y demás administradores serán solidariamente responsables, conjuntamente con sus inmediatos antecesores, por las irregularidades en que estos hubieran incurrido en una gestión, si en el momento de conocerlas no las denuncia por escrito al fiscal.

Además, se atienden otras reglas establecidas en la legislación comercial costarricense, incluida la prescripción mercantil anual del artículo 984 a), así como los términos de extinción de responsabilidades establecidas en el artículo 191 y concordantes del mismo Código.

En adición a ciertos aspectos de reforma procesal al Código Procesal Civil costarricense, la Ley N.º 9392 introduce un nuevo artículo 32 ter al Código de Comercio de Costa Rica para la inclusión de “políticas de gobierno corporativo” en las sociedades mercantiles.

Estas políticas indican que, al menos, se deben desarrollar los siguientes puntos:

- Que toda adquisición, venta, hipoteca o prenda de activos sean previamente conocidas por la junta directiva, ya sea cuando se involucre a miembros administradores o partes relacionadas –según lo establezca el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, “MEIC”– o, bien, cuando la transacción involucre un porcentaje igual o superior al 10% de la totalidad de los activos, según lo dispuesto en los estados financieros al cierre del mes anterior, y las personas interesadas en la transacción deben inhibirse de la toma de decisión.
- Incorporar lo anterior en la rendición de cuentas de los administradores en las asambleas ordinarias de las compañías.

Quedaría por cuestionarse qué pasará con la teoría orgánica ampliamente debatida en la jurisprudencia civil por muchos años a partir del artículo 182 del mismo Código, en el sentido de los poderes y facultades de representación judicial y extrajudicial prácticamente ilimitados y omnipotentes del presidente de la junta directiva en las sociedades anónimas.

Tratándose de las pequeñas y medianas empresas, así como de todas aquellas sociedades que no coticen en Bolsa, expresamente se estableció que correspondería al MEIC definir los términos de la divulgación, por vía reglamento.

De tal manera, el Decreto Ejecutivo n.º 40406-MEIC tiene por objeto establecer las condiciones generales que las juntas directivas u órganos equivalentes deben considerar en la emisión de sus políticas de gobierno corporativo de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 32 ter del Código de Comercio.

Entre otras definiciones que se incluyen en su primer capítulo, se destacan:

- Las políticas de gobierno corporativo: principios, reglas y estructura de control por medio de las cuales las empresas son dirigidas y controladas para incrementar su productividad y gestionar sus riesgos en aras del interés social que deben ser cumplidos o explicados de forma comprensible, pertinente y circunstanciada.
- El órgano equivalente: máximo órgano de administración y representación de la empresa, sociedad u otra figura regulada por el Código de Comercio.
-
- En el segundo capítulo, se definen los criterios para identificar las relaciones de influencia e interés entre personas y empresas, por ejemplo:
- Una parte relacionada es una persona o entidad que está relacionada con la entidad que prepara sus estados financieros.
- El personal clave de la gerencia son aquellas personas que tienen autoridad y responsabilidad para planificar, dirigir y controlar las actividades de la entidad, directa o indirectamente, incluyendo cualquier director o administrador (sea ejecutivo o no) de esa entidad.
- Los familiares cercanos a una persona son aquellos miembros de la familia de los que se podría esperar que influyeran o fueran influidos por esa persona en sus relaciones con la entidad e incluyen a:
 - i) los hijos de esa persona y el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad;
 - ii) los hijos del cónyuge de esa persona o persona con análoga relación de afectividad, y
 - iii) personas dependientes de esa persona o el cónyuge de esa persona o persona con análoga relación de afectividad.

Expresamente se señala que, al considerar cada posible relación entre partes relacionadas, una

entidad evaluará la esencia de la relación y no solamente su forma legal.

Finalmente, en su tercer capítulo, se establecen los criterios para la divulgación a los socios, accionistas o inversionistas de las pequeñas y medianas empresas, así como de todas aquellas sociedades que no cotizan sus valores en Bolsa.

En primer lugar, se especifican los datos que deberán divulgarse en relación con todas aquellas transacciones que involucren la adquisición, venta, hipoteca o prenda de activos de la compañía emisora que representen un porcentaje igual o superior al diez por ciento, los cuales incluyen:

- Nombre de la persona que actúe como contraparte en la transacción.
- Tipo de operación.
- Plazos y condiciones de la operación en caso de que apliquen garantías otorgadas o recibidas.
- Moneda y monto de la operación.
- Saldo a la fecha de reporte.

En caso de que la transacción haya involucrado partes relacionadas, también deberán incluirse este hecho en la comunicación, así como el cumplimiento de las políticas de gobierno corporativo.

Corresponderá entonces a la junta directiva u órgano equivalente realizar la divulgación de forma inmediata, oportuna, periódica, precisa y eficiente mediante alguno de los siguientes medios, de modo que se garantice un trato equitativo/igualitario entre las personas accionistas o socias:

- Informes en asambleas extraordinarias.
- Memorándum dirigido a los accionistas o asociados.
- Sitio web corporativo a fin de informar a los inversores.
- Comunicado remitido mediante correo electrónico acreditado por las personas accionistas o asociadas para recibir notificaciones.

También estas sociedades deberán informar a sus socios y socias en el orden del día de las asambleas ordinarias, según el artículo 155 del Código de Comercio de Costa Rica, como parte de los asuntos incluidos en el informe sobre los resultados del ejercicio anual que presenten los administradores.

Conclusiones

Cabe citar que la mayoría de las jurisdicciones en Centroamérica regulan, en mayor o menor grado, el sistema de voto acumulativo para la elección de los y las miembros del directorio respectivo.

Adicionalmente, se contempla la posibilidad a un socio o grupo de personas asociadas minoritarias para proceder con la solicitud forzosa de convocatoria a juntas o asambleas de socios, cuyos porcentajes mínimos requeridos para tales casos oscilan entre el 20% y el 25% de la totalidad del capital social con derecho a voto.

En criterio de este autor, dichos porcentajes (salvo el caso salvadoreño que establece un porcentaje mínimo del 5% del capital social) podrían ser considerados como abusivos en perjuicio de las minorías, aunado al necesario cumplimiento de una serie de formalidades locales y de los porcentajes mínimos de quorum, validez y eficacia de acuerdos requeridos en las distintas juntas o asambleas de personas asociadas, primordialmente si estas se celebran en primera convocatoria.

A manera de conclusión, la legislación mercantil centroamericana no incorpora a la fecha valores agregados para lograr una protección clara e integral de las socias y socios minoritarios en sus distintos ordenamientos, específicamente en sociedades mercantiles de capital no supervisadas.

Se demuestra la omisión de temas relevantes establecidos en los indicadores internacionales antes descritos en este artículo, así como ciertas “regulaciones” hoy adoptadas en las prácticas corporativas mediante la celebración de acuerdos parasociales (basados en la libre autonomía de

voluntad de los socios y las socias) respecto a la transmisión de participaciones sociales (por arrastre, adhesión y/o acompañamiento), derechos de prioridad y/o primera opción, normas de suscripción preferente y antidilución de socios, competencia, confidencialidad y muchas otras formalidades para la toma de decisiones y validez de acuerdos en las asambleas generales de personas asociadas, entendidas estas últimas como el órgano social deliberativo y supremo.

Estos y otros aspectos de gobernanza corporativa, conflictos de intereses y ámbitos de protección de minorías deben discutirse con mayor técnica y amplitud, y deben incorporarse expresamente en las distintas legislaciones locales, inclusive como componentes adicionales, vinculantes y mandatorios de cara a las formalidades, requisitos y contenidos mínimos de la escritura constitutiva de cualquier sociedad de capital.

Bibliografía

Artículos

- BARSALLO P, Carlos A. Aspectos jurídicos del gobierno corporativo en Panamá. Tomado de la página web www.supervalores.gob.pa
- Informe Doing Business del Banco Mundial. Tomado de la página web oficial www.doingbusiness.org
- PALACIOS BRAGG, FÉLIX JOSÉ. La protección jurídica de los accionistas minoritarios en la sociedad anónima. Tesis doctoral de la Universidad Centroamericana (UCA). Dirección de tesis a cargo del Dr. Jesús Jusseth Herrera Espinoza, Nicaragua, junio de 2016. Tomado de la página web repositorio. uca.edu.ni

Legislación

- Código de Comercio de Costa Rica.
- Código de Comercio de El Salvador.
- Código de Comercio de Guatemala.
- Código de Comercio de Honduras.
- Código de Comercio de Nicaragua.
- Código de Comercio de Panamá.
- Comisión Nacional de Valores, Acuerdo n.º 12-2003, Panamá
- Decreto Ejecutivo n.º 40406-MEIC, Costa Rica.
- Ley de Protección al Inversionista Minoritario, Costa Rica.
- Ley de Sociedades Anónimas, Panamá.

- Normas Técnicas de Gobierno Corporativo, 2019. El Salvador.
- Reglamento de Gobierno Corporativo para las Instituciones Supervisadas, Honduras.
- Reglamento de Gobierno Corporativo (res. JM 62-2016), Guatemala.
- Superintendencia de Bancos, Acuerdo 005-2011, Panamá.

•

Notas

- ¹ Información tomada en lo conducente de la página web oficial www.doingbusiness.org
- ² Información tomada en lo conducente del autor PALACIOS BRAGG, FÉLIX JOSÉ. **La protección jurídica de los accionistas minoritarios en la sociedad anónima.** Tesis doctoral de la Universidad Centroamericana (UCA). Dirección de tesis a cargo del Dr. Jesús Jusseth Herrera Espinoza, Nicaragua, junio de 2016. <http://repositorio.uca.edu.ni/3253/1/UCANI4203.pdf>
- ³ Información tomada del sitio web <https://honduras.eregulations.org/media/codigo%20del%20comercio.pdf>
- ⁴ Información tomada en lo conducente del autor BARSALLO P, Carlos A. **Aspectos jurídicos del gobierno corporativo en Panamá.** http://www.supervalores.gob.pa/files/Gobierno_Corporativo/aspecto_juridicos.pdf

NEUROCIENCIAS, CRIMEN Y CULPABILIDAD

Lic. María Fernanda Monge Rodríguez*

RESUMEN

Desde una perspectiva médico legal, las neurociencias han tenido implicaciones sobre el estudio del crimen y de la culpabilidad en el derecho penal. De ahí surgió el debate acerca de la libertad que un sujeto tiene para decidir a la hora de cometer un hecho delictivo. Asimismo, las neurociencias tienen una implicación directa sobre la figura del delincuente en el estudio de la criminología, así como en el control social, donde a partir de mecanismos preventivos se intenta, junto con la medicina neurocientífica, prevenir el delito (por ejemplo, a partir de intervenciones quirúrgicas del cerebro, etc.). No obstante, el concepto de libertad para decidir utilizado en las neurociencias no tiene el mismo significado al empleado en el derecho penal (específicamente en relación con el análisis de culpabilidad), pues en este último también deben valorarse elementos normativos y jurídicos.

Palabras claves: neurociencias, derecho penal, criminología, crimen, culpabilidad, medicina legal.

ABSTRACT

The neurosciences, from a legal medical perspective, have had implications on the study of crime and culpability in criminal law. From this arose the debate about the freedom that a subject has to decide when committing a criminal act. Likewise, the neurosciences have a direct implication on the figure of the delinquent in the study of Criminology, as well as in social control, where preventive mechanisms are used, together with neuroscientific medicine, to prevent crime (for example, from surgical interventions of the brain, etc). However, the concept of freedom to decide used in the neurosciences does not have the same meaning as that used in criminal law (specifically in relation to the analysis of guilt), since in the latter, normative and legal elements must also be assessed.

Key words: neurosciences, criminal law, criminology, crime, guilt, legal medicine

Recibida 15 de febrero de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019

* *Letrada en la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial. Licenciada en Derecho con Énfasis en Ciencias Forenses por la Universidad de Costa Rica. Egresada de la Maestría Profesional en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. fmongerodriguez29@gmail.com*

Las últimas investigaciones llevadas a cabo en el campo de la neurobiología [...] parecen conducir a la conclusión de que en realidad ningún ser humano tiene ante sí la elección de actuar bien o mal moralmente, ya que la libertad de voluntad sería una mera ilusión, y el mal un fenómeno biológico que reside en el cerebro¹.

Eduardo Demetrio Crespo

INTRODUCCIÓN

Las neurociencias han renovado el estudio de las explicaciones biológicas del delito desde un punto de vista criminológico. Asimismo, han tenido influencia sobre el análisis de la culpabilidad como componente de la teoría del delito. Cabe destacar que las causas de la criminalidad y, particularmente, el estudio de la persona delincuente sigue siendo un enigma hasta la actualidad.

Desde el siglo XX, surgió el debate acerca de la libertad que un sujeto tiene para decidir a la hora de cometer un hecho delictivo. Así, a través de las neurociencias, se ha estudiado y cuestionado cómo se relacionan los fenómenos mentales con los ámbitos de lo físico y lo biológico, y se ha analizado su influencia sobre la libertad del ser humano en el proceso de toma de decisiones.

Los neurocientíficos con un enfoque fisicalista-determinista radical aseguran que todos los fenómenos mentales de las personas se reducen a la condición de resultados neuronales. Frente a esta posición surge un enfoque dualista que afirma que, si bien la conciencia (toma de decisiones conscientes) se basa en una actividad neuronal, no puede reducirse solo a ella.

De esta manera, a partir de los datos empíricos aportados por las neurociencias, se ha cuestionado el análisis de la culpabilidad como elemento integrante de la actual teoría del delito, específicamente en cuanto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad. No obstante, dicho componente es un concepto de los denominados de “doble vía”, ya que está conformado por un aspecto empírico (donde se verifica la existencia o no de un diagnóstico psicológico o psiquiátrico forense que determine la existencia de una enfermedad mental, un grave trastorno de la conciencia o un déficit en el desarrollo de ciertas capacidades cognitivas) y otro de carácter normativo-valorativo (en el cual, se analizará si la existencia o no del aspecto fáctico mencionado es de importancia para el estudio de la capacidad de comprensión, de acción, voluntad y desinhibición de un individuo en relación con la comisión de un ilícito penal).

Por consiguiente, primero se realizarán algunas consideraciones sobre el cerebro humano y el surgimiento de las neurociencias, para luego explicar la relación de estas con el estudio de la criminología y el análisis de la culpabilidad en el derecho penal.

El cerebro humano

La conducta del hombre es el resultado de la actividad del sistema nervioso, el cual está constituido por el cerebro y el conjunto de estructuras que llevan la información y ejecutan acciones que son los nervios. El cerebro está ubicado en la cavidad craneal y su unidad anatómica y funcional es la neurona².

El cerebro recibe la información del ambiente, la integra y la interpreta en relación con experiencias previas y así se generan el pensar y el actuar. La llegada de información al cerebro se registra como una actividad eléctrica. En estos procesos de interpretación y registro de información, existen neurotransmisores, los cuales son sustancias químicas que intervienen en la producción de impulsos nerviosos. Es decir, los comportamientos son la manifestación de funciones cerebrales concretas (interrelaciones entre los neurotransmisores)³.

Del surgimiento de las neurociencias

Las neurociencias están conformadas por un conjunto de disciplinas científicas que se ocupan del estudio biológico del cerebro y del sistema nervioso. Por eso, intentan explicar cómo funcionan las células nerviosas en el cerebro para producir la conducta, y cómo a su vez esas células están influidas por el medio ambiente⁴.

Según García, Pablo de Molina, la frenología es la precursora de las modernas neurofisiología y neuropsiquiatría. Su máximo representante o

fundadores Gall, F. G. (1758-1828), quien propugna la teoría de la localización. Dicha teoría consiste en que cada función anímica tiene un asiento orgánico en el cerebro. El autor García, Pablo de Molina menciona que “en el cráneo humano se manifestarían signos externos inequívocos de aquellas funciones, de modo que observando el cráneo puede llegar a conocerse la organización cerebral y, con ella, las claves del comportamiento del hombre, incluido el delictivo”⁵.

Según lo anterior, la causa del crimen residiría en las disfunciones o malformaciones del cerebro, las cuales se estudian a través de la observación del cráneo. De este modo, la sanción penal debe adecuarse al grado variable de culpabilidad del delincuente, individualizando la pena conforme a dichas características cerebrales o incluso eximir de responsabilidad a la persona imputada.

Las neurociencias y su relación con el estudio de la criminología

El cerebro humano es un órgano que ha despertado la curiosidad de muchas personas, dada su complejidad. Por tanto, el avance de la ciencia y la tecnología ha sido aprovechado por las neurociencias para resolver los enigmas de la conducta humana (incluyendo al delito) a través del estudio del cerebro humano⁶.

Cuando se habla de criminología, el autor Günter Kaiser afirma que “Desde sus inicios, una de las labores primordiales de la Criminología ha sido explorar quién es el delincuente, cómo se le

reconoce y, si es preciso, se le <<combate>>, cómo se le trata de forma adecuada y circunspecta y cómo se le puede conducir o reconducir a la sociedad⁷.

Por ello, el surgimiento de las neurociencias tiene una implicación directa sobre la figura del delincuente en el estudio de la criminología, así como en el control social, donde a partir de mecanismos preventivos, se intenta, junto con la medicina neurocientífica, prevenir el delito (por ejemplo, a partir de intervenciones quirúrgicas del cerebro, etc.).

Los estudios actuales en neurociencias demuestran que aún la sociedad insiste en clasificar a las personas en delincuentes y no delincuentes, partiendo de las características biológicas de los sujetos. Sin embargo, tal como el autor alemán Günter Kaiser lo expresa, los conocimientos actuales sobre el delito, el delincuente, la víctima y el control de la criminalidad continúan teniendo un carácter fragmentario y aún son un enigma⁸.

Respecto al auge de las neurociencias y el estudio del delincuente, es importante mencionar la concepción brindada por el positivismo criminológico, donde se niega que el ser humano tiene control sobre sí mismo y sobre sus actos.

El libre albedrío, concluye Ferri, es una “ilusión subjetiva”. Es decir, para el positivismo criminológico, el infractor es un prisionero de su propia patología (determinismo biológico), lo que guarda relación con el estudio del delincuente en el ámbito de las neurociencias, ya que estas niegan la libertad del individuo para decidir, en virtud de sus disfunciones o

malformaciones cerebrales ya predispuestas desde el punto de vista biológico⁹.

Esta idea de que hay una predisposición biológica que lleva con mayor facilidad al individuo hacia el comportamiento criminal fue la propugnada también por Lombroso al utilizar las técnicas del método científico, especialmente la estadística, en su teoría de la existencia del tipo criminal. Con esta teoría, el criminal comienza a ser considerado como un ente aparte, como una especie humana particular¹⁰. Al respecto, en su obra “El pensamiento criminológico I: un análisis crítico”, los autores Bergalli, R., Bustos, J. & Miralles, T. mencionaron:

El sector biológico representado por las funciones vegetativas, humorales, nerviosas y el cerebro subcortical, es la base de la explicación que relaciona las disfunciones del cerebro y la criminalidad; para esta teoría es en el cerebro subcortical donde nacen las disposiciones instintivas, las tendencias afectivas, las necesidades y las instigaciones. Las lesiones en esta zona llevan a convertir en comportamiento delincuente las incitaciones criminógenas externas que aquí juegan el papel, no de factor causal, sino desencadenante¹¹.

Entre las explicaciones biológicas modernas, se encuentra la neurofisiología. Esta surge con el descubrimiento del electroencefalógrafo, el cual permite el registro de la actividad eléctrica del cerebro:

El descubrimiento del electroencefalógrafo (EEG), aparato que permite el registro gráfico de la actividad eléctrica del cerebro, ha potenciado una serie de investigaciones

*tendientes a demostrar una clara correlación entre determinadas irregularidades o disfunciones cerebrales y la conducta humana, en particular, la criminal*¹².

“En 1970, Monroe publicó investigaciones, estudiando la relación disfuncional del cerebro con respecto de la conducta humana (incluyendo la criminal)”¹³. Uno de los trabajos más significativos consistió en el examen de 92 personas, donde se pudo constatar que el grupo que manifestaba anomalías en el EEG era el más agresivo, antisocial y conflictivo¹⁴.

No obstante, la crítica principal a estos estudios consiste en que las anomalías electroencefalográficas encontradas entre los reclusos y enfermos mentales podrían ser producto del régimen de prisionalización.

Análisis de casos de la neurología enfocada hacia fines criminológicos

El autor Bernardo Feijoo Sánchez menciona el caso de Phineas Gage, un ingeniero que sufrió un accidente mientras se encontraba trabajando en una construcción. Una varilla atravesó su cerebro; quedó gravemente herido, pero logró sobrevivir. Sin embargo, su personalidad cambió sustancialmente, de ser una persona amable, sociable y empática, pasó a ser altanero y agresivo. Tras estudios se determinó que la barra había destruido zonas de la corteza cerebral situada en la parte izquierda del lóbulo frontal, lo que podría explicar el cambio de la personalidad de Gage.

En 1994, el científico Antonio Damasio mostró que los daños en estas zonas prefrontales de la corteza eran responsables del manejo de las emociones y del proceso de toma de decisiones. Esta afirmación explicaría el cambio repentino en el carácter y la personalidad de Gage¹⁵.

En el 2003, se estudió el caso de un hombre de 40 años de edad que, durante su vida, nunca había padecido trastornos sexuales, pero que de pronto acosó sexualmente a menores. Al practicársele una resonancia cerebral, se logró determinar un hemangiopericitoma en la región orbitofrontal, el cual una vez eliminado por intervención quirúrgica, provocó que los síntomas pedofílicos desaparecieran, y se le concedió la libertad al hombre. No obstante, un año después, el sujeto comenzó a sentir nuevamente atracción hacia los menores de edad, por lo que se le practicó una nueva resonancia. En esta, se observó que el tumor que había sido removido anteriormente había aparecido de nuevo. Una vez más, al ser intervenido quirúrgicamente, los síntomas de atracción sexual hacia menores desaparecieron. De este modo, los neurólogos llegaron a la conclusión de que el tumor provocaba una alteración funcional en la actividad del cerebro que conducía al sujeto hacia esa atracción sexual¹⁶.

Adrián Rayne, neurocientífico de la Universidad de Pensilvania, llevó a cabo un estudio con 792 asesinos con trastorno antisocial de la personalidad. Esos resultados le permitieron observar que la corteza prefrontal cerebral de esas personas era más pequeña que las de otras

que no presentaban trastorno antisocial. Además, afirmó que estos individuos asesinos con trastorno antisocial de la personalidad presentaban daños en estructuras cerebrales como la amígdala y el giro angular, relacionadas con la capacidad de hacer juicios morales¹⁷.

Los casos mencionados con anterioridad son un claro ejemplo de cómo la neurología enfocada hacia fines criminológicos trae a colisión el debate respecto al libre albedrío de la persona delincuente. Sin embargo, afirmar que un daño neurobiológico fue la causa definitiva de la comisión de un delito sería aceptar un retroceso de las demás teorías explicativas del delito (tomando como punto de partida únicamente las biológicas). Así, le corresponde a la criminología establecer cuánta fuerza le otorga a la existencia de un factor neurológico, dentro del análisis de las causas del delito desde una visión de las neurociencias.

Neurociencias y la culpabilidad en el derecho penal

Las neurociencias han puesto en debate la idea de que el ser humano no tiene libertad para decidir, sino que sus comportamientos están determinados por las estructuras cerebrales. Esto es lo que se denomina un enfoque neurocientífico fisicalista-determinista. Si un ser humano no posee libertad para decidir, los componentes del derecho penal como la culpabilidad tendrían que reformular sus bases.

Lo anterior se debe a que, en el primer elemento de la culpabilidad, entiéndase la capacidad de

culpabilidad, se analiza la capacidad psíquica-biológica del sujeto de determinarse para el cumplimiento de lo ordenado por el derecho. En la imputabilidad, se analizan las enfermedades mentales y los trastornos de la conciencia que le impiden al sujeto determinarse libre y conscientemente.

El Dr. Gustavo Chan Mora menciona que la manera en la que se utiliza y define la idea de la “normalidad psíquica” dentro del componente de capacidad de culpabilidad es consecuencia de un proceso de selectividad política y normativa. No obstante, una crítica importante que el autor realiza de esa normalidad psíquica, estadísticamente sustentada, en la que se apoya la presunción de imputabilidad, es que nunca ha sido verificada ni toma en cuenta la existencia de la cifra negra.

En relación con el ámbito de las neurociencias, probablemente un neurocientífico afirmará que la normalidad psíquica depende de un grado suficiente de desarrollo en las estructuras y las funciones del cerebro humano. Así, este grado de desarrollo será el que permitirá o no que la gente tome decisiones conforme a (o en contra del) derecho¹⁸.

Por tanto, la crítica realizada por el autor remite a que ese grado de desarrollo estructural y funcional del cerebro debe ser acreditado y no presumido para cada sujeto, esto en virtud del principio de individualismo, según el cual todos los seres humanos somos únicos.

Algunos neurólogos alemanes reconocidos mundialmente como Gerhard Roth, Wolfgang Prinz y Wolf Singer afirmaron que la posibilidad de ser libres era tan solo una ilusión. Al respecto,

Gehard Roth indicó lo siguiente:

Me parece que es correcta la proposición de que no es el Yo [consciente] sino el cerebro el que ha decidido; luego, tomar una decisión es un proceso cuya manifestación es demostrable objetivamente. Oprimir el botón izquierdo o derecho es una decisión y con la adecuada dedicación se puede investigar experimentalmente qué sucede en el cerebro antes y en el momento en que esa decisión se toma. En caso de que sea cierto que no es el Yo consciente el que toma la decisión sobre una acción, ¿entonces quién decide realmente?¹⁹.

Este debate acerca de si el ser humano posee o no libertad para decidir se debe a que las investigaciones neurológicas afirman que, en todo comportamiento humano, existen procesos neuronales inconscientes que siempre preceden a la decisión voluntaria. De este modo, toda decisión humana no es producto de una voluntad consciente involucrada en ella, sino del resultado de los procesos neuronales que acontecen en el cerebro, sobre los cuales el sujeto no ejerce ni puede ejercer ningún control²⁰.

Estos estudios neurocientíficos ponen de cabeza componentes penales como la culpabilidad, pues esta se basa en que todo sujeto puede controlar y dirigir sus acciones, voluntaria y conscientemente (contrario a la neurociencia donde la voluntad para decidir no tiene cabida).

Por esta razón, el autor Demetrio Crespo menciona que “la conformación de conceptos como voluntariedad, intencionalidad o conciencia, no pueden ser explicados únicamente a nivel

neurofisiológico, sino que poseen una dimensión normativa que atribuye de manera intersubjetiva «identidad» a las personas²¹.

Es importante mencionar que, en la legislación costarricense, existe una presunción de imputabilidad amparada en el artículo 42 del Código Penal, a saber:

Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes.

De esta manera, todo imputado o imputada que no sea inimputable de acuerdo con los criterios objetivos establecidos en la norma citada, se presume y es en consecuencia imputable. En ese sentido, el voto de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, número 934 de las 11:38 horas del 29 de julio de 2011, resolvió en lo que resulta de interés:

El concepto de capacidad de imputabilidad en el Derecho penal de adultos tiene dos niveles. El primero, es un componente empírico (fáctico) o biopsicológico. Debe verificarse si el sujeto tiene capacidad de culpabilidad con base en ciertos presupuestos de normalidad psíquica, utilizando un método y criterios psicológicos y psiquiátricos [...] El segundo, es un componente normativo-valorativo. La determinación de si existe una enfermedad mental, un grave trastorno de la conciencia o un déficit en el desarrollo de ciertas capacidades

cognitivas, es relevante en el tanto que esos fenómenos inciden en la capacidad de comprensión y en la capacidad de acción, de voluntad y de inhibición de un sujeto respecto de un ilícito penal concreto, es decir, de un comportamiento prohibido y penado por el ordenamiento jurídico. Frente al dato ofrecido por los peritos respectivos, acerca de la existencia de los factores arriba referidos, el juez debe valorar entonces la incidencia que esos factores tuvieron sobre la capacidad de comprensión y voluntad del sujeto en relación a la conducta típica y antijurídica concreta que está siendo analizada. Este análisis se realiza en el entendido de que para que exista culpabilidad y, consecuentemente, para que pueda reprochársele a alguien un ilícito, o para que pueda considerársele como penalmente responsable por la ejecución de una acción típica y antijurídica concreta, es necesario que el autor de dicho comportamiento haya tenido una capacidad psíquica que le permita disponer de cierto grado o ámbito de autodeterminación²².

Del extracto citado con anterioridad, cabe destacar que si bien las personas juzgadas deben valorar y analizar los informes y los dictámenes médicos, lo cierto es que no deben únicamente homologarlos y dotarlos de certeza absoluta, pues su labor es establecer la culpabilidad del imputado o de la imputada a partir de criterios objetivos y normativos. Es decir, aun cuando las conclusiones de una pericia son una guía médica y científica importante, los jueces y las juezas no están obligados a fallar conforme a estas. Sin embargo, sí deberán brindar una debida fundamentación de lo que resuelvan, de acuerdo con la sana crítica y otros principios integradores del ordenamiento jurídico costarricense. Al

respecto, puede consultarse el voto de la Sala Tercera, número 739 de las 11:13 horas del 14 de junio de 2013, el cual indicó:

*[...] emitir valoraciones acerca de la incidencia que tienen los anteriores supuestos sobre la capacidad de comprensión y sobre la capacidad de acción e inhibición de un sujeto en relación con el ilícito concreto por el cual está siendo juzgado; sencillamente porque este segundo componente o nivel del concepto es de carácter normativo-valorativo, lo cual significa que le compete exclusivamente al juzgador o la juzgadora del caso valorar los datos que le ofrecen los peritos, para concluir si aquello que fue diagnosticado por los expertos forenses ha tenido alguna incidencia relevante en la capacidad de comprensión y de acción (o inhibición) del sujeto actuante respecto del tipo penal concreto por el cual está siendo juzgado [...]*²³.

Acerca del debate entre las neurociencias y el derecho penal

La culpabilidad penal y su incompatibilidad con los estudios neurocientíficos

Según el autor Bernardo Feijoo Sánchez, la culpabilidad penal no es una característica natural del ser humano, sino un proceso de imputación social con diversas reglas y criterios (seleccionados a partir de la función social que el derecho penal desempeña), por lo que acoger conceptos como el determinismo (el ser humano se encuentra determinado y no tiene libertad para decidir) e indeterminismo, sería basarse en conceptos que versan sobre el funcionamiento del mundo natural. Así según este aspecto, los neurocientíficos no han

tenido en cuenta que la responsabilidad penal no es un hecho natural, sino un fenómeno social.

El autor continúa mencionando que el problema de los neurocientíficos es que sus perspectivas se reducen a lo que sucede dentro de nuestras cabezas, por lo que hacen caso omiso a la dimensión social que tiene que estar presente cuando se debate acerca de los fundamentos del derecho penal. Asimismo, la libertad a la que los y las juristas hacen referencia y que integra el concepto de capacidad de culpabilidad es una creación social, distinta al concepto de libertad con el que los neurocientíficos trabajan en sus laboratorios.

Finalmente, es importante mencionar algunas implicaciones del determinismo en el derecho penal²⁴. Si se acepta la teoría de que no existe libertad para decidir, habría que volver a un derecho penal de resultado, donde se sanciona exclusivamente de acuerdo con la medida del resultado producido. Además, en cuanto al ámbito del control social, se aplicarían las medidas curativas socio-terapéuticas con fines puramente preventivos. Estas podrían consistir en tratos degradantes para la dignidad humana como las esterilizaciones y las castraciones respecto a los delitos contra la libertad sexual, o bien intervenciones en el cerebro, medicación generadora de estados de debilidad en los y las delincuentes violentos, etc.

De lo anterior, es importante mencionar que no hay que dejar de lado los principios básicos del derecho penal como el de intervención mínima, subsidiariedad y el de ultima ratio, así como los principios fundamentales referentes a la dignidad humana, por lo que eventuales intervenciones (sean estas genéticas, optogenéticas, farmacológicas o

quirúrgicas) en el cerebro con finalidades de curación o mejora no podrán ir en contra de los derechos fundamentales de los individuos. Es decir, el auge de las neurociencias debe ser abarcado desde una consideración sumamente humanista. De lo contrario, se estaría regresando a un “derecho penal del enemigo”. Además, cualquier medida alternativa debe ser fijada dentro de los límites y garantías materiales y procesales que protegen los derechos de los imputados en un Estado de derecho²⁵.

CONCLUSIONES

Frente al descubrimiento y auge de las neurociencias, el estudio del crimen y el análisis de culpabilidad en el derecho penal deben estar atentos a los datos empíricos arrojados por estas. Sin embargo, una regresión a concepciones criminológicas del delincuente basadas en su predisposición biológica, como por ejemplo, las estructuras del cerebro, no puede ir en contra de las garantías y los derechos humanos que hoy en día se reconocen.

En relación con la manera en que la dogmática penal debería reaccionar en su formulación del concepto de culpabilidad, particularmente en la capacidad de culpabilidad, deberá tenerse en cuenta que, si bien la criminología es una ciencia multidisciplinaria, tanto ella como el derecho penal responden a un fenómeno social y no natural, el crimen.

De este modo, aun cuando los neurólogos propongan sustituir un derecho penal basado

en la idea de culpabilidad por un derecho penal preventivo y curativo, capaz de intervenir incluso antes de que los sujetos actúen, este deberá atender a su independencia y respetar derechos fundamentales como la dignidad humana.

Así, para decidir utilizar el concepto de libertad en la neurociencia no tiene el mismo significado al empleado en el derecho penal. Por consiguiente, lo que existe es un juego de lenguaje donde las palabras obtienen su significado dependiendo del contexto teórico en el que se utilizan. Por este motivo, deben valorarse cuidadosamente los avances aportados por las neurociencias para implementarlos en el derecho penal y deben conocerse sus límites en aras del respeto a las garantías y los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

Bergalli, R, Bustos, J. & Miralles, T. El pensamiento criminológico I: un análisis crítico. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS, 1983.

Chan Mora, G. Capacidad de culpabilidad penal y libertad de decisión. Acerca del debate entre las neurociencias, la filosofía de la mente y el derecho penal. (2013). Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. San José, Costa Rica, n.º 5. Recopilado en <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12439> el 20 de octubre de 2018.

Demetrio Crespo, Eduardo. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y la responsabilidad penal: aproximaciones al moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. En: InDret, Revista para el Análisis del Derecho, n.º 2, 2011.

Demetrio Crespo, E. (2013). NEUROCIENCIAS Y DERECHO PENAL: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid, España: ELECE, Industria Gráfica, S. L.

Díaz Arana, A. Las mentes libres en el derecho penal: neurociencias y libertad desde una perspectiva funcional de la mente. Barcelona, España: Universidad de Barcelona 2015. Recopilado en <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll23/id/301> el 6 de noviembre de 2018.

Feijoo Sánchez, Bernardo. (2011). Derecho penal y neurociencias: ¿una relación tormentosa? Indret: Revista para el Análisis del Derecho, n.º 2. Recopilado en <http://www.indret.com/pdf/806.pdf> el 20 de octubre de 2018.

García-Pablos de Molina, A. Tratado de criminología. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2ª ed., 1999.

Garay Núñez, Jesús Roberto. Psicobiología. Recopilado en <https://es.scribd.com/presentation/79064185/3-Bases-Neurofisiologicas-Del-Comport-a-Mien-To> el 10 de octubre de 2018.

Kaiser, Günter. (1988). Introducción a la criminología. Madrid, España: Editorial DYKINSON, 7ª ed.

Pérez Ocanto, R. Neurociencias: nuevo viejo de la criminología clínica. Diario El Libertador. Recopilado en <http://www.diarioellibertador.com.ar/notix/imprimir.php?id=76843&seccion=Desplegada> el 12 de octubre de 2018.

Vásquez Cigarroa, Ricardo. Neurociencias aplicadas al estudio criminológico del delito. Recopilado en <https://psicologiaymente.net/forense/neurociencias-aplicadas-estudio-delito-criminologia#!> el 2 de noviembre de 2018.

Votos

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
Voto número 934 de las 11:38 horas del 29 de julio de 2011.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
Voto número 739 de las 11:13 horas del 14 de junio de 2013.

Notas

- ¹ Demetrio Crespo, Eduardo, en Díaz Arana, Andrés. (2015). *Las mentes libres en el derecho penal: neurociencias y libertad desde una perspectiva funcional de la mente*. España, Barcelona: Universidad de Barcelona. Recopilado en <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll23/id/301> el 6 de noviembre de 2018
- ² Garay Núñez, Jesús Roberto. *Psicobiología*. Recopilado en <https://es.scribd.com/presentation/79064185/3-Bases-Neurofisiologicas-Del-Comport-a-Mien-To> el 10 de octubre de 2018
- ³ Garay Núñez, Jesús Roberto. *Psicobiología*. Recopilado en <https://es.scribd.com/presentation/79064185/3-Bases-Neurofisiologicas-Del-Comport-a-Mien-To> el 10 de octubre de 2018
- ⁴ Pérez Ocanto, R. *Neurociencias: nuevo viejo de la criminología clínica*. *Diario El Libertador*. Recopilado en <http://www.diarioellibertador.com.ar/notix/imprimir.php?id=76843&seccion=Desplegada> el 12 de octubre de 2018.
- ⁵ García-Pablos de Molina, Antonio. (1999). *Tratado de criminología*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch. 2ª ed, 329
- ⁶ Vásquez Cigarroa, Ricardo. *Neurociencias aplicadas al estudio criminológico del delito*. Recopilado en <https://psicologiymente.net/forense/neurociencias-aplicadas-estudio-delito-criminologia#!> el 2 de noviembre de 2018.
- ⁷ Kaiser, Günter. (1988). *Introducción a la criminología*. Madrid, España: Editorial DYKINSON, 7ª ed., 89.
- ⁸ Kaiser, Günter. *Introducción a la criminología*. (1988). Madrid, España: Editorial DYKINSON. 7ª ed.
- ⁹ García-Pablos de Molina, Antonio. (1999). *Tratado de criminología*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2ª ed. 101.
- ¹⁰ Bergalli, R, Bustos, J & Miralles, T. (1983). *El pensamiento criminológico I: un análisis crítico*. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS, 55.
- ¹¹ Bergalli, R, Bustos, J. & Miralles, T. (1983). *El pensamiento criminológico I: un análisis crítico*. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS, 56.
- ¹² García-Pablos de Molina, Antonio. (1999). *Tratado de criminología*. 2ª ed. Valencia, España: Tirant, Lo Blanch, 504.
- ¹³ García-Pablos de Molina, Antonio. (1999). *Tratado de criminología*. 2ª ed. Valencia, España: Tirant, Lo Blanch, 503.
- ¹⁴ García-Pablos de Molina, Antonio. (1999). *Tratado de criminología*. 2ª ed. Valencia, España: Tirant, Lo Blanch, 505
- ¹⁵ Feijoo Sánchez, Bernardo. (2011). *Derecho penal y neurociencias: ¿una relación tormentosa?* *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2. Recopilado en <http://www.indret.com/pdf/806.pdf> el 20 de octubre de 2018.
- ¹⁶ Vásquez Cigarroa, Ricardo. *Neurociencias aplicadas al estudio criminológico del delito*. Recopilado en <https://psicologiymente.net/forense/neurociencias-aplicadas-estudio-delito-criminologia#!> el 2 de noviembre de 2018.
- ¹⁷ *Ibid*

- ¹⁸ Chan Mora, G. (2013). *Capacidad de culpabilidad penal y libertad de decisión. Acerca del debate entre las neurociencias, la filosofía de la mente y el derecho penal. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 5. San José, Costa Rica. Recopilado en <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12439> el 20 de octubre de 2018.*
- ¹⁹ *Ibid.*
- ²⁰ *Ibid.*
- ²¹ Demetrio Crespo, E en Díaz Arana, A. (2015). *Las mentes libres en el derecho penal: neurociencias y libertad desde una perspectiva funcional de la mente. Barcelona, España: Universidad de Barcelona. Recopilado en <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll23/id/301> el 6 de noviembre de 2018.*
- ²² *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 934 de las 11:38 horas del 29 de julio de 2011.*
- ²³ *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 739 de las 11:13 horas del 14 de junio de 2013.*
- ²⁴ Demetrio Crespo, Eduardo. (2011). *Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximaciones al moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. En: InDret, Revista para el Análisis del Derecho, n.º 2.*
- ²⁵ Feijoo Sánchez, Bernardo. (2011). *Derecho penal y neurociencias: ¿una relación tormentosa? Indret: Revista para el Análisis del Derecho, n.º 2. Recopilado en <http://www.indret.com/pdf/806.pdf> el 20 de octubre de 2018.*

SOBRE EL SENTIDO JURÍDICO DEL PRINCIPIO RESOCIALIZADOR Y LOS DEBERES QUE DERIVAN DE ÉL

MS.c. Gabriel Ortega Monge*

RESUMEN

En términos jurídicos, el principio resocializador obliga al Estado a ofrecer los recursos a la persona sentenciada para su regreso a la sociedad. Sin embargo, para quien participa de un proceso de reinserción social, también representa un deber de no reincidir en conductas delictivas. Este deber tiene dos implicaciones: a. El sistema de beneficios penitenciarios puede facilitar el control disciplinario y agilizar el egreso carcelario; pero no fomenta un deber ser genuino en la población reclusa. b. Resocializar, en función de la reducción de la reincidencia delictiva, también implica inculcar la obediencia al derecho.

Palabras clave: Principio resocializador. Sistema carcelario. Beneficios penitenciarios. Deberes técnicos / deberes deónticos. Moral. Obediencia al derecho.

ABSTRACT

In a legal sense, the principle of resocialization obliges the State to offer the resources to the sentenced person for his return to society. However, for those who participate in this process, it also represents a duty not to reoffend in criminal behavior. This duty has two implications: a. The penitentiary benefits system can facilitate disciplinary control and expedite prison discharge, but it does not encourage the fulfillment of a genuine duty on the inmates. b. Resocializing, based on the reduction of criminal recidivism, also implies teaching obedience to the Law.

Keywords: Resocializing principle. Prison system. Penitentiary benefits. Technical duties/ Deontic duties. Moral. Obedience to Authority.

Recibido 22 de abril de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019

**Licenciado en Derecho y estudiante de la carrera de Filosofía, Universidad de Costa Rica. Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Actualmente cursa una Maestría en Criminología en la UNED. Juez interino.gabriel_jom@hotmail.es*

SUMARIO: I. Presentación del problema. I Parte. La pena privativa de libertad y los fines del derecho. a. La pena en el derecho procesal penal. b. La pena en el derecho penal sustantivo. c. La pena en el derecho de ejecución. II. Parte. La inviabilidad del sistema de beneficios penitenciarios para resocializar. Análisis desde la noción de “deber” y la teoría de las normas. III. Parte. El fin resocializador y el deber ser jurídico. a. La obediencia al derecho y la confusión moral. b. La obediencia al derecho como problema jurídico-político. Conclusiones.

I. Presentación del problema

El uso de la privación de libertad, como sanción, ha tenido diferentes propósitos según las políticas criminales imperantes a lo largo del tiempo. En algún momento, según critica Foucault, a través de la prisión, el preso pagaba su deuda; en otros momentos, el objetivo era la pérdida de un bien o un derecho del sentenciado, procurando cierta medida de sufrimiento corporal¹.

Como no todos los que efectivamente obedecen las reglas jurídicas las incorporan en su totalidad a su sensibilidad moral, la obediencia del orden jurídico no puede, en general, basarse en la motivación moral del deber [...] El derecho no es un fenómeno moral, sino político; un fenómeno social del poder².

En la actualidad, inspirado por el respeto de la dignidad humana y la minimización del poder

punitivo, se procura que la experiencia carcelaria aporte las herramientas a la persona sentenciada de modo que logre una reincorporación satisfactoria a la sociedad: apta para subsistir, encajar en la dinámica social y apartarse de un estilo de vida delictivo; esto último, en caso de que la persona haya estado expuesta a ambientes que propician un estilo de vida delictivo y a un tipo de socialización en la que se aprecian como ideales o, al menos, se toman como normales, la violencia y la ostentación por vías ilegales.

Ejemplo del primer supuesto es el grupo de personas que Zaffaroni ha catalogado como susceptible de ser seleccionado por el poder punitivo. Del segundo caso, podría ubicarse a quienes pertenecen a grupos delincuenciales asociados con el tráfico y la venta de drogas, cuyos miembros, además de que cuentan con una organización de trabajo, se identifican con el ideal de una vida ostentosa, y la violencia de todo tipo se asume con normalidad³.

Las normas que desarrollan el fin resocializador de la pena⁴ establecen que, a través de procesos de atención técnica, las autoridades deben crear las condiciones para que la persona sentenciada se respete a sí misma, desarrolle un sentido de responsabilidad, cultive la voluntad de vivir conforme a la ley (art. 65, Reglas Mínimas), adquiera habilidades y destrezas para la vida y comprenda su situación personal (art. 10 del Reglamento Técnico).

Como parte del desarrollo de tales políticas penitenciarias, con base en el artículo 70 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de

los Reclusos, existe un sistema de privilegios penitenciarios que consiste en premiar a una persona por el cumplimiento de alguna tarea o asumir cierto rol, como aliciente para que mantenga una buena conducta. Aunque, desde la perspectiva política, este sistema de privilegios parece adecuarse a los ideales del Estado de derecho y que, desde la doctrina, se explica como un medio idóneo para concretar la reinserción del o de la delincuente, en este trabajo se procura hacer ver que el sistema de premios no es un instrumento idóneo para alcanzar el fin resocializador de la sanción.

La crítica que se propone tiene como base el concepto de deber y su uso dentro de la teoría de las normas, fundamentalmente, la distinción entre las reglas genuinamente deónticas y las reglas técnicas. Según se explicará, con base en las normas que trazan un fin rehabilitador de la sanción, la administración debe adecuar sus acciones en aras de tal propósito, de modo que la persona privada de libertad oriente su carácter a fines ulteriores como la paz social, la autorrealización y el respeto del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el modelo de privilegios no está comprometido con ningún fin –tampoco el resocializador–, sino con la conveniencia o la elección de un objetivo por parte del destinatario. En ese tanto, carecen de contenido normativo.

Dicho de una manera breve, aunque es entendible que las normas deónticas (i.e., se deben pagar las multas de tránsito) inspiren en las personas la formulación de reglas técnicas (i.e., la persona paga la multa para que no le quiten las placas

del vehículo), lo cierto es que, en materia de ejecución de la sanción, no es correcto que el Estado incentive un tipo de razonamiento cuyo fundamento es un deber técnico.

Lo problemático de este escenario es que la autoridad asume que, cuantas más prerrogativas otorgue, son mayores las probabilidades de una reincorporación social exitosa. Peor aún, el preso asume –hace propio– que el sentido de la prisión es cumplir ciertas reglas, vacías de un deber auténtico, para así vivir con mayor comodidad y egresar tan pronto como le sea posible, sin reflexionar u obtener algún aprendizaje de la experiencia del encierro.

El trabajo se compone de tres partes: a. Primero, se procura aclarar cuáles son los objetivos de las políticas que giran en torno a la ejecución de la sanción –fines del proceso penal, fines de la pena, fines del sistema penitenciario, entre otro–, de modo que sean comprensibles cuáles mecanismos son idóneos para cumplir uno u otro. b. Luego, a partir de la teoría de las normas, se hará ver la diferencia entre obrar con miras a la concreción de un fin jurídicamente relevante y hacerlo motivado por un interés particular. c. Tomando en cuenta que las normas en juego crean deberes que pertenecen a mundos normativos diferentes, se propone que un sistema de beneficios penitenciarios nutre en las personas reclusas la idea –estructura mental– de hacer prevalecer los intereses personales y lo que le representa un beneficio, por encima de la autocrítica y el sentido de responsabilidad, máximas del principio resocializador.

I Parte. La pena privativa de libertad y los fines del derecho

Conscientes de su creación o no, las sociedades se valen del derecho para alcanzar determinados fines⁵. Independientemente de la organización política que se trate, a través de las normas, se organiza el Estado, se regula la relación sujeto-Estado y se orienta a los individuos hacia determinados comportamientos en pos de aquellos fines. Al incorporarse al ordenamiento, esos valores se “transforman” en fines jurídicos.

Con la creación de la pena privativa de libertad, el sistema jurídico penal se orienta a cumplir diversos fines⁶. Conviene distinguir, de acuerdo con esos fines, tres facetas de la pena de prisión: a. formal. b. material. c. de ejecución.

a. La pena en el derecho procesal penal

En la doctrina más reciente,⁷ se coloca la fase de ejecución de la pena como el último eslabón del proceso penal. Con exclusión del estado de inocencia, dentro de un modelo garantista, se procura que el poder obre de la manera más racional y humana que sea posible⁸. En términos procesales, la persona sentenciada conserva su derecho de defensa y el resto de garantías del debido proceso, así como su derecho a formular peticiones. Esto último conlleva la obligación para el Estado de facilitar el acceso a la justicia, no discriminar y, para los tribunales, la exigencia de resolver sin dilaciones.

b. La pena en el derecho penal sustantivo

Desde la perspectiva sustancial, el poder punitivo se plantea un objetivo distinto al anterior, en relación con la persecución del delito. Se trata de garantizar cierto orden en la convivencia mediante la monopolización de la fuerza. Esto significa que se despoja a los particulares del conflicto originado por el crimen, para así evitar la resolución del problema mediante el arresto y la ejecución ciudadana del o de la delincuente. Además, reprochar la comisión del delito mediante la figura del castigo –por moderado que sea– legitima al poder punitivo frente a la sociedad. Entendida como respuesta del poder punitivo –castigo–, se ha delegado en la prisión el cumplimiento de algunos fines⁹.

En este punto, cabe observar que una de las particularidades del pensamiento jurídico penal actual es que permite deslindar los fines de la sanción de aquellos que justifican la persecución del delito, en términos políticos. La doctrina ha clasificado en teorías absolutas y relativas acerca del fin de la pena:

1. Posturas absolutas. Como continuidad del objetivo persecutor del delito –fin material–, la postura retribucionista concibe el encierro en prisión como la justa respuesta estatal por el mal ocasionado. A la luz del derecho penal liberal, esta teoría es cuestionada por delegar en la prisión la “realización de la justicia”, con todo lo vago y retórico que ello puede llegar a significar.

2. Posturas relativas. Guiadas por fines menos pretenciosos, las teorías relativas prevén que la pena privativa de libertad sea un instrumento para desestimular la delincuencia. Cuando ese objetivo se dirige a la colectividad, se trata de teorías de prevención general. Por otro lado, las teorías de la prevención especial dirigen ese propósito preventivo al o a la delincuente:

2a. Prevención especial negativa cuando el objetivo es contener a la persona infractora. Significa que se mantiene a salvo a la comunidad por el tiempo que aquella persona se encuentre privada de su libertad.

2b. La teoría de la prevención especial positiva parte de la idea del o de la delincuente como un ser social disfuncional; pero destinado a convivir en sociedad. Bajo esa premisa, se entiende que el Estado debe proveer las herramientas en procura de su resocialización durante la privación de libertad. Esta finalidad educadora de la sanción goza de la aprobación de la doctrina jurídico-penal y es acorde con las disposiciones internacionales¹⁰.

c. La pena en el derecho de ejecución

En relación con la persona privada de libertad, la autoridad penitenciaria se orienta por diversos principios¹¹, en cuenta el resocializador. Para efectos del presente trabajo, se pondrá atención a los principios de orden y seguridad¹² sobre la base de estos gravitan las normas orientadas a la “obtención de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente

adecuado para el éxito del tratamiento y retención y custodia de los reclusos”¹³.

Es cierto que una vertiente de este principio de seguridad y orden procura resguardar la dignidad, la integridad física y la vida de la población penitenciaria; pero, lo que aquí interesa destacar es el interés de la administración carcelaria de controlar todo proceso que pueda desencadenar la violencia y comprometer el orden institucional. Para ello, se ha diseñado el régimen penitenciario, el cual conoce de las infracciones disciplinarias y las sanciones, y reconoce las garantías fundamentales de la persona privada de libertad.

El sistema de recompensas

Como insumo para mantener el orden y la seguridad, se ha creado un sistema de recompensas¹⁴, basado en el artículo 70 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos:

En cada establecimiento se instituirá un sistema de privilegios adaptado a los diferentes grupos de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento, a fin de alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en lo que atañe su tratamiento.

Se puede derivar de la norma la orientación a satisfacer dos de los fines supra expuestos:

- a. Principio resocializador: “[...] desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos”.

- b. Principio de orden y seguridad dentro del centro penitenciario: “[...] a fin de alentar la buena conducta”.

Según la doctrina y como es tratado en los cuerpos normativos, el sistema de privilegios satisface ambos fines.

Prima facie, el sistema de beneficios parece armonizar con el proceso de rehabilitación de la persona sentenciada. Esta modalidad de brindar una “oportunidad” al privado de libertad, ocuparlo en alguna actividad y, en general, mejorar sus condiciones de vida en el encierro, al punto de propiciar su egreso, es aprobada sin mayor objeción. El mismo contenido de beneficiar, premiar o recompensar predispone a aceptarlo como algo bueno y loable de la política penitenciaria.

No obstante, se debe precisar que, contrario a lo que ocurre con el otorgamiento de recompensas, el cual solo beneficia a la persona sentenciada del proceso de resocialización, no solo se procura un provecho para aquel, sino también para la sociedad que lo recibe y espera una convivencia al margen de conflictos. Cabe preguntarse si en todo caso que el recluso es privilegiado por el sistema –descuento de la pena, permisos de salida, traslados a ámbitos de menor contención, etc.–, se puede afirmar que cuenta con mejores condiciones para convivir y respetar el ordenamiento jurídico en beneficio de la sociedad.

Entonces, ¿en qué sentido puede ser un obstáculo el sistema de beneficios para lograr la resocialización del delincuente? ¿Se puede atribuir la reincidencia delictiva a ciertos fines solapados del modelo de recompensas? ¿Resulta

idóneo este modelo para desestimular los valores que acompañan un estilo de vida delictivo?

En el siguiente acápite, se brindará una respuesta con base en el concepto de deber.

II. Parte. La inviabilidad del sistema de beneficios penitenciarios para resocializar. Análisis desde la noción de “deber” y la teoría de las normas

Según la doctrina lo reconoce, desde tiempos de Von Liszt, la reeducación, rehabilitación o reinserción del delincuente funge como el principio rector de todo el sistema penitenciario.

Dicha tarea de “mejorar” o “normalizar” al delincuente crea deberes en dos vertientes¹⁵:

- a. Deber de la administración penitenciaria: “debe concebirse –la resocialización– como un deber de la administración penitenciaria, ya que esta debe ofrecer al interno todos los medios razonables que permitan desarrollar su personalidad”¹⁶. Esto supone la creación de ciertos programas –usualmente técnicos– que permitan al recluso corregir su visión de mundo y brindarle las herramientas para que, en su retorno a la sociedad, pueda mantenerse apartado del delito. Como presupuesto de este tratamiento, debe entenderse que la participación de la persona privada de libertad debe ser voluntaria. Existen dos razones que lo justifican: 1. Un Estado democrático de derecho no debe imponer coactivamente los valores oficiales. 2. Desde una perspectiva realista,

únicamente en caso de que la participación de la persona sea libre y voluntaria, se puede esperar un resultado fructuoso¹⁷.

- b. Deber del privado de libertad: Una vez que la persona recluida admite incorporarse en un proceso de rehabilitación, asume el deber de hacer propias las herramientas que recibe en favor de su “corrección” y “mejora”. Según se desarrollará en el siguiente apartado, esto significa que debe entender que el delito contraviene el orden social –es indeseable para la colectividad– y debe asumir el compromiso de obrar correctamente.

A partir de la teoría de las normas, se desprende una clasificación¹⁸ entre normas deónticas y normas técnicas¹⁹. Según se propone en este trabajo, encasillar el principio resocializador dentro de las normas deónticas y el sistema de beneficios carcelarios en el tipo de normas técnicas contribuye a esclarecer la incompatibilidad normativa, cuyas consecuencias chocan con las aspiraciones del sistema penal.

- a. Normas deónticas: Los enunciados jurídicos con contenido deóntico siguen fines previamente fijados por determinadas posturas políticas. Además, dichos fines no son disponibles para las personas destinatarias de la norma.

En nuestro caso, el principio resocializador estipula la obligación para el Estado de brindar cierta atención al administrado que ha sido privado de su libertad, principio

como norma programática o directriz. Asimismo, este principio contiene los valores superiores del ordenamiento jurídico: dignidad humana, mantenimiento del orden y la seguridad sociales, principio como norma que expresa los valores superiores²⁰.

Como puede verse, el deber que contiene esta norma, tanto para la administración como para los particulares está justificado porque se orienta a la realización de ciertos valores en torno a la pena de prisión. En el caso costarricense, la Sala Constitucional dispone que el fin retributivo de la sanción no se traduce en reproche o venganza, sino en fines más amplios y elevados: “mantener el orden y el equilibrio, fundamento de la vida moral y social, para protegerlos y restaurarlos en caso de quebranto [...]”²¹.

- b. Normas técnicas: Según von Wright explica, el deber que contiene una regla técnica no obliga al destinatario a asumir determinados fines, sino los medios para alcanzar aquellos fines. De esta caracterización resulta central la ausencia de un deber genuinamente deóntico. El fin o propósito que contiene este tipo de normas presenta un carácter dispositivo: con base en un deseo, el agente elige los medios para alcanzar un fin, de modo que la conclusión del razonamiento que realiza el agente expresa una necesidad práctica. El silogismo se presenta de la siguiente manera:

- a. A quiere q,
- b. a menos que haga p, no conseguirá q,
- c. por lo tanto, A tiene que hacer p

Dentro de nuestro análisis, el sistema de privilegios dicta para la persona privada de libertad este razonamiento: si el preso quiere salir libre o subsistir con mejores condiciones, tiene que mantener buena conducta y acudir con esmero a las actividades que las áreas de atención técnica organizan.

La importancia de la distinción entre deberes deónticos y deberes técnicos, y asociar los deónticos al principio resocializador y los técnicos al modelo de beneficio permite evaluar las conductas –razones para la acción– de los presos dirigidas a cumplir uno u otro deber.

Está claro que además de estéril, resulta complejo conocer si un recluso adecúa su comportamiento en prisión motivado por el cumplimiento de un principio que le procura una provechosa reincorporación a la sociedad, o si lo hace para obtener un privilegio inmediato. Sin embargo, de la distinción enunciada, al menos queda claro que la autoridad legítima y brinda mecanismos para que el preso procure la satisfacción de sus intereses, al margen de que con ello se trunque la consecución de los propósitos que se atribuye a la prisión.

Es decir, por la forma en que se administra la sanción privativa de libertad, la autoridad admite y promueve que la persona sentenciada rija su conducta a partir de normas carentes de contenido deóntico –que no persiguen fines jurídicos–, inobservando que la tarea de resocializar, aun

en su faceta menos incisiva, supone modificar la conducta de la persona infractora merced a la comprensión e introyección de valores –criterios para conducirse– que le eran ajenos.

Antes de explicar por qué es importante que las prácticas penitenciarias reeducadoras se muevan en el campo del deber ser, es preciso observar que el sistema de beneficios penitenciarios también responde por determinados fines. Entre ellos, reducir la población carcelaria y resguardar el orden en la convivencia. No obstante, las medidas contra el hacinamiento y el régimen disciplinario no revisten el mismo carácter teleológico de la resocialización.

III. Parte. El fin resocializador y el deber ser jurídico

Un replanteamiento de la idea de resocialización requiere poner en claro la diferencia entre moral y derecho, entre el deber ser moral y el deber ser jurídico.

Una de las diferencias básicas entre derecho y moral es la forma de juzgar las conductas: la conciencia, en el caso de la moral; y las autoridades estatales, para los juicios de derecho. Ello no significa que existan valores²² exclusivos para cada orden normativo. Más bien, suelen compartirlos, pero lo importante es que al derecho no le incumben los juicios morales de las personas, sino el alcance público y políticamente relevante de tales juicios.

Una sociedad democrática construye sus valores jurídicos a partir de valores morales –individuales– que son apreciados por una

mayoría y que alcanzan una importancia tal que se revisten con la autoridad del derecho. La manifestación jurídica, autoritaria por excelencia, es la prohibición de conductas –tipos penales– y la previsión de sanciones para su infracción²³. Acertadamente, Geiger hace ver cómo el derecho se distancia de la moral:

Como no todos los que efectivamente obedecen las reglas jurídicas las incorporan en su totalidad a su sensibilidad moral, la obediencia del orden jurídico no puede, en general, basarse en la motivación moral del deber [...] El derecho no es un fenómeno moral, sino político; un fenómeno social del poder²⁴.

La resocialización del condenado es otra respuesta jurídica²⁵ –dirigida al preso– para ratificar los valores jurídicos; es decir, no aquellos que constituyen la moral individual, sino los valores que resultan de la experiencia social y la organización política.

En el marco del derecho penal liberal, puede parecer atrasado afirmar que el deber que contiene el principio resocializador es inculcar al recluso la obediencia al derecho. Es de sobra conocido cuánto ello puede reñir con las libertades individuales de las personas. Sin embargo, esa reacción obedece a un problema de enfoque: se asume que un proceso de reinserción social exitoso es el que transforma la autonomía moral del convicto, olvidando que una respuesta jurídica debe limitarse a atender las conductas calificadas por el derecho; esto es: aquello que es jurídicamente relevante²⁶.

Hecha la aclaración, se puede afirmar que resocializar significa transmitir el deber ser jurídico a la persona privada de libertad. A partir de ello, debe procurarse que la persona asiente en sus convicciones un deber ser jurídico que la aparte de la reincidencia delictiva. Se debe enfatizar que el principio resocializador no se ocupa de cualquier tipo de obediencia. Se trata de una obediencia al derecho acompañada por la comprensión de los motivos que llevan a la colectividad a temer, repudiar y prohibir determinadas conductas.

En relación con el sentido de deber, la filosofía del derecho se ha planteado la interrogante acerca de la existencia de una obligación de obedecer al derecho y, en caso de aceptar que exista, se ha ocupado de reflexionar acerca de cuáles son las razones que fundamentan tal obligación. Básicamente, se han ensayado tres respuestas al problema:

a. Enfoque desde la ética individual autónoma. Identifica el deber ser moral con el deber ser jurídico. Afirma que en la conciencia también se halla el fundamento de la obediencia al derecho²⁷. En este caso, es de esperar que una persona buena obedezca al derecho.

b. Fundamento político en los valores de la democracia y la libertad. Según Elías Díaz propone²⁸, la legitimidad de la obligatoriedad ética de obedecer al derecho reside en que es expresión de la voluntad mayoritaria del pueblo, libremente expresada. Este enfoque se asocia al valor de la seguridad jurídica²⁹: el poder creador del sistema normativo garantiza a la colectividad el orden,

la paz y la previsibilidad de las actuaciones del Estado para con sus administrados.

c. Fundamento en el valor de la justicia. Posicionado desde el objetivismo moral³⁰. Este enfoque considera como presupuesto de la justicia, la existencia de unos derechos naturales, inherentes a la existencia humana, previos y superiores al reconocimiento jurídico. Obedecer al derecho –que es lo mismo que ser justo– consiste, básicamente, en reconocer esos derechos para los demás. La preminencia de la justicia, como fundamento último de la obligación moral de obediencia al derecho, marca una diferencia de tinte iusnaturalista entre la legitimidad de quien manda y la legitimidad de lo que se manda, la cual autoriza a desobedecer el derecho injusto³¹.

En los siguientes párrafos, se expondrán las razones por las que el principio resocializador debe apartarse de las miradas de la moral individual autónoma y de aspirar a realizar la justicia como valor superior al derecho. En cambio, desde una perspectiva jurídico-política, se expondrá por qué la autoridad está legitimada para inculcar la obediencia al derecho, en quienes participan en un proceso de reinserción social.

La obediencia al derecho y la confusión moral

Pasar por alto la diferencia entre la moral individual y los deberes jurídicos –confusión moral–³² da lugar a concebir la resocialización como la acción de “corregir” y “mejorar” al o a la delincuente, lo cual tiene como presupuesto la idea de una persona “normal” que decide desadaptarse e infringir las reglas de convivencia,

por lo que, a través de la pena de prisión, debe experimentar una transformación moral que la prepare para su retorno a la sociedad.

Así concebida, esta idea de resocialización olvida que existen comportamientos, ideas, actitudes y modos de ser que el derecho no debe regular. El salto de lo jurídico a lo moral –transformación de los valores de la persona sentenciada– supone dos serios problemas en la ejecución del fin resocializador:

1. Resulta difícil teorizar sobre los fines de la sanción sin caer en la tentación de anteponer y defender un sistema de valores que de antemano apruebe o desapruebe –juicio de valor– la pena de prisión³³. En este sentido, plantear las probabilidades de “corrección” y “mejora” del delincuente, como problema moral, solo lleva discusiones estériles, falsas generalizaciones y, no pocas veces, se afina en el campo de lo religioso: se valora el arrepentimiento del preso cuando solicita un cambio de modalidad, al sufrimiento que se experimenta con el encierro, cual purgatorio, se le endilga una función redentora³⁴ y, entre otras ideas de este talante, la persona sentenciada asume el egreso –sobre todo si es anticipado– como una segunda oportunidad para obrar el bien.

La existencia de un ethos cristiano que pervive en nuestra sociedad, y se repite especialmente entre las persona privadas de libertad, no permite desarrollar un

entendimiento realista sobre el juego social que legitima el encierro, las relaciones de poder dentro de la prisión y el inminente retorno del o de la delincuente a la sociedad, una vez que ha cumplido la sanción.

2. Es un error responsabilizar penalmente a una persona por su constitución moral. En primer lugar, se incurre en el error que procura evitar el derecho penal al sancionar únicamente acciones³⁵. Resulta contradictorio que, por un lado, el sistema penal se autolimite al punir únicamente acciones humanas con resultado lesivo y, por el otro, se ocupe de las cuestiones más íntimas de la vida privada de las personas reclusas. En segundo lugar, los “valores negativos” que esa persona carga son el primer paso para considerarla enemiga de la sociedad.

Entonces, si no es legítimo que el sistema penal irrumpa en la autonomía moral del o de la delincuente para procurar su resocialización, ¿cuál es el contenido deóntico del principio resocializador? ¿Cómo resocializar al o a la delincuente, al margen de su conciencia moral? ¿Cómo adecuar el sistema de beneficios penitenciarios en la orientación del preso hacia el deber ser jurídico? ¿Qué debe hacer el Estado para que la persona sentenciada tenga un regreso pacífico a la sociedad sin que para ello deba incurrir en prácticas de adoctrinamiento?

b. La obediencia al derecho como problema jurídico político.

Antes de avanzar, conviene tener presentes dos aclaraciones:

1. Dentro de los argumentos que, a continuación, se construyan a favor de la obediencia al derecho, debe advertirse que hago referencia a las normas cuyo propósito no se cuestiona a nivel social. Por ello, desde el inicio del trabajo, se limitó el interés en las personas sentenciadas por delitos de sangre, contra la propiedad y afines al narcotráfico. Incorporar a la discusión la obligatoriedad de acatar normas relacionadas con el aborto y la eutanasia, por ejemplo, nos llevaría a encarar otros problemas que no están cubiertos en este trabajo.
2. Debo reconocer que ofrecer razones sobre la necesidad de enseñar un deber ser jurídico, implica estar de acuerdo con la subordinación de la conducta en pos de realizar los valores –paz, seguridad, orden– de una cierta clase o grupo social que acapara el poder político. Sin embargo, la falta de un enfoque netamente descriptivo no tiene por objeto elaborar una apología de los valores democráticos de una determinada sociedad, sino, enfatizar de qué manera se puede concebir mejor la resocialización del delincuente en función de aquellos valores.

¿Por qué se puede afirmar que el contenido normativo del principio resocializador implica que se debe inculcar la obediencia al derecho a la persona sentenciada?

Cabe recordar que el carácter normativo del principio resocializador –norma deóntica– significa que la presa o el preso debe ser educado

para que no delinca al retornar a la sociedad; en pocas palabras, que se comporte conforme al orden establecido. Lo que hace especial al fin resocializador no es nada más lograr la sujeción de los y las particulares al orden, sino que el preso o la presa tenga razones para sujetarse. La tarea de las autoridades penitenciarias es hacer eso posible, sin adoctrinamiento y sin recursos religiosos; es decir, sin interferir en la moral individual.

El deber ser jurídico que la persona sentenciada debe captar no es el que contiene la norma transgredida, i.e., no se debe robar, no se debe forzar el acto sexual; es decir, las razones por las que el robo y la violación se consideran indeseables en su sociedad. Tampoco importa demasiado que el sancionado conozca que la consecuencia jurídica de la acción delictiva es la privación de libertad, porque ello lo verifica con cada día de su encierro. Más bien, lo importante es que reconozca la legitimidad de la autoridad que lo sentenció y que comprenda bajo qué términos está subordinado al poder.

Es básico que la persona sentenciada tenga claro que: a. Es parte de una sociedad violenta, desigual, consumista que necesita del sistema penal para perdurar. b. Que, al imponerse coactivamente sus intereses –políticamente relevantes– están subordinados a los designios de la mayoría. c. Tratándose de una democracia, dichos designios no se rigen arbitrariamente, sino a partir de criterios constitucionales que restringen el ejercicio del poder represor³⁶.

Poner el énfasis en los delitos que son mayoritariamente reprobados por los y las miembros de la sociedad permite visualizar un

ambiente social en el que la violencia está siempre latente. Allí, la permanencia del grupo depende del interés de sus miembros por minimizar los conflictos, al menos, es de esperar que, en sus formas de resolver las disputas, se refleje el interés por la subsistencia del grupo. Puesto en un ejemplo, es la sustitución del linchamiento público del o de la delincuente, por su presentación ante la autoridad para su juzgamiento.

Dentro de este esquema, las normas tienen valor, más por los males que con su aplicación se procura evitar, que por la autoridad que las dicta. Está claro que, en cualquier experiencia social, siempre hay clases dominantes y clases subordinadas, y que las primeras suelen servirse de las normas para hacer prevalecer sus intereses sobre las otras. Sin embargo, lo que se procura ilustrar es una colectividad, en la que, pese a las tensiones entre sí, sus miembros no pueden dejar de relacionarse, requieren, más o menos, de los mismos bienes para satisfacer sus necesidades, comparten el destino y conocen que deben respetar los acuerdos para subsistir.

Este enfoque contractualista no desconoce que el orden jurídico tiene un papel ideologizante en la relación Estado-sujeto. A través de normas jurídicas, el Estado crea enemigos, temores y necesidades; se legitima a sí mismo orientando la opinión pública y enfila a las personas administradas en función de los intereses de una clase. No obstante, si se busca un motivo común para la obediencia al derecho, se debe buscar, no en la subordinación del sujeto a la autoridad –vertical–, sino en la relación entre iguales que deriva en la convicción sobre la conveniencia de organizarse, ceder y comprender que la

interacción social menos violenta³⁷ demanda supeditar los intereses propios en beneficio de una convivencia estable.

En este sentido, la coacción del poder punitivo no le viene impuesta a la persona por una razón ajena a su sociedad y a sus intereses. El hecho de que sea externa -carácter heterónomo del orden jurídico- no significa, necesariamente, que resulte de la ocurrencia arbitraria de un tirano.

Aunque pretende subestimarse el valor de lo democrático³⁸, como un concepto que alude a un “voluntarismo mayoritario”, su mérito -y es lo que legitima la obediencia al Derecho- es la capacidad de organizar políticamente a una sociedad. Es decir, es incorrecto apreciar que la democracia, desde una perspectiva organizacional, sea como un cascarón que representa la mera suma de voluntades. No, el hecho de organizar políticamente a un grupo siempre conflictivo y heterogéneo es un bien en sí mismo.

La razón que hay en común para obedecer al derecho, es decir, aquello que aporta sentido – racional– a la autoridad es, en sentido negativo, la evitación de un mal colectivo: la violencia, en todas sus formas.

IV. **Parte. Observaciones finales sobre la obediencia**

Con el ánimo de enfatizar el punto central, se debe reconocer que, al poder punitivo, en principio, no le interesa más que los particulares ajusten su comportamiento a las reglas jurídicas. Da igual que la persona se abstenga de robar, porque se rige por el séptimo mandamiento del Libro del

Éxodo, porque le teme a una pena de cinco a quince años de cárcel, o si su motivación emana del respeto de lo ajeno y un interés en evitar el conflicto por lo perjudicial que puede ser para las demás personas.

Sin embargo, la norma jurídica del fin resocializador de la pena privativa de libertad introduce una variable para quien ha sido juzgado por la comisión de un delito: la resocialización de la persona condenada supone inspirar la obediencia al derecho.

Bajo el entendido de que la tarea que la autoridad penitenciaria debe llevar adelante no es moral, sino de orden político jurídico, se debe hallar la razón que, en la interacción social, motive al sujeto a no delinquir y a obedecer la norma penal.

Al tratar la diferencia entre derecho y moral, las observaciones de Theodor Geiger son útiles para recalcar el punto:

La efectividad general del orden jurídico no puede ser basada en el deber interno como resorte, sino que manifestamente tiene que basarse en un motivo que tenga efecto en todos, es decir, en el motivo específicamente jurídico de la interdependencia social (que en el caso extremo está garantizado por la coacción). Este motivo posee realidad y es independiente de los sentimientos, formas de pensar, valoraciones, etc., de las personas³⁹.

La interrogante que ha acompañado este trabajo es: ¿cómo legitimar el esfuerzo de la autoridad

de transmitir –sembrar– en el o la delincuente los valores democráticos que hacen prevalecer a la sociedad y, al mismo tiempo, respetar los principios liberales del moderno sistema penal?

Para construir una respuesta satisfactoria, es necesario puntualizar algunas cuestiones sobre el tema de la obediencia y la relación sujeto-Estado.

En primer lugar, se debe tener claro que obedecer significa guiar el comportamiento de acuerdo con una voluntad o criterio externo que prevalece sobre la voluntad y el criterio propios. En función de la tarea resocializadora, hemos visto que el o la delincuente debe comprender cuál es ese criterio externo y hacerlo propio. Esto significa que debe compartir los motivos por los que sus iguales acuerdan prohibir ciertos comportamientos y renuncian a ejercer la violencia por sí mismos.

Esta idea de resocializar sin someter permite tener un panorama no necesariamente pesimista del poder punitivo. La clave es entender bajo qué términos la persona supedita la voluntad propia a la autoridad de la mayoría.

Fromm distingue dos tipos de sumisión a la autoridad: una racional y otra irracional. Ejemplo de la autoridad racional es la relación entre un alumno y su maestro, cuyos intereses se mueven en una misma dirección. El bienestar de uno satisface al otro. El otro tipo -irracional- ilustra el ejemplo de la relación entre el amo y su esclavo, en la que prevalece una relación de explotación; el provecho de aquel depende de la explotación del segundo.

Para arribar a dicha clasificación, el autor se sirve de un criterio de racionalidad, pues,

mientras la autoridad irracional debe valerse de la fuerza para ser obedecida; es entendible que las personas deseen someterse a la autoridad cuando sus motivos le parecen racionales⁴⁰. Explica: “obedezco al poder del Estado, de la Iglesia o de la opinión pública, me siento seguro y protegido [...]”⁴¹.

La observación más relevante acerca de las formas de autoridad es el carácter con el que la persona interioriza el deber y se compromete con su cumplimiento. Una conciencia autoritaria, explica Fromm, motiva un cumplimiento condicionado por el temor. También cabe en este tipo, el sistema de recompensas; allí, la relación tiene como presupuesto la opresión de uno sobre otro. Aquel puede disponer del destino de este.

En cambio, la conciencia humanística no responde a sanciones ni a recompensas. Está claro que este es el carácter que la autoridad penitenciaria debe procurar que germine en la persona condenada. En primer lugar, la persona está subordinada a la autoridad, en la medida que esta garantice alguna estabilidad para la colectividad. En segundo lugar, es más probable que el preso halle razones para no delinquir por convicción, no para burlar la prisión –se convertiría en una regla técnica–, sino para mejorar sus condiciones de vida en sociedad.

Conclusiones

En buena medida, las inconsistencias que acompañan los discursos sobre los temas penitenciarios y los fines de la pena, en especial, son resultado de una falacia naturalista: se evalúan los fines de la pena –revención positiva, negativa, etc.– que corresponden al mundo del deber ser, con base en hechos empíricos –mundo del ser– que dan cuenta de altas tasas de reincidencia, penas excesivamente largas, violación de derechos humanos y otras realidades penitenciarias.

En la primera parte del trabajo, hemos visto que no es correcto hablar de una sola masa de fines del sistema penal. Los hay relacionados con el proceso penal, el derecho penal sustantivo y, propiamente, de la ejecución de la sanción. Lo importante es distinguir cuáles prácticas se dirigen a cumplir cada fin y no mezclar unas con otras. Los fines de la administración penitenciaria no son, necesariamente, los fines de la pena.

Visto como un enunciado jurídico, se puede observar que, en el fin resocializador, confluyen dos principios jurídicos: un principio institucional que exige la intervención del Estado como facilitador de la reinserción de la persona sentenciada, y un principio sustantivo que demanda del recluso –que elige adherirse al proyecto resocializador– comportarse conforme a un modelo de convivencia no violento.

Según fue desarrollado en el segundo apartado, el sistema de privilegios penitenciarios atiende unos fines relacionados con el orden y el control de la convivencia penitenciaria, pero, aunque pretenda estirarse su alcance, no cubre el fin resocializador de la sanción. A pesar de que el sistema de beneficios pretenda dar la apariencia de contener un sentido pedagógico, no transmite un deber ser, en sentido estricto, a la persona privada de libertad. A lo sumo, por su carácter técnico –que sigue una necesidad práctica–, enseña a aprovechar la oportunidad de un egreso anticipado o alguna ventaja frente a las demás personas.

Esta última afirmación da lugar a cuestionarse cuál es el contenido deóntico del principio resocializador. Es decir, ¿qué se debe transmitir a la persona privada de libertad para evitar la reincidencia delictiva y procurar una convivencia lo más armoniosa y pacífica posible?

Tradicionalmente, se ha entendido la tarea resocializadora en sentido positivo como una obligación del Estado de brindar las condiciones para que la persona pueda valerse por sí misma, integrarse a su familia, superar sus adicciones y comprender algunos fundamentos psicológicos.

Sin embargo, ha sido un objetivo en este trabajo exponer las razones por las que el proceso resocializar también supone una sujeción consciente del preso a la autoridad. Pero, no se debe esperar que la persona condenada se convierta en una devota de los ideales del

Estado para propiciar su resocialización. Bastaría que comprenda que la autoridad es un instrumento de su sociedad democrática, en la que sus iguales han renunciado a satisfacer sus necesidades por medio de la violencia, para asegurar una convivencia más o menos estable.

Referencias bibliográficas

Aguilar, Gabriela y Murillo, Roy. (2014). Ejecución penal. Derechos fundamentales y control jurisdiccional. San José: Editorial Jurídica Continental.

Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. (1996). Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Cuarta edición. Barcelona: Ariel.

Cruz, Fernando. (2004). La pena privativa de libertad: poder, represión y constitución. San José: Editorial Jurídica Continental.

Ferrajoli, Luigi. (1998). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Tercera edición. Madrid: Editorial Trotta.

Foucault, Michel. (1975). Vigilar y castigar. 2^{da}. Buenos Aires: Biblioteca clásica de Siglo XXI.

Fromm, Erich. (1984). Sobre la desobediencia y otros ensayos. Traducción de Eduardo Prieto. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Haba, Enrique Pedro. (2004). Axiología jurídica fundamental. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica.

Radbruch, Gustav. (1965). Introducción a la filosofía del derecho. Tercera edición. México: Fondo de Cultura Económica.

Zaffaroni, Eugenio R. (2006). Manual de derecho penal. Buenos Aires: Ediar.

Revistas

González, Daniel. (1993). “Algunas cuestiones sobre las reglas técnicas”. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.º 14. Alicante. 1993.

Montoro, Alberto. (1991). “Sobre las razones éticas de la obediencia al derecho”. Anales del Derecho. N.º 11. Universidad de Murcia.

Salas, Minor E. (2009). “La pena de muerte en el derecho penal: Un estudio sobre las trampas lógicas del debate”. Revista de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 21, N.º 26, Asociación Costarricense de Ciencias Penales.

Sentencias

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2586-93 de las quince horas treinta y seis minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

Notas

- ¹ *El primer supuesto tuvo lugar a inicios del siglo XIX. Señala que es: “evidencia económico-moral de una penalidad que monetiza los castigos en días, en meses, en años, y que establece equivalencias cuantitativas delitos-duración”. El segundo objetivo se ubica a mediados del siglo XIX. Foucault, Michel. (1975). Vigilar y castigar. 2^{da}. Buenos Aires: Biblioteca clásica de Siglo XXI, p. 25.*
- ² *Geiger, Theodor. En Haba, Enrique Pedro. (2004). Axiología jurídica fundamental. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, pp. 70 y 71.*
- ³ *Se conoce como narcocultura a una forma de vida que incluye el narcotráfico en la experiencia social, especialmente a través del arte, la religión y la lucha contra el poder oficial.*
- ⁴ *Entre otros, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario y el Código Penal.*
- ⁵ *Se va a emplear el concepto de fin como sinónimo de valor: aquello que es apreciable en algún sentido objetivo. Myrdal. En Haba, Enrique Pedro. (2004). Axiología jurídica fundamental. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, p. 15.*
- ⁶ *Unos fines son oficiales –declarados–, normalmente encabezan los cuerpos normativos por su corrección moral y política, otros –no declarados– se ocultan entre las buenas intenciones y se asocian con el mantenimiento ideológico del statu quo. Al respecto, Cruz, Fernando. (2004). La pena privativa de libertad: poder, represión y constitución. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 17.*
- ⁷ *Se entiende que los principios y garantías que rigen el proceso penal siguen vigentes durante la ejecución de la sanción. Sobre el tema, Aguilar, Gabriela y Murillo, Roy. (2014). Ejecución penal. Derechos fundamentales y control jurisdiccional. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 189.*
- ⁸ *“Garantismo, en efecto, significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad”. Ferrajoli, Luigi. (1998). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Tercera edición. Madrid: Editorial Trotta, pp. 335 y 336.*
- ⁹ *No siempre se persigue un objetivo. Sobre el punto: “La pena es un ejercicio de poder que no tiene función reparadora o restitutiva ni es coacción administrativa directa. Se trata de coerción que impone privación de derechos o dolor, pero que no responde a los otros modelos de solución o prevención de conflictos”. Zaffaroni, Eugenio R. (2006). Manual de derecho penal. Buenos Aires: Edia, p. 56.*
- ¹⁰ *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art 10-3). Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso costarricense, el fin resocializador de la pena ha sido reconocido por la Sala Constitucional (voto 2586-93) y se encuentra contenido en el artículo 51 del Código Penal y en el artículo 10 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario.*
- ¹¹ *Entre otros, principio de legalidad significa que solo se puede ejecutar la sanción dispuesta por ley, principio de dignidad humana y prohibición de tratamientos crueles y degradantes.*
- ¹² *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, reglas 27 a 34.*
- ¹³ *Reglamento Penitenciario Español. Artículo 73.*
- ¹⁴ *Con algunas diferencias, cabe comprender que se puede hablar por igual de sistema de beneficios o premios. No obstante, se debe reconocer que hay una diferencia considerable entre compensar el trabajo penitenciario y cualquier premio de otra naturaleza.*

- 15 *Esta distinción -los dos deberes que contiene el principio resocializador- puede encuadrarse en la clasificación que Atienza y Ruiz Manero presentan en: a. Principios institucionales –dirigidos a la autoridad-: expresan un objetivo general de eficiencia del Derecho y de funcionamiento eficiente de su “maquinaria”. b. Principios sustanciales –dirigidos al administrado-: apuntan al modelo de convivencia entre los seres humanos que el Derecho pretende moldear. Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. (1996). Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Cuarta edición. Barcelona: Ariel, pp., 27 y 28.*
- 16 *Zipf, Heinz. En Cruz, Fernando. (2004). La pena privativa de libertad: poder, represión y constitución. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 53.*
- 17 *Acerca del cuestionamiento sobre la imposición coactiva del tratamiento y si vulnera la autodeterminación del recluso: “El afán readaptador o resocializador no justifica la imposición coactiva del tratamiento. Dentro de un estado democrático de Derecho, no puede autorizarse la imposición coactiva de una determinada escala de valores [...] el éxito del afán rehabilitador presupone la participación voluntaria del sujeto en el programa de tratamiento”. Cruz Castro, Fernando. (2004). La pena privativa de libertad: poder, represión y constitución. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 55. Estos puntos serán desarrollados en la última parte.*
- 18 *De la norma jurídica existen clasificaciones de diversos tipos, supeditadas a concepciones éticas, analíticas, sociológicas y otras más. Al respecto, se pueden consultar los trabajos sobre lógica de las normas de G. H. von Wright.*
- 19 *Se sigue la clasificación que expone Daniel González Lagier en: González, Daniel. (1993). Algunas cuestiones sobre las reglas técnicas. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Número 14. Alicante.*
- 20 *Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero clarifican los diversos sentidos de “principio jurídico”. Además de los supra enunciados, incluyen: principio como norma muy general, principio como norma redactada en términos particularmente vagos, principio como norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho y principio como máxima de la ciencia jurídica. Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. (1996). Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Cuarta edición. Barcelona: Ariel, pp.25 y 26.*
- 21 *Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2586-93, de las quince horas treinta y seis minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.*
- 22 *Se seguirá hablando de valores, pero no hay que descuidar el problema filosófico que diferencia los valores de las valoraciones.*
- 23 *Carácter coercitivo del derecho.*
- 24 *Geiger, Theodor. En Haba, Enrique Pedro. (2004). Axiología jurídica fundamental. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, pp. 70 y 71.*
- 25 *Principio como norma programática o directriz.*
- 26 *Técnicamente, se conoce como el filtro de relevancia del derecho.*
- 27 *La crítica que recibe este enfoque enfatiza que la conciencia se ocupa de los problemas de la vida íntima, mientras la vida social es presupuesto y razón de ser del derecho, por lo que la moral individual resulta insuficiente para responder si se debe obedecer al derecho. Esta es la posición de Felipe González Vicén, en Montoro, Alberto. (1991). Sobre las razones éticas de la obediencia al derecho. Anales del Derecho. N.º 11. Universidad de Murcia, pp. 163 y 164.*
- 28 *Díaz, Elías, en Montoro, Alberto. (1991). Sobre las razones éticas de la obediencia al derecho. Anales del Derecho. N.º 11. Universidad de Murcia, pp. 163 y 164.*
- 29 *Para un análisis crítico sobre el principio de seguridad jurídica: Haba, Enrique Pedro. (2004). Axiología jurídica fundamental. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, pp. 194 y 195.*

- 30 *En términos muy generales, sostiene que los valores morales son universales y previos a cualquier forma de organización política.*
- 31 *Es conocida la afirmación de Radbruch sobre las razones éticas para desobedecer al derecho: “Si es verdad que, en la mayoría de los casos la validez del Derecho positivo puede justificarse por las exigencias de la seguridad jurídica, no es menos cierto que en casos excepcionales, tratándose de leyes extraordinariamente injustas, cabe también la posibilidad de desconocer la legitimidad de tales leyes por razón de su injusticia”. Radbruch, Gustav. (1965). Introducción a la filosofía del derecho. Tercera edición. México: Fondo de Cultura Económica, p. 51. En similar sentido: Montoro, Alberto, (1991). Sobre las razones éticas de la obediencia al derecho. Anales del Derecho. N.º 11. Universidad de Murcia.*
- 32 *Geiger explica la diferencia entre la moral individual y la moral general, esta última, por recoger el núcleo común de las morales autónomas, es una ficción que da paso a lo jurídico.*
- 33 *“Las opiniones que se tienen sobre esos temas o las ideas que uno se forja de ellos encuentran su raíz más común en creencias pre-reflexivas o, peor aún, en prejuicios individualmente cultivados y socialmente transmitidos”. Salas, Minor E. (2009). La pena de muerte en el derecho penal: Un estudio sobre las trampas lógicas del debate. Revista de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 21, n.º 26, San José: Asociación Costarricense de Ciencias Penales, pp. 137-152.*
- 34 *En términos religiosos, redención es la restauración del hombre, de la esclavitud del pecado a la libertad de los hijos de Dios. Es decir, una restauración moral. También tiene que ver con la idea de la prisión como un “valle de lágrimas”, un lugar de sufrimiento necesario para alcanzar la virtud. (Salmo 84:5-6).*
- 35 *Entiéndase el contenido de acción como el derecho penal lo define.*
- 36 *A diferencia de la democracia plebiscitaria, o de mayoría, la democracia constitucional supone un orden que modula la actividad política y la producción jurídica, a partir de normas constitucionales rígidas.*
- 37 *Esta descripción de la relación entre el individuo y su sociedad no tiene un sentido alegórico. Ejercer el “derecho” a la venganza privada, recurrir al homicidio para “ejecutar” una deuda y organizar grupos armados de civiles para repeler las fuerzas del Gobierno y de otros grupos criminales son prácticas vigentes dentro de las sociedades que conviven con el narcotráfico.*
- 38 *Por ejemplo, Montoro, Alberto. (1991). Sobre las razones éticas de la obediencia al derecho. Anales del Derecho. N.º 11. Universidad de Murcia, p. 167.*
- 39 *Geiger, Theodor. En Haba, Enrique Pedro. (2004). Axiología jurídica fundamental. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, p. 71.*
- 40 ² *Entiende racional como lo que se acerca a lo humano y contribuye a conservar la vida.*
- 41 *Fromm, Erich. (1984). Sobre la desobediencia y otros ensayos. Traducción de Eduardo Prieto. Buenos Aires: Editorial Paidós, p. 13.*

CONCILIACIÓN ANTES DEL JUICIO ORAL Y PÚBLICO

M. Sc. José Esteban García Acosta*

RESUMEN

En la actualidad, existen diferentes criterios de índole procesal sobre la posibilidad de conciliar en el proceso penal, si dicha posibilidad se debe dar en la etapa del juicio oral y público, o si esta se limita a la fase preparatoria o intermedia. Este trabajo pretende motivar la discusión sobre este tema, dar un punto de vista referenciado a los derechos de la víctima y una interpretación sobre las normas que habilitarían dicha posibilidad.

Palabras claves: juicio, conciliación, actividad procesal defectuosa, reparación, tercera vía del derecho penal, derechos de las víctimas, única vía del derecho, proceso penal.

ABSTRACT

At present, there are different procedural criteria regarding the possibility of conciliation in criminal proceedings, whether such possibility should be given at the oral and public trial stage, or whether this is limited to the preparatory or intermediate stage. The purpose of this work is to motivate the discussion on this topic, to give a referenced point of view on the rights of the victim and an interpretation of the norms that would enable such a possibility.

Keywords: Court trial, Settlement, Procedural defect activity, reimbursement reparati3n, criminal law 'sthird way, victim's or offended's law rights, unique form of the law, procedure criminal law.

Recibido 18 de julio de 2019

aprobado 24 de octubre de 2019

**Licenciatura en Derecho: Universidad de las Ciencias y el Arte. Master en Derecho Penal, Universidad Internacional de las Am3rica. Se ha desempeñado como Defensor P3blico y Juez Penal de la etapa preparatoria e intermedia. Actualmente funge como Juez del Tribunal de Juicio. jgarciaa@poder-judicial.go.cr*

Tabla de contenido:

Introducción, conciliación antes de la realización del debate. Requisitos formales de la conciliación. Excluyentes de análisis. Límite temporal y principio de legalidad. Posibilidad de implementación, mediante actividad procesal defectuosa. Otras reglas de interpretación. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

El presente artículo tiene como objetivo motivar la discusión sobre la posibilidad que las partes tienen de conciliar dentro del proceso penal, previo a la realización del juicio oral y público. Este tema en la práctica tiene diferentes puntos de abordaje u ópticas, ya que existe una multiplicidad de criterios al respecto, situación que en, algunos casos, se les torna difícil a la persona juzgadora y a las partes intervinientes para admitir o rechazar la posibilidad planteada antes de iniciar el debate.

Requisitos formales de la conciliación

Se establece la conciliación como punto de partida clave para el presente artículo, ya que esta forma parte del principio de solución del conflicto, establecido en el artículo 7 del Código Procesal Penal, y varias de las soluciones alternas al proceso refieren requisitos similares: la característica de que la persona imputada sea una persona de limpios antecedentes, que no se haya beneficiado de una solución alterna en cinco años anteriores y que la pena del delito que se le investiga tenga en su extremo inferior una sanción menor a tres años de prisión.

También el numeral 36 del Código Procesal Penal señala otros requisitos y prohibiciones, como el deber del juzgador o de la juzgadora de verificar una situación de igual entre las partes, o rechazar cualquier planteamiento cuando se acuse un delito cometido en perjuicio de una persona menor de edad.

Excluyente de análisis

Se le advertirle a la persona lectora que no se pretende admitir la conciliación en aplicación de las reglas del concurso retrospectivo, el cual implicaría homologar entre las partes la conciliación cuando la persona imputada registre alguna condena o solución alterna al proceso, y esta se haya impuesto posteriormente a la comisión de los hechos en la causa en la que se deba resolver; es decir, la ley en su aplicación formal le permitía optar por esta posibilidad a la persona imputada al momento de la comisión de los actos acusados.

Tampoco se hará referencia a la posibilidad de la conciliación civil (acción civil resarcitoria), ya que esta prevé múltiples aristas. También se omitirá el análisis de los delitos en estado de tentativa, ya que si bien el artículo 73 del Código Penal establece la posibilidad de disminuir la pena a criterio del juzgador y, en algunos casos, se recurre a un ejercicio ex ante, para realizar una aproximación grosera de la pena a imponer y de ahí partir con la posibilidad formal de admisibilidad, dicha explicación requeriría un artículo completo donde se expongan de forma amplia los parámetros de admisibilidad y ejercicios que la persona juzgadora debe realizar.

Sin embargo, a criterio de quien suscribe y en caso de que la persona lectora tenga interés, mediante el voto número 44-2009, de las dieciséis horas del veintiuno de enero de 2009, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia aborda el tema de forma correcta explicando detenidamente dichos parámetros. Es así como se omitirán dichas menciones, ya que lo pretendido es una reflexión simple, limitada a la comparación de principios relacionados con la reparación para la víctima. Algunos ejemplos y la referencia de algunos votos y doctrina sobre el tema son sumamente sencillos y cotidianos.

Límite temporal y principio de legalidad

Ahora bien, realizada una mención somera de los requisitos formales de aplicación de la conciliación, se debe mencionar la limitación procesal para realizarla en la fase del juicio, la cual es el propósito de reflexión del presente artículo. Si bien el numeral 36 del Código Procesal Penal es amplio en su descripción, ya que está conformado de los requisitos formales, las prohibiciones procesales de la ejecución y anotación del acuerdo, propiamente en referencia a dicha limitante expresa: “[...] procederá la conciliación entre la víctima y el imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio [...]”.

Es aquí donde surge la interrogante de aplicar dicho instituto en la etapa de juicio, ya que de la simple lectura gramatical del referido artículo parece que no admite discusión sobre el tema. Es decir, la literalidad de la norma es clara al limitar dicha solución alterna en la etapa preparatoria o

intermedia y al enlazar esta norma con lo establecido en la Constitución Política en su artículo 154, el cual señala: “El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución a la Ley y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos”.

Se podría concluir que no es posible su aplicación. Sobre este mismo tema y en caso de que la persona lectora tenga interés, mediante el voto n.º461-2019, de las dieciséis horas y once minutos del veinticinco de abril de dos mil diecinueve, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia resume los pronunciamientos de la Sala Constitucional que se han referido al límite temporal de aplicación de las soluciones alternas en materia penal.

Sin embargo, a consideración de quien suscribe, el dinamismo del derecho, la incorporación de la víctima como parte activa del proceso y la interpretación de otras normas permiten considerar otra posición y la admisión de esta en fase de juicio. De seguido, se mencionan algunas de ellas.

Posibilidad de implementación mediante la actividad procesal defectuosa

La posibilidad de aplicar la conciliación mediante una actividad procesal defectuosa se ha vuelto en la práctica, la ventana por la cual las partes ingresan a dicha alternativa procesal, ya que representa la incorporación de un puente que los acerca a su objetivo final, el cual es solucionar el conflicto y evitar el juicio oral y público. Las partes presentan de forma somera un argumento que busca retrotraer los actos procesales, y así provocar la conciliación.

No obstante, esta situación presenta algunos problemas: el primero de ellos es encontrar un vicio válido, es decir, la existencia real de la actividad procesal defectuosa, la violación de la norma, donde el agravio sea real y la posibilidad de retrotraer el proceso sea la única forma de solución.

Podemos separar un defecto relativo y uno absoluto, el primero de ellos no admitiría retrotraer los actos procesales, ya que su repercusión es la convalidación (artículo 177 del Código Procesal Penal).

Por ejemplo, si la persona juzgadora de la etapa intermedia omite en la audiencia preliminar resolver la conciliación entre las partes, conforme las formalidades establecidas en el artículo 317 del Código Procesal Penal, y se dicta el auto de apertura a juicio, y si el vicio no fue alegado por las partes en su momento, el acto se encontraría convalidado. Por lo cual, no existía actividad procesal defectuosa.

Si, por el contrario, el defecto alegado es absoluto (artículo 178 del Código Procesal Penal), se aplicaría la figura del saneamiento permitiendo a las partes buscar la solución del proceso mediante la conciliación.

Por ejemplo, el imputado que, teniendo conocimiento del señalamiento de la audiencia preliminar, se contacta con su abogado o abogada, y se le recomienda que no asista, ya que su presencia no es obligatoria. Por situaciones interminables la relación cliente-abogado se da por concluida, y el día del debate un nuevo representante del imputado alega que su cliente no fue asesorado de forma correcta y no se le explicó que la posibilidad de conciliar se limitaba al día de la audiencia

preliminar, por lo cual solicita el saneamiento del vicio, retrotrayendo la posibilidad de conciliar.

Ante este panorama y, debido a que el vicio alegado es de carácter absoluto, se admite la protesta y se abre la posibilidad de conciliar. Sin embargo, encontrar para las partes vicios de carácter absoluto no es siempre una posibilidad procesal, y en la práctica se ha desnaturalizado la actividad procesal defectuosa para este fin.

Otras reglas de interpretación

Ante este panorama, surge la posición de realizar una ponderación de principios tutelados para aplicar la conciliación. Por lo anterior, partiendo desde un punto de vista referenciado a los derechos de las víctimas del delito, ya que modernamente se ha considerado parte importante en la correcta solución de los conflictos, el Estado cede poco a poco su potestad como dueño único de la persecución penal. Sobre este tema en particular, Rafael Ángel Sanabria Rojas nos indica:

Como ya se ha indicado, dentro de las novedades del Código Procesal Penal de 1996, se encuentra, entre ellos el haber devuelto atribuciones a la Víctima, eterna olvidada del sistema. Como bien señala Traballini (2005c, p.541), al comentar la aplicación de la conciliación al proceso penal “este método de solución de conflictos integra un proceso de redefinición del proceso penal donde la indiscutida gravitación de la figura del imputado para a ser paulatinamente contrapesada por

la de la víctima, que deja de ser una espectadora inerte y se convierte en un punto cardinal del diagrama penal “; El proceso penal busca hoy, un equilibrio entre los derechos del imputado y los de las víctimas, habiendo estado en desventaja la última por mucho tiempo”¹.

En este mismo sentido, Javier Llobet Rodríguez nos refiere en su artículo Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil:

No puede dejarse de considerar, como antecedente histórico de la justicia restaurativa, que en general se admite que el Derecho penal surge con la neutralización de la víctima, al producirse la monopolización de la justicia penal por el Estado, puesto que antes de ello la víctima tenía un protagonismo en la solución del conflicto surgido por el hecho delictivo, ocupando la reparación del daño un lugar importante para el restablecimiento de la paz social perturbada. Así se ha tendido a mencionar diversas etapas con respecto a la víctima, indicándose que una primera es la del protagonismo de la víctima, luego se da su neutralización, en la que es separada de la forma de solución del conflicto, el que se convierte exclusivamente en un conflicto

autor-Estado, y una tercera etapa que se ha denominado como de renacimiento del interés en la víctima, que tiene entre sus facetas el otorgarle protagonismo en la solución del conflicto, propiciando la conciliación víctima-autor y la reparación del daño.(Javier Llobet Rodríguez. Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil, p. 876).

Sobre este mismo tema a nivel de la doctrina, se discute sobre la reparación como tercera vía del derecho penal, planteando un sistema de solución del conflicto que implica, entre otras consideraciones, una reparación del daño a la víctima del delito por parte de la persona imputada, y Claus Roxin nos indica:

En los últimos años se discute vivamente la cuestión y se estudia en proyectos modelo si la reparación del daño, como sanción novedosa frente a las penas y a las medidas, pueden dar lugar a una “tercera vía” del Derecho penal. Ya el Derecho vigente contiene planteamientos para una integración de la reparación del daño en el Derecho Penal; sin embargo en la praxis todavía se utiliza poco. En cambio hay motivos convincentes que hablan en favor de una amplia inclusión de la reparación del daño en el Derecho penal. Pues con ello se sirve más a los intereses de

las víctimas que con una pena privativa de libertad o de multa, que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor” (Roxin Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Segunda edición, pp. 108, 109).

Además de la discusión en doctrina, existen instrumentos internacionales que han reconocido a la víctima y la importancia de su tutela, por ejemplo: la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder; la resolución 40-34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctima. En la jurisprudencia nacional, existen votos que también se han referido al tema, por ejemplo, el voto 190-2011, de las diez horas cuarenta y un minutos del once de febrero de dos mil once, del antiguo Tribunal de Casación Penal de San José, entre otros. Y a nivel constitucional, el artículo 41 señala:

Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o interés morales. Debe hacerseles justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes

Así, realizando una breve mención de dicho artículo, encontramos en él varias disposiciones aplicables al tema. La primera de ellas es

la posibilidad de reparación, en la cual la conciliación se encuentra inmersa. La segunda va referida a la viabilidad de obtener una reparación más expedita, ya que, si bien puede existir el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, pretendiendo así la víctima una reparación económica, esta queda supeditada a su ejecución, debiendo acudir a otra vía del derecho, no así mediante la conciliación.

Además, a través de un ejercicio simple de supremacía de las normas, se determina qué priva la norma constitucional, y esta no impone limitantes sobre las etapas procesales en que deba ser aplicada. En este mismo sentido y como norma supletoria, la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas establece en su artículo 5:

Derecho a Intervenir en Forma Directa en los Mecanismos de Conciliación, Acuerdos Reparatorios y terminación Anticipada del Proceso. El sistema de Administración de Justicia debe garantizar el derecho de la víctima de intervenir en forma real y efectiva en los procesos de conciliación, acuerdos reparatorios, terminación anticipada del proceso y alternativas de justicia restaurativa, mediante mecanismos que respeten sus derechos en forma equilibrada, procurando que los intereses de las víctimas sean adecuadamente atendidos.

Se puede observar que dicho artículo es sumamente específico sobre la posibilidad de accionar de la víctima y de la obligación del Estado de habilitar espacios en el proceso a efecto de que la víctima encuentre reparación, incluyéndose, entre estos espacios, la conciliación.

Conclusiones

A criterio de quien expone, la existencia de normas supletorias y el artículo 41 de la Constitución Política permiten establecer la conciliación en la etapa de juicio oral y público, ya que ninguna de estas normas limita este instituto a una fase procesal. Además, los artículos 2 y 7 del Código Procesal Penal permiten realizar una interpretación amplia, siempre que favorezca a la persona imputada.

La facultad de conciliar en la etapa de juicio atiende principios primordiales en tutela tanto de la víctima, como en favor de la persona acusada, por ejemplo: la reparación del daño, justicia pronta y cumplida, principio de única vía del derecho.

Debe entenderse entonces que el plazo limitante en el artículo 36 del Código Procesal Penal es un plazo ordenatorio, donde lo ideal es procurar la conciliación lo antes posible. Sin embargo, no se deben perder de vista las particularidades del proceso penal y sus intervinientes, por lo cual no se debe limitar la conciliación en la etapa de juicio.

Bibliografía

Resolución n.º 0044-2009, de las dieciséis horas del veintiuno de enero de dos mil nueve, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución n.º 00190-2011, de las diez horas cuarenta y un minutos del once de febrero de dos mil once, del Tribunal de Casación Penal de San José.

Resolución n.º 2019-00461, de las dieciséis horas y once minutos del veinticinco de abril de dos mil diecinueve de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

Carta Iberoamericana de Derechos de las víctimas.

Sanabria Rojas Rafael Ángel. (2013). Reparación civil en el proceso penal. 2^{da} edición, San José, Costa Rica,

Rodríguez Javier Llobet. (2005). Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil. Separata de estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier, David Baigún et al. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Roxin Claus. (1997). Derecho penal. Parte general, Tomo I. Fundamentos la estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2^{da} edición, Editorial Citas S. A.

Constitución Política de Costa Rica.

Código Procesal Penal de Costa Rica.

Notas:

- ¹ Sanabria Rojas, Rafael Ángel. (2013). *Reparación civil en el proceso penal*. 2da edición. San José, Costa Rica, pp. 546 y 547).

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA DEL DICTAMEN MÉDICO-LEGAL ANTE EL CONSEJO MÉDICO FORENSE: HERRAMIENTAS PARA LA DEFENSA

Lic. Laura Cervantes Ocampo
Lic. Karen Susana Zamora Gallo
MS.c. Kimberly Porras Molina
Lic. Freddy Calderón Chaves*

RESUMEN

El artículo expone los requisitos de los dictámenes médico-legales, con la finalidad de que la defensa pueda reconocer los motivos de apelación de tales pericias. Además, explica cuáles dictámenes son apelables y los posibles resultados de plantear una apelación ante el Consejo Médico Forense. A su vez, brinda un acercamiento práctico a la valoración de la apelación que el Consejo lleva a cabo y analiza las particularidades de los dictámenes emanados por este. Finalmente, el artículo explica la “consulta” ante el Consejo Médico forense, como una herramienta en manos de la defensa, si por alguna razón, no se logró acceder a la apelación del dictamen dentro del plazo regulado para los efectos.

Palabras claves: Dictamen médico-legal, defensa técnica, recurso de apelación, consulta, Consejo Médico Forense, Departamento de Medicina Legal, adición, aclaración.

ABSTRACT

The article sets out the requirements of the legal medical opinions with the purpose that the Defense could recognize the reason for appeal of such expertise.

In addition, it explains which rulings are appealable and the possible results of filling an appeal before the Forensics Medical Counsel. At the same time, it offers a practical approach to the assessment of the appeal performed by the Counsel and analysis of the particularities of the opinions originated from it. Finally, this essay explains the “inquiry” before the Forensics Medical Counsel as a tool in the hands of the defense if for some reason the ruling’s appeal was not attained within the period set for such purpose.

Keywords: Legal medical opinion, technical defense, appeal, Forensic Medical Authority, Department of Legal Medicine, addition, clarification.

Recibido 21 de mayo de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019

*LAURA CERVANTES OCAMPO es egresada de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y jueza de tribunal penal. lcervanteso@poder-judicial.go.cr

KAREN ZAMORA GALLO es egresada de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y abogada de la Contraloría General de la República. karensusana1@yahoo.es

KIMBERLY PORRAS MOLINA es máster en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y defensora pública. kimporras@gmail.com

FREDDY CALDERÓN CHAVES es egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y juez de tribunal penal. fcalderonch@poder-judicial.go.cr

Índice: I. Introducción, II. Requisitos formales y materiales de la pericia médica. Particularidades del dictamen emanado del Consejo Médico Forense, III. El recurso de apelación ante el Consejo Médico Forense. Departamento de Medicina Legal IV. Acercamiento práctico al recurso de apelación en el Consejo Médico Forense, V. Adición y aclaración de los dictámenes médico legales, VI. Consulta ante el Consejo Médico Forense: una herramienta a favor de la persona imputada. VII Conclusiones, VIII. Bibliografía.

I. Introducción

En aras del buen ejercicio de la defensa técnica, resulta trascendental plantear las posibilidades con que la persona imputada cuenta para cuestionar los dictámenes médicos ofrecidos como prueba de cargo y aun los que se llevaron a cabo por petición de la defensa, máxime que el resultado del dictamen médico sirve como parámetro para establecer la tipicidad de la conducta o la sanción que debe imponerse a la persona acusada en la persecución de ciertos tipos penales (lesiones, homicidio).

Lamentablemente, muchas personas defensoras no toman en cuenta los requisitos de las pericias médicas para estudiar desde ese filtro los dictámenes médicos sometidos a su conocimiento, a pesar de que las pericias médicas, al igual que las resoluciones judiciales poseen requisitos estrictos e indispensables que deben ser verificados por la defensa técnica y pueden ser cuestionados por la vía de impugnación o a través de la solicitud de aclaración y adición. En pocas ocasiones, se someten a revisión ante el Consejo Médico Forense.

En estas breves líneas, pretendemos exponer los resultados de nuestra investigación, en cuanto a los requisitos mínimos de la pericia médica, los supuestos de impugnabilidad subjetiva y objetiva, el procedimiento en el Departamento de Medicina Legal y en la aportación de datos relevantes sobre la consulta médica a las personas defensoras de la materia penal, para que ejerzan a favor de las personas imputadas, los actos necesarios para el pleno ejercicio de su defensa.

II. Requisitos formales y materiales de la pericia médica. Particularidades del dictamen emanado del Consejo Médico Forense

Iniciaremos explicando los requisitos indispensables de los dictámenes médicos y, especialmente, estableceremos las diferencias entre las pericias médicas emanadas de la Sección Clínica Médico Forense y las que surgen del Consejo Médico forense, para que la persona lectora adquiera conocimientos básicos en la comprensión al menos formal de las pericias mencionadas.

Como parte de la prueba pericial, nuestro Código Procesal Penal (en adelante CPP) describe los requisitos del dictamen médico-legal en su artículo 218¹, en donde se señala la necesidad de que el dictamen cuente con fundamentación clara y precisa, aunado a la necesidad de que exprese con claridad todos los procedimientos que llevaron a la conclusión que el médico o la médica establece. Dichos requisitos no son simples obligaciones de forma, sino que son indispensables para la comprensión de la pericia, y su carencia constituye, desde el punto de vista de la práctica forense, un motivo de apelación.

De las primeras diferencias que encontramos entre el dictamen emanado de la Sección Clínica Médico Forense con el del Consejo Médico Forense es la integración de profesionales en Medicina que el segundo requiere. Si bien, la médica y el médico forenses pueden valerse de interconsultas con otras personas especialistas para llegar a un criterio en su pericia médica, lo cierto es que arriban a sus conclusiones de manera individual. Por su parte, el Consejo Médico requiere, en todos los casos, una integración colegiada, ya que actúa como un órgano de alzada.

En términos generales, el profesor FRANZ VEGA define el dictamen médico- legal de la siguiente forma:

Es el resultado de un acto pericial, realizado necesariamente por uno o varios médicos para valorar el cuerpo de la víctima (elemento de prueba) y obtener de él, previo consentimiento, datos objetivos que permitan ayudar en la determinación de la verdad científica de los hechos: circunstancias de modo, tiempo y lugar, así como la identificación del victimario y de ser necesario, de la víctima también².

El mismo autor divide los requisitos formales de los materiales; entre los primeros, tenemos que debe presentarse el dictamen por escrito con una relación clara, precisa y detallada de las operaciones que se practicaron al paciente y los resultados de estas, de manera que se aporte en el desarrollo de la pericia una conclusión de cada tema cuestionado. Como dato relevante, señala que el médico podría agregar más información de la que se le consulta a fin de brindarle completa claridad al dictamen.

Los requisitos materiales se refieren a la necesaria ficha de identificación de la persona valorada, la historia médico-legal que se refiere a la versión de los hechos que el paciente narra al médico; el examen físico que, en palabras sencillas, es donde el especialista señala los resultados de la revisión de cada una de las partes del cuerpo. También se incluyen los estudios de laboratorio que se utilizaron como complemento en la pericia y los resultados de las interconsultas a especialistas si existieron; la fundamentación médico-legal donde el médico explica los motivos por los cuales llega a los resultados y la conclusión³. Es importante que la persona defensora tenga en cuenta los requisitos de la pericia, para que aplique los mecanismos de protesta en caso de que se omita alguno de ellos. La falencia de requisitos formales o materiales del dictamen médico-legal podría suplirse a través de la aclaración y adición o del recurso de apelación, tal y como lo expondremos más adelante.

Para el médico, Carlos Abarca Barrantes, exintegrante de la Sección A del Consejo Médico Forense, actualmente pensionado, el dictamen que emana de dicho órgano de alzada merece una definición especial: “el dictamen médico es un acuerdo colegiado de una decisión medica de validez judicial que requiere el voto de la mayoría absoluta de sus miembros integrantes. Las decisiones se tomarán, con la concurrencia de todos los miembros de la respectiva sección, por mayoría absoluta de votos”⁴.

A su vez, para dicho especialista, los elementos del dictamen médico del Consejo Médico Forense se incrementan tomando como parámetro el dictamen emanado de la Sección Clínica Médico Forense. La historia médico-legal se amplía, ya que no se toma en cuenta únicamente la entrevista al paciente, sino que se redacta un resumen del dictamen apelado, la vista ante el consejo (si se realizó), los relatos que brindan el o la paciente y otras personas que fueron entrevistadas a los efectos, valoraciones previas, entre otros.

Además, el Consejo sí debe agregar en su dictamen una valoración del relato que el o la paciente narra, contrastándolo con los elementos interdisciplinarios agregados, para concluir sobre la veracidad o no de este. Para la comprobación de ese relato, se podrían solicitar exámenes mentales, físicos y exámenes de laboratorio. Como resultado, el Consejo debe exponer los elementos que confirman o descartan la versión del o de la paciente, incluso aquellos que generan duda entre los médicos.

Dentro de un apartado, denominado “Discusión médico-legal”, el órgano colegiado debe agregar al dictamen la discusión de los hallazgos, razonados desde la lógica científica, para plantear lo que dicho médico denomina “verdad científica objetivable”, en la discusión, el Consejo definirá si confirmará el resultado del dictamen apelado o si se apartará de este, tomando en cuenta los votos de minoría que deberán fundamentarse por aparte.

Aunado a lo anterior, en el apartado dedicado al “comentario médico-legal,” el Consejo debe responder las preguntas que se formularon en la apelación y redactará, posteriormente, la conclusión definitiva, la cual solo cuenta con la posibilidad de ser aclarada o adicionada⁵.

1. III. El recurso de apelación ante el Consejo Médico Forense. Departamento de Medicina Legal

El Departamento de Medicina Legal pertenece a la Dirección General del Organismo de Investigación Judicial⁶. Es el encargado de llevar a cabo los exámenes y evacuar las consultas médico-forenses, según lo dispone el artículo 31 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial.

Este Departamento cuenta con una Jefatura departamental que se integra de cuatro secciones:

- Sección de Patología: Realiza las pericias en pacientes muertos (as), por ejemplo, autopsias.
- Sección de Clínica Médico-Forense: Valora pericialmente a pacientes vivos en casos, por ejemplo, de traumatología, violencia sexual.
- Sección de Medicina de Trabajo: Atiende a pacientes por situaciones laborales.
- Sección de Psiquiatría y Psicología: Emite las pericias de pacientes con problemas mentales.

Esas secciones son las encargadas de emitir los peritajes o pericias forenses según su área; es decir, formulan los dictámenes médico-forenses.

Según se dispone en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial (LOOIJ), los dictámenes médico-forenses que emiten las secciones del Departamento de Medicina Legal podrán ser apelados ante la autoridad que conoce la causa, sean fiscalía, juzgado o tribunal penal, y el Consejo Médico Forense conoce esa apelación en alzada.

El Consejo Médico Forense también es un órgano que integra el Departamento de Medicina Legal, encargado de conocer en alzada las apelaciones de los dictámenes médico-forenses.

El legislador costarricense estipuló sus funciones, integración, así como su finalidad, en los artículos del 31 al 37 de la L.O.O.I.J. Pero, en el artículo 34 específicamente, se dispone su función principal como órgano de alzada:

Artículo 34.- Habrá un Consejo Médico Forense, organizado en las secciones necesarias para su buen funcionamiento, a juicio de la Corte Suprema de Justicia y previa recomendación del Jefe de Departamento de Medicina Legal.

Los profesionales que integren el Consejo Médico Forense podrán trabajar en éste a tiempo completo.

También se podrán contratar servicios profesionales especializados, de acuerdo con las necesidades.

A las secciones del Consejo les corresponderá dictaminar, en alzada, sobre las cuestiones médico legales que se susciten en los procesos cuando lo ordenen los Tribunales de Justicia, de oficio o a solicitud de parte.

Para ejercer sus potestades, deberá existir la consulta, en su caso, o el respectivo recurso de apelación, el cual se interpondrá ante el Tribunal que conoce del proceso, dentro de los ocho días siguientes a aquel en que el dictamen impugnado haya sido notificado a todas las partes. (El subrayado no es del original).

En virtud de lo anterior, se desprende que el Consejo Médico Forense resuelve los recursos de apelación que se presentan en contra de los dictámenes médico-forenses de las secciones de primera instancia antes mencionadas. Su función se iguala entonces a la de un tribunal de apelaciones, por lo que no debe entenderse que se trata de una segunda primera instancia, porque no revalora los asuntos que son puestos en su conocimiento, sino que resuelve los recursos de apelación bajo fundamento científico, basándose únicamente en los agravios que se plantean en la impugnación del dictamen.

La coordinación del Consejo Médico Forense corresponde al mismo jefe o a la misma jefa del Departamento de Medicina Legal⁷, y este Consejo, a su vez, se encuentra estructurado en tres secciones conformadas por tres médicos cada una, de la siguiente manera⁸:

Sección A: Integrada por dos médicos forenses y un médico psiquiatra.

Sección B: Integrada por tres médicos forenses.

Sección C: Integrada por dos médicos forenses y un médico psiquiatra.

Según el artículo 36 de la L.O.O.I.J.⁹ lo dispone, las decisiones tomadas por el Consejo Médico Forense requieren siempre de la integración de los tres médicos de la sección, lo que se da en la práctica¹⁰, además se puede recurrir a interconsultas de otros médicos especialistas, los cuales deben estar debidamente autorizados en las listas del Poder Judicial, cuando el caso en concreto lo requiera.

Como ya fue indicado líneas atrás, los dictámenes médicos emitidos por las diferentes secciones del Departamento de Medicina Legal son apelables ante el Consejo Médico Forense, el cual, actuando como un tribunal ad quem, debe resolver la impugnación planteada por las partes del proceso.

El fundamento a la impugnabilidad objetiva que permite plantear un recurso de apelación a los dictámenes médico-legales de las secciones del Departamento de Medicina Legal se encuentra en el artículo 34 de la L.O.O.I.J.

Si bien es cierto, la naturaleza jurídica del dictamen médico-legal ha sido entendida por la jurisprudencia nacional como un elemento de valor probatorio y no como un acto jurisdiccional¹¹,

(en virtud de lo cual no contiene los requisitos de una resolución apelable). Según se entiende en la normativa procesal penal, es la misma L.O.O.I.J. la que expresamente ha dispuesto este medio de impugnación y, por tanto, es procedente dentro del proceso penal.

Esta impugnación debe entenderse como un recurso especial, debido a que no se aplican las reglas básicas de los recursos de apelación tradicionales, no solo porque no se impugna una resolución judicial en sentido estricto, sino porque los requisitos de forma varían, como lo es, por ejemplo, el plazo para recurrir.

Por su parte, no existe regulación específica que determine quiénes se encuentran legitimados para recurrir los dictámenes médico-legales; es decir, que determinen la impugnabilidad subjetiva, por lo que debe interpretarse supletoriamente con el CPP, en los artículos que hacen referencia al recurso de apelación y cuáles son las partes que se encuentran legitimadas para presentarlo, ya que, en la práctica, cualquier parte procesal puede presentar un recurso de apelación ante el Consejo Médico Forense.

El artículo 34 en mención dispone un plazo de ocho días para presentar el recurso de apelación contados a partir de la notificación del dictamen médico-legal impugnado, el cual no define si se trata de días hábiles o días naturales.

Sin embargo, realizando una vez más la complementariedad con la normativa procesal penal, el artículo 167 del CPP¹² refiere que los plazos por día serán computados en días hábiles.

Además, según lo dispuesto en el artículo 2 del mismo cuerpo normativo, el cual indica que deben interpretarse las normas de forma extensiva en cuanto concedan mayores derechos a las partes, consideramos que ese plazo de ocho días dispuesto por el legislador para apelar el dictamen médico-legal debe entenderse en días hábiles y no naturales, favoreciendo a las partes intervinientes, particularmente a la persona imputada que es el objeto de la coacción estatal.

Es importante recordar que el órgano encargado de revisar la admisión del recurso de apelación según el plazo otorgado es la misma autoridad judicial que esté conociendo el proceso en ese momento, entendiendo por esta a la fiscalía, juzgado o tribunal penal, esto debido a que se presenta el recurso ante la persona encargada y esta lo traslada al Consejo Médico Forense, a fin de que este último conozca acerca de los aspectos médicos impugnados únicamente.

IV. Acercamiento práctico al recurso de apelación en el Consejo Médico Forense¹³

Debido a que no hay claridad normativa acerca del tratamiento que se debe dar a la apelación de los dictámenes médicos legales ante el Consejo Médico Forense, la práctica judicial y forense es la que se ha encargado de llenar ese vacío legal, lo cual conlleva problemas de interpretación al no existir criterios uniformes.

En virtud de lo anterior, tanto el Consejo Médico Forense como cada una de las secciones que lo integran han definido distintas formas de trabajo, así como criterios de resolución de las

apelaciones, propios de cada tribunal médico, principalmente en cuanto a la tramitación formal de las impugnaciones presentadas¹⁴.

Así, por ejemplo, según el criterio de la sección “B” del Consejo Médico Forense, una vez admitido el recurso de apelación por la instancia judicial respectiva, puede ser rechazado por el tribunal médico, si en él no se exponen los agravios, ya que el recurso de apelación debe tener alguna fundamentación médica para impugnar.

El Consejo Médico Forense se limita a resolver en alzada únicamente los agravios que han sido objetados por las partes, siendo esta una diferencia con respecto al dictamen médico legal de primera instancia, en el cual es posible ampliar el comentario médico, más allá de lo solicitado por la autoridad judicial.

Es factible que, dentro del trámite del recurso de apelación, las partes soliciten una vista oral ante el Consejo Médico Forense para concretar sus alegatos, la cual siempre es conferida y llevada a cabo con la presencia de todos los sujetos procesales, de lo cual se dejan una bitácora y una grabación en audio. En dicha vista oral, los médicos y las médicas forenses pueden plantearles cuestionamientos a las personas técnicas ofrecidas por las partes, teniendo especial cuidado de no preguntarle a la persona imputada, en virtud del derecho de abstención, ya que, una vez finalizada la vista oral, el Consejo se retira a deliberar de forma privada para emitir su resolución mediante otro dictamen médico-forense.

*[...] La Vista Médico Legal es un recurso que pertenece a la Vía Jurídica, que se ha venido aplicando por similitud al campo médico legal y que parece tener respaldo legal en el nuevo código procesal penal, el que le permite a las partes tener sus propios peritos durante la elaboración de la pericia médico legal [...]*¹⁵.

En ocasiones, es posible valorar a algún paciente, cuando la parte lo solicita o si es criterio del Consejo para mayor claridad de su decisión¹⁶.

El dictamen médico que rinde el Consejo Médico Forense es inapelable, y a pesar de que no existe normativa al respecto que lo disponga, en el voto 2010-00087, de las ocho horas y cincuenta y dos minutos del doce de febrero de dos mil diez, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia avaló el criterio rendido por el Consejo Médico Forense, en cuanto dispuso, en una de sus resoluciones de alzada, que los dictámenes médico-forenses emitidos por ese órgano no contaban con recurso de apelación¹⁷.

Otro aspecto relevante en estudio es que los dictámenes médico-legales no producen cosa juzgada, precisamente porque devienen de un criterio médico científico y, tomando en consideración que los organismos humanos son cambiantes, las pericias médicas pueden variar a través del tiempo y producir un resultado distinto según el momento de la valoración. Por ejemplo, en la resolución 2010-00087 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, el médico forense concluyó en el debate que:

[...] la anotación de que normalmente no quedan secuelas, es lo que se espera, pero no es imposible que las mismas puedan presentarse, ya que los cuerpos humanos no reaccionan de la misma manera unos comparados con otros [...].

La decisión del Consejo Médico Forense debe ser tomada por voto de mayoría absoluta, y es posible que se presenten votos salvados, en cuyo caso, el médico en desacuerdo debe fundamentar su criterio médico diferente.

V. Adición y aclaración de los dictámenes médico-legales

No existe normativa legal que regule la vía de la adición y aclaración para el dictamen médico-legal de primera instancia. Sin embargo, en la práctica, se ha aplicado ese instituto no solo para ese dictamen, sino también para el dictamen que rinde el Consejo Médico Forense¹⁸.

A pesar de que el dictamen médico-legal no es una resolución según su naturaleza jurídica y, por tanto, no sería susceptible de aclaración y adición según lo preceptuado en el artículo 147 del CPP¹⁹, consideramos que su aplicación es posible ante el dictamen médico de primera instancia, atendiendo lo dispuesto por el artículo 2 del mismo texto normativo, en cuanto otorga mayores derechos a las partes intervinientes.

El artículo 147 del CPP dispone tres días de plazo para presentar la adición y aclaración, la

cual pretende que se aclaren términos oscuros, ambiguos o contradictorios, o para adicionar el contenido de las resoluciones. No obstante, cabe cuestionarse si para el dictamen médico de primera instancia, ese plazo deberá ser de tres días o más bien de ocho días, en virtud de que en la práctica el dictamen médico legal, usualmente es puesto en conocimiento de partes por ocho días para que sea recurrido mediante la apelación, según el artículo 34 de la L.O.O.I.J. lo dispone.

En este caso, si el juez o la jueza únicamente emplaza por ocho días, sin indicar la finalidad de ese plazo, podría interpretarse que esos ocho días también lo son para pedir ampliaciones o adicionar y aclarar el dictamen médico-legal y, al no existir regulación legal en sentido estricto acerca de la adición y aclaración para esas pericias médicas, en beneficio de las partes, debería tomarse como fundamento el único plazo legal establecido, el cual es de ocho días.

En todo caso, la adición y aclaración usualmente son presentadas por las partes en los tres días, preestablecidos como regla general en el CPP, interponiendo en el mismo escrito el recurso de apelación, ya que en caso de que dicha aclaración o adición no cumpla con las expectativas de la parte solicitante, se trasladará de inmediato al conocimiento del Consejo.

VI. Consulta ante el Consejo Médico Forense: una herramienta a favor de la persona imputada

Es frecuente que, en el ejercicio de la defensa, principalmente de la Defensa Pública, la identidad de la persona que lleva a cabo la labor técnica se

cambie en el transcurso del tiempo, ya sea por cambios en el nombramiento o por cualquier otra circunstancia que amerite la variación (por ejemplo, la sustitución de la persona defensora particular por una pública). Dicha realidad conlleva como consecuencia que, en muchas ocasiones, la persona defensora deba asumir la causa una vez fenecidos los plazos de apelación de los dictámenes médicos, sometidos al conocimiento de la persona asesora técnica anterior.

En este sentido y, como una herramienta en manos de la persona defensora, realizando un análisis detallado del artículo 34 de la L.O.O.I.J., se desprende que este faculta al Consejo Médico Forense para ejercer sus potestades, cuando exista la consulta, al indicar en lo que interesa lo siguiente:

[...] Para ejercer sus potestades, deberá existir la consulta, en su caso, o el respectivo recurso de apelación, el cual se interpondrá ante el Tribunal que conoce del proceso, dentro de los ocho días siguientes a aquel en que el dictamen impugnado haya sido notificado a todas las partes. (El subrayado no es del original).

El Diccionario de la lengua española de la Real Academia define el concepto “consulta” en su tercera acepción como: “Pedir parecer, dictamen o consejo”.

Por medio de una interpretación acorde al derecho de defensa de lo dispuesto en el numeral 34 antes mencionado y en aplicación de los principios pro homine y pro libertatis, consagrados en el artículo 2 del CPP, creemos que la defensa se encuentra facultada para interponer una consulta

ante el Consejo Médico Forense. mediante la cual se pretenda ampliar o cuestionar algún aspecto del dictamen médico legal de primera instancia, a pesar de que el plazo de impugnación haya fenecido.

Lo anterior beneficiaría a la persona imputada, cuando, por alguna razón, esta no tiene la posibilidad de presentar el recurso de apelación del dictamen médico legal en el plazo establecido²⁰, por lo que en procura del principio de amplitud de la prueba a favor de la defensa, esta puede solicitar como prueba para mejor resolver en el juicio, la consulta del dictamen médico legal ante el Consejo Médico Forense.

De igual manera y, con el fin de otorgar un elemento argumentativo a la defensa técnica, debemos ampliar con respecto a la posibilidad de reformar en perjuicio de la persona imputada lo señalado por el dictamen de la Sección Clínica Médico Legal. En ese sentido, se ha establecido jurisprudencialmente lo siguiente:

Esta cámara luego del estudio de los autos concluye que, la naturaleza de los Dictámenes Periciales emitidos por el Consejo Médico Forense, son de elementos probatorios y no de actos jurisdiccionales, y el principio de reforma en perjuicio es una figura procesal aplicable únicamente a las resoluciones jurisdiccionales, no siendo así respecto a los elementos probatorios. Es entonces de nuestro entender, que

se está en presencia de un medio probatorio permitido, obtenido por medios lícitos, incorporado al procedimiento conforme a las disposiciones procesales, y bajo ningún supuesto se trata de información obtenida por algún medio que violente los derechos fundamentales del impugnante²¹.

Esta posición del Tribunal de Casación Penal de San José no es compartida por el profesor Javier Llobet, ya que si partimos del criterio de que la no reforma en perjuicio solo aplica a las resoluciones judiciales, entonces el dictamen médico-legal tampoco podría ser objeto de apelación, en virtud de su naturaleza jurídica de elemento probatorio, además de que el Consejo Médico Forense no necesariamente está integrado por especialistas en la materia que se está analizando en el recurso²².

Coincidimos con la posición del profesor Llobet, en cuanto a que no se podría argumentar la restricción de derechos procesales a la persona imputada, utilizando un criterio dogmático como lo es la naturaleza jurídica del dictamen médico legal, ya que si el legislador previó la posibilidad de impugnar mediante el recurso de apelación un dictamen médico, no es posible llevar a cabo una interpretación in malam partem, limitando principios tutelados por nuestro ordenamiento jurídico, permitiendo la reforma en perjuicio de la resolución del Consejo Médico Forense.

Nuestro criterio es que, en caso de que la defensa sea la única parte que impugne un dictamen

médico, y como resultado, el Consejo Médico agrave la situación para la persona acusada, el juez o la jueza penal debe respetar el principio de no reforma en perjuicio.

VII. Conclusiones

Para el correcto ejercicio de la defensa técnica, es necesario conocer que el recurso de apelación que se encuentra regulado en nuestro CPP no es el que otorga la posibilidad de apelar un dictamen médico-legal, ya que estos no son coincidentes en el plazo para interponerlos, ni el tipo de resolución apelable según la taxatividad del código para este recurso, ni los rigen los mismos principios básicos como lo son “la no reforma en perjuicio” en caso de que solo la persona imputada recurra o su defensor o defensora.

Aunado a lo anterior, la persona defensora debe tomar en cuenta que el dictamen médico emanado del Consejo Médico Forense posee los mismos requisitos formales y materiales de cualquier pericia médica, según la regulación procesal costarricense.

Sin embargo, el dictamen del Consejo emana de un órgano colegiado y, necesariamente, contiene un análisis de la pericia médica impugnada, la cual deberá resolver estableciendo una verdad científica objetiva, a través de una decisión tomada por mayoría absoluta. A su vez, la persona defensora debe conocer los requisitos de la pericia médica y los contenidos que se deben cumplir en cada uno de los apartados, de forma tal que, ante su ausencia, aplique los mecanismos procesales para solicitar aclaración y adición o apelación, según sea el caso.

Además de la apelación, en caso de que el plazo de 8 días regulado por la LOOIJ haya fenecido, en virtud de la redacción del artículo 34 de la misma Ley, la persona defensora puede acudir a la “consulta” ante el Consejo Médico Forense, ya que la persona imputado es el sujeto procesal sobre el que recae la coacción estatal y, en virtud de la apertura de la prueba a su favor, la defensa tiene abierto el portillo para solicitar como prueba para mejor resolver la consulta del dictamen médico-legal de primera instancia, incluso en la etapa de debate.

Finalmente, aunque no se ha discutido con mucha frecuencia en nuestra jurisprudencia, es importante que la persona defensora sea constante en oponerse a la utilización del criterio del Consejo Médico cuando resulte perjudicial para sus intereses, siempre que haya sido la defensa la única en cuestionar la pericia médica de primera instancia; es decir, debe cuestionarse la aplicación de la reforma en perjuicio en el análisis de dicho elemento probatorio.

VIII. Bibliografía

Libros y artículos

ABARCA BARRANTES, Carlos. (Coordinador de la Sección A del CMF. Méd. leg).

(Mar. 2003). El consejo médico forense, los votos salvados, las vistas médicas y sus asistencias a juicios. Costa Rica vol. 20, n.º 1, Heredia, 1 p.

GARCÍA M., Miguel Ángel. (2003). Una pincelada sobre los recursos en la legislación costarricense. En particular sobre el recurso de

casación. Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica, Revista Especializada en Derecho Penal. San José: Editorial del Poder Judicial, n.º 741-75.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. (2012). Proceso penal comentado. (Código Procesal Penal Comentado). San José: Editorial Jurídica Continental, 5^{ta} edición, 822p.

VEGA, Franz. Fundamentos de anatomía genital y estudio del dictamen médico legal para la correcta comprensión de pericias forenses en delitos sexuales. Revista de la Maestría en Ciencias Penales. N.º 5.

Leyes y normativa

Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial.

Código Penal de Costa Rica.

Código Procesal Penal de Costa Rica.

Entrevista

Entrevista realizada a la Dra. Rosa Vargas, integrante de la Sección B del Consejo Médico Forense del Departamento de Medicina Legal, el 12 de septiembre de 2014.

Jurisprudencia judicial

Tribunal de Casación Penal de San José, voto n.º 396-2002 de las diez horas y cuarenta minutos del veinticuatro de mayo de 2002.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia,

voto n.º 330-2003 de las diez y veinte horas del cuatro de julio de 2003.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 2007-01127 de las nueve horas del veintiocho de septiembre de 2007.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 2010-00087 de las ocho horas y cincuenta y dos minutos del doce de febrero de 2010.

Tribunal de Apelación de Cartago, voto n.º 2012-500 de las quince horas y quince minutos del veintiocho de septiembre de 2012.

Tribunal de Apelación de Cartago, voto n.º 2012-204 de las dieciséis horas del veinticuatro de abril de 2012.

Notas

- ¹ *Art 218 CPP “El dictamen pericial será fundado y contendrá, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, las observaciones de las partes o las de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado. Los peritos podrán dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre ellos. El dictamen se presentará por escrito, firmado y fechado, sin perjuicio del informe oral en las audiencias”.*
- ² *VEGA, Franz. Fundamentos de anatomía genital y estudio del dictamen médico legal para la correcta comprensión de pericias forenses en delitos sexuales. Revista de la Maestría en Ciencias Penales. N.º 5, p. 1*
- ³ *VEGA, Franz, op. cit.*
- ⁴ *ABARCA BARRANTES, Carlos. (Mar. 2003). (Coordinador de la Sección A del CMF. Méd. leg). El consejo médico forense, los votos salvados, las vistas médicas y sus asistencias a juicios. Costa Rica, vol. 20, n.º 1, Heredia, 1 p.*
- ⁵ *ABARCA BARRANTES, Carlos, op. cit.*
- ⁶ *Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial: “Artículo 11.- El Organismo constará de una Dirección General y de los siguientes departamentos: 1º Departamento de Investigaciones Criminales; 2º Departamento de Medicina Legal; 3º Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses. Cada Departamento contará con las secciones y oficinas que sean necesarias para su buen funcionamiento. Habrá además, un Comité Asesor”. (El subrayado no es del original).*
- ⁷ *“Artículo 33.- Corresponderá al Jefe del Departamento de Medicina Legal, como su jerarca administrativo: [...] 2.- Coordinar las secciones del Consejo Médico Forense, en cuyas deliberaciones podrá participar con voz pero sin voto; salvo que tenga que sustituir a un miembro propietario [...]”.*
- ⁸ *Información obtenida de la entrevista realizada a la Dra. Rosa Vargas, integrante de la Sección B del Consejo Médico Forense del Departamento de Medicina Legal, el 12 de septiembre de 2014.*
- ⁹ *“Artículo 36.- Las decisiones se tomarán, con la concurrencia de todos los miembros de la respectiva sección, por mayoría absoluta de votos. Si no hubiere voto de mayoría, a fin de obtener el Consejo se integrará con todas las secciones y el jefe del Departamento de Medicina Legal”.*
- ¹⁰ *Información obtenida de la entrevista realizada a la Dra. Rosa Vargas, integrante de la Sección B del Consejo Médico Forense del Departamento de Medicina Legal, el 12 de septiembre de 2014.*
- ¹¹ *Tribunal de Casación Penal de San José, voto n.º 396-2002 de las diez horas y cuarenta minutos del veinticuatro de mayo de 2002.*
- ¹² *“ARTICULO 167.- Regla general
Los plazos individuales correrán desde que comienza el día siguiente a aquel en que se efectuó la notificación al interesado; los plazos comunes, desde el día siguiente a la última notificación que se practique.
En los plazos por día no deberán contarse los días inhábiles. Los plazos restantes que venzan en día inhábil, se tendrán por prorrogados hasta el día hábil siguiente”.*

- ¹³ *Toda la información contenida en este apartado fue recopilada mediante la entrevista realizada a la Dra. Rosa Vargas, integrante de la Sección B del Consejo Médico Forense del Departamento de Medicina Legal, el 12 de septiembre de 2014.*
- ¹⁴ *Información obtenida de la entrevista con la Dra. Rosa Vargas, integrante de la Sección B del Consejo Médico Forense del Departamento de Medicina Legal, el 12 de septiembre de 2014.*
- ¹⁵ *ABARCA BARRANTES, Carlos, op. cit.*
- ¹⁶ *Tribunal de Apelación de Cartago, voto n.º 2012-204 de las dieciséis horas del veinticuatro de abril de 2012.*
- ¹⁷ *Así lo ha indicado el Dr. Abarca Barrantes de la Sección A del Consejo Médico Forense, en el artículo El consejo médico forense, los votos salvados, las vistas médicas y sus asistencias a juicios: “Los dictámenes medico legales, hechos por peritos oficiales, son los únicos peritajes médicos que pueden ser apelados, a estos se les llama dictámenes de primera Instancia”.*
- ¹⁸ *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 2007-01127 de las nueve horas del veintiocho de septiembre de 2007.*
- ¹⁹ *“ARTICULO 147.-Aclaración y adición
En cualquier momento, el tribunal podrá aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones o adicionar su contenido, si se ha omitido resolver algún punto controversial, siempre que tales actos no importen una modificación de lo resuelto.
Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar la aclaración o adición de los pronunciamientos que se dicten oralmente, solicitud que deberán presentar en forma oral inmediatamente después de que finalice el dictado de la resolución.
En las resoluciones emitidas por escrito, las partes y el Ministerio Público podrán solicitar la aclaración o adición de los pronunciamientos, dentro de los tres días posteriores a su notificación. La solicitud interrumpirá el término para interponer los recursos que procedan.
(Así reformado por el artículo 1º de la Ley N.º 9021 del 3 de enero de 2012)”.*
- ²⁰ *A manera de ejemplo, es posible que una persona imputada se encuentre representada por una persona defensora, sea pública o particular y que, por negligencia en su labor, no presente el recurso de apelación del dictamen médico legal de primera instancia en el plazo establecido, ya que cuando la persona imputada solicita un nuevo defensor o una nueva defensora, ya encuentra denegado su derecho de defensa en virtud de una cuestión formal de plazos.*
- ²¹ *Tribunal de Casación Penal de San José, voto n.º 396-2002 de las diez horas y cuarenta minutos del veinticuatro de mayo de 2002. (En ese mismo sentido, ver voto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, n.º 330-2003 de las diez y veinte horas del cuatro de julio de 2003).*
- ²² *LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, op. cit., p. 386.*

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Lic. Ileana Bejarano Ugalde *

Dr. Ricardo Antonio. Madrigal Jiménez**

RESUMEN

El presente artículo pretende evidenciar cómo la jurisdicción contencioso-administrativa ha venido de forma sistemática reconociendo los principios del derecho ambiental. Si bien solo existe consistencia en algunos de ellos, mientras que en otros de forma tímida se aprecia su reconocimiento, aun cuando existen criterios contradictorios, no por ello deja de ser valioso el avance que se ha dado en la materia. Entre los principios que se han reconocido están los de igualdad, la tutela del ambiente a cargo del Estado, la sostenibilidad en el uso de los recursos naturales, el de calidad del ambiente, solidaridad (con sus subprincipios), el principio precautorio, el principio preventivo, el de publicidad, restaurabilidad, el que contamina paga, la realización de estudio de impacto ambiental como acto previo, el estado de necesidad como excepción al cumplimiento de las normas ambientales, la ausencia de recursos económicos de las instituciones públicas no es excusa para la omisión de dar protección al ambiente, el principio de coordinación y el de participación ciudadana.

Palabras Claves: Principios del derecho ambiental: - principio precautorio – principio preventivo – principio quien contamina paga – principio de realización de estudio de impacto ambiental como acto previo - del estado de necesidad como excepción al cumplimiento de las normas ambientales.

ABSTRACT

This article intends to show how the contentious-administrative jurisdiction has been systematically recognizing the principles of environmental law. Although there is only consistency in some of them, while others are timidly appreciated, even when there are conflicting criterias about it, the progress made in the subject is still valuable. Among the principles that have been recognized are: those of equality, the State's protection of the environment, sustainability in the use of natural resources, the quality of the environment, solidarity (with its sub-principles), the precautionary principle, the preventive principle, advertising, restorability, polluter pays, conducting environmental impact study as a previous act. The State's necessity as an exception to compliance with environmental regulations, the absence of financial resources from public institutions isn't excuse for the omission of protecting the environment, the coordination principle and citizen's participation.

Keywords: Principles of environmental law - precautionary principle- preventive principle - the polluter pays principle - carrying out an environmental impact study as a prior act - the state of necessity as an exception to compliance with environmental regulations.

Recibido 14 de octubre de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019

**Licenciada en Enfermería y Derecho, especialista en derecho Notarial y registral. Tiene dominio avanzado del idioma inglés y actualmente cursa el nivel intermedio en idioma alemán. Se desempeñado tanto en el sector público como en el sector privado, en temas que combinan ambiente, salud y derecho. ilebejarano@gmail.com*

*** Doctor en derecho y derecho administrativo, con estudios de postgrado en penal, constitucional y derecho administrativo. Maneja varios idiomas. Ha trabajado tanto como para el ejercicio privado como para la Administración Pública y para la Administración Judicial, tanto en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el Ministerio Público, como en la Judicatura (tanto en materia Penal como Contenciosa Administrativa), exmagistrado suplente de la Sala Constitucional; actualmente es Juez en el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. drramadrig@gmail.com*

Introducción

El numeral 50 de la Constitución Política de Costa Rica consagra el derecho de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La norma en cuestión establece, a su vez, la obligación del Estado de velar por la fiscalización y tutela del ambiente, lo que incluye el conjunto de recursos naturales, pero, además, el paisaje y los recursos culturales. La versión actual de dicha norma fue el resultado de la reforma introducida en 1994, mediante la Ley N.º 7412 del 24 de mayo de 1994, publicada en La Gaceta n.º 111 del 10 de junio de ese mismo año. El fenómeno de la tutela constitucional al ambiente se termina de concretar con la reforma del precepto 46 de la Constitución Política, realizada mediante la Ley N.º 7607 del 29 de mayo de 1996, publicada en el Diario Oficial n.º 115 del 18 de junio de 1996, mediante la cual, incorpora los derechos de la persona consumidora dentro del ámbito de las garantías individuales, como equilibrio de los derechos de producción, industria, comercio y prohibición de monopolios.

A partir de allí, el derecho ambiental se ha positivizado mediante un número importante de leyes, decretos y reglamentos, y de los tratados internacionales que, antes de este proceso de replanteamiento normativo, se encontraban vigentes. Encuentra soporte además en múltiples tratados o instrumentos internacionales. Solo a modo de ejemplo, el derecho al ambiente se encuentra regulado en los ordinales 8.1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos.

La legislación patria es prolija en cuanto a las regulaciones que buscan implementar acciones de resguardo del medio, estableciendo no solo las competencias de los diversos órganos y entes administrativos encargados de concretar ese mandato dado por el constituyente derivado, sino también estatuye una serie de acciones que se entienden transgresoras de tal bien jurídico, señalando allí mismo, en aplicación directa del principio de tipicidad y legalidad, las sanciones, o bien, las consecuencias jurídicas que se desprenden de las infracciones ecológicas.

Es claro que la protección del ambiente se ha convertido en una línea sostenida en el marco de la producción legislativa. El diseño esencial del Estado social de derecho que impera en nuestro medio exige la traslación al Estado de la tutela y resguardo primario de los recursos naturales, de eso no hay duda alguna.

Empero, la tutela del ambiente dista de ser un aspecto que incumba solo al Poder Público. Es evidente que es un tema que trasciende la esfera competencial administrativa, dada la extensión de ese bien jurídico, lo que lleva, inexorablemente, a un compromiso generalizado en toda persona, pública o privada, física o jurídica de su protección. Lo anterior sienta las bases para afirmar el compromiso público de esta protección, lo que se observa en una doble perspectiva. Por un lado, en la arista activa, toda persona se encuentra plenamente legitimada para reclamar contra las acciones u omisiones que comporten una lesión actual o potencial al ambiente.

Esto no se agota en los reclamos de responsabilidad civil cuando el daño ya se

ha concretado; esto es, cuando el ambiente ha sufrido un detrimento merced del comportamiento humano. En este punto, debe ampliarse el espectro al derecho de reclamar al Estado o bien a otros terceros que puedan entenderse obligados en este sentido, a emprender las acciones de tutela preventiva, como podría ser el caso de la eliminación de actividades de riesgo, la revisión y análisis de conductas que puedan considerarse lesivas al medio o bien a establecer la protección jurídica de dicho bien, sea por actos formales o por acciones concretas.

La declaración constitucional citada al inicio despliega un derecho que, incluso, se ha considerado como de tercera generación, cuyo sujeto receptor no se agota en dimensión subjetiva particular. Más bien, lo es de carácter general, atañe a la colectividad, lo que no consiste en una simple suma de intereses individuales, sino en un derecho colectivo. Es decir, la tutela del ambiente dista de ser un tema que confiera una legitimación de reclamo a un solo sujeto. Sus alcances en términos legitimantes son propios de acciones colectivas o difusas que permiten cualquier sujeto que guarde un margen relativo. Al menos, con la incidencia ecológica, podrá reclamar la tutela como pretensión genérica.

Desde luego que ello no es así cuando se ingresa en la dinámica del daño al ambiente, pues, en este caso, existen matices que infra serán levemente abordados, dada la naturaleza de este artículo, lo que haría imposible abordar con la propiedad debida esa temática, sin perjuicio del señalamiento de algunas cuestiones elementales sobre el particular.

A nivel jurisprudencial, si bien, la Sala Constitucional ha dedicado algún esfuerzo en señalar algunos principios en la materia; pero no es posible negar que su análisis se limita a unos pocos principios y no de forma articulada.

Por su parte, la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien por muchos años solo había dedicado tiempo a considerar el principio indispensable para la solución del caso en concreto de manera reciente, mediante los votos n.º 041-2013 de las dieciséis horas y quince minutos del treinta de abril de dos mil trece y el n.º 083-2013 de las siete horas con cuarenta y cinco minutos de dos mil trece (entre otros), ambas de la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, realiza un esfuerzo importante para establecer un listado (siempre como números apertus) de aquellos nortes más reconocidos a nivel jurisprudencial y legal.

Este artículo pretende exponer en síntesis el desarrollo realizado por la jurisprudencia en consideración. No esta demás indicar que el artículo no pretende criticar lo realizado a nivel jurisprudencial, sino que se limitará a comentarlo o resumirlo, siguiendo la misma línea de razonamiento del tribunal en las resoluciones de referencia. Naturalmente se seguirá el orden de la referida sentencia, sin perjuicio de ir más allá, en otras resoluciones que analizan principios concretos. De esa manera, se omitirán realizar citas literales, en tanto que la totalidad del texto presenta la misma fuente.

Sobre los principios del derecho ambiental: El derecho ambiental como derecho autónomo que es, cuenta con principios propios, los cuales

orientan la actividad ambiental. La mayor parte de estos principios se encuentran recogidos, de uno u otro modo, en los textos legales o al menos señalados por la jurisprudencia.

Asimismo, debe recordarse que el artículo 50 constitucional consagra el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y que del mismo numeral se deriva una serie de principios que se analizarán en la presente sección. La doctrina especializada ha señalado como principios rectores en la materia cuando menos los de igualdad, de la tutela del derecho ambiental a cargo del Estado, sostenibilidad, principio del uso racional de los recursos, a fin de que exista el necesario equilibrio entre el desarrollo del país y el derecho al ambiente, de la calidad ambiental, principio de solidaridad, principio Precautorio, principio preventivo, publicidad, restaurabilidad, “el que contamina, paga”, de la realización del estudio de impacto ambiental previo a la iniciación de obras, solo el Estado de Necesidad declarado excepciona el cumplimiento de las normas ambientales, la falta de recursos económicos de las instituciones públicas no es excusa que justifique la omisión de dar protección al derecho ambiental, coordinación para garantizar la protección del medio ambiente, la lesión a este derecho ambiental se da tanto por acción como por omisión, inoperancia del silencio positivo en materia de utilización de recursos naturales y la participación ciudadana en los asuntos ambientales. Pasemos en seguida a considerar los señalados jurisprudencialmente.

Si bien los principios de cada área del derecho permiten interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito

y tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, lo cierto es que, en materia de derecho ambiental, su alcance es mucho mayor. La imposibilidad de generar normas donde se regulen todas las conductas que afectan al derecho ambiental hace que una considerable cantidad de casos se resuelva por vía de principios, en ausencia de norma concreta. De allí surge la importancia de hacer explícita su enunciación.

La igualdad de las personas ante la ley, sin ningún tipo de discriminación, es un derecho fundamental recogido en nuestro ordenamiento por el artículo 33 de la Constitución Política y se halla establecido también en el artículo 24 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El derecho al medio ambiente y a su protección se encuentra también protegido por este principio de igualdad, el cual debe aplicarse a la materia. De este modo, todos los seres humanos tienen por igual el derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado y acceder a la justicia sin discriminación alguna para hacer valer sus derechos en caso de haber visto violentado el derecho a un ambiente sano (de manera directa o indirecta).

El artículo 50 constitucional declara que toda persona tiene derecho a un ambiente sano y equilibrado. El artículo 2, inciso a) de la Ley Orgánica del Ambiente contiene dicho principio al declarar que el ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la Nación y, por ello, tanto a nivel institucional (del Poder Ejecutivo) como jurisdiccional, los ciudadanos tienen derecho a un trato igualitario.

Precisamente, debido al principio de igualdad, donde todos los ciudadanos tienen derecho a un ambiente sano y equilibrado, y debido a que existe un interés público, el Estado debe velar por la protección de patrimonio natural.

En la sentencia n.° 00241-11 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V, se menciona que:

El derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución Política a través del artículo 50, a poseer un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, establece para el Estado y para los particulares el deber de brindar protección, tutela y defensa de ese derecho, lo anterior mediante el establecimiento de mecanismos que logren una verdadera y efectiva tutela del mismo y procurar a su vez la satisfacción del interés público. Para cuyo cumplimiento se ha brindado a través del ordenamiento jurídico una especial protección a la tutela del Patrimonio Natural del Estado, el que, se encuentra integrado por un lado, por las áreas silvestres protegidas, en cualquiera de sus categorías de manejo (Reservas Forestales, Zonas Protectoras, Reservas Biológicas, Refugios Nacionales de Vida Silvestre, etc., artículo 32 de la Ley Orgánica del

Ambiente), así como por los demás bosques y terrenos forestales o de aptitud forestal que pertenecen al Estado e instituciones públicas (artículo 13 de la Ley Forestal). Cabe resaltar que estar en igualdad ante la ley comprende tanto los derechos como los deberes. En otras palabras, todos los ciudadanos pueden reclamar su derecho a un ambiente sano, pero así también todos tienen el deber de proteger los recursos naturales y procurar un ambiente equilibrado.

El principio de la tutela del derecho ambiental a cargo del Estado se extrae también del artículo 50 constitucional, derivando la obligación del Estado de ejercer una función tutelar y rectora en materia ambiental.

Al respecto, la Sala Constitucional ha señalado que el Estado debe:

asegurar y proteger el derecho contra algún riesgo o necesidad, defender es vedar, prohibir e impedir toda actividad que atente contra el derecho, y preservar es una acción dirigida a poner a cubierto anticipadamente el derecho de posibles peligros a efectos de hacerlo perdurar para futuras generaciones. El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y

no hacer; por un lado debe abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro lado debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales. (Voto n.º 9193 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

La Sala Constitucional desarrolla de tal manera todas las acciones que comprende la tutela que el Estado debe ejercer en aras de proteger el medio ambiente, incluyendo tanto un comportamiento de hacer como de no hacer, ya que, por una parte, debe abstenerse de cometer algún acto en contra del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y, por otra parte, debe adoptar una conducta activa, en el sentido de dictar las medidas y regulaciones que estime pertinentes para el resguardo de este derecho.

El Ministerio del Ambiente y Energía constituye el órgano rector en la materia de estudio (no está de más recordar que ese Ministerio ha cambiado de nombre) de conformidad con el numeral 2 de la Ley Orgánica de este Ministerio. También se debe indicar que la figura del Estado como sujeto, el cual está llamado a ejercer la tutela en materia ambiental, es un ministerio donde recae la rectoría. Pero, además, para que esta función de protección del medio ambiente sea real y efectiva, es necesaria la participación de una serie de entes y órganos estatales, los cuales, en coordinación con el Ministerio del Ambiente y Energía (en aquel entonces), están llamados a interactuar (como lo son las municipalidades).

Por ejemplo, las municipalidades son las que deben aprobar los proyectos de nivel urbanístico. La jurisprudencia contencioso-administrativa ha señalado que “los gobiernos municipales ostentan el poder-deber de asegurar que todo proyecto de desarrollo que se plantee en sus comunidades cumpla a cabalidad con todos los requerimientos legales y técnicos que garanticen su efectivo desarrollo de la manera más sostenible posible, en apego estricto a la legalidad” (sentencia n.º 00219-2011 del Tribunal Contencioso Administrativo).

Dicho de otra manera, los gobiernos locales son los llamados a velar para que el crecimiento urbano se desarrolle de forma que haya una adecuada distribución de los recursos naturales para asegurar la seguridad y salubridad de las comunidades. Bajo ese entendido, el Tribunal mencionado supra suspendió los proyectos de construcción (de forma definitiva) gestionados por una municipalidad, en aplicación del principio precautorio, debido a que existía peligro de daño grave e irreversible al recurso hídrico.

La sostenibilidad en el uso de los recursos naturales es uno de los principios aceptados universalmente y con perspectiva jurídica. De acuerdo con un informe de las Naciones Unidas, el desarrollo sostenible es el desarrollo capaz de satisfacer las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas (Loperena Rota, Demetrio. (1998). Los principios del derecho ambiental, p. 62).

Por su parte, el artículo 2, incisos a) y b) de la Ley Orgánica del Ambiente establece la obligación

del Estado y los particulares de participar en la conservación y utilización sostenible del ambiente, y el derecho de todos de disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente sostenible para desarrollarse. Asimismo, se ha señalado que el deterioro al ambiente condiciona las posibilidades de desarrollo humanas, por lo que se ha vuelto común utilizar el término de “desarrollo sostenible,” el cual encierra ambos derechos.

En ese sentido, la Sala Constitucional ha definido “desarrollo sostenible” como:

una de esas políticas generales que el Estado dicta para ampliar las posibilidades de que todos puedan colmar sus aspiraciones a una vida mejor; incrementando la capacidad de producción o bien, ampliando las posibilidades de llegar a un progreso equitativo entre un crecimiento demográfico o entre este y los sistemas naturales. Es el desarrollo sostenible, el proceso de transformación en la utilización de los recursos, orientación de las inversiones, canalización del desarrollo tecnológico, cambios institucionales y todo aquello que coadyuve para atender las necesidades humanas del presente y del futuro. (Voto n.º 1763-94).

Por ejemplo, en la sentencia n.º 02794-2016 el Tribunal Contencioso Administrativo dictó que, si bien es cierto, la parte actora tiene el derecho fundamental de petición y pronta respuesta, el Estado debe velar por el derecho al medio ambiente. En este caso particular, este Tribunal indicó que:

entiende ajustada a derecho la justificación dada por la representación del Estado en la cual explica, con fundamentación de orden técnico-científica, que no es posible dictar el respectivo acto final a la solicitud de concesión de aprovechamiento de la parte actora, toda vez que los estudios deben ser realizados en diversos períodos del año en los cuales el caudal del río tiene variaciones, considerando entre otros el impacto ambiental y la eventual afectación del suministro del recurso hídrico para las comunidades y en general para la sostenibilidad del ecosistema del cual el río forma parte.

De lo anterior se rescata que, en los casos de concesión, se debe hacer el análisis científico respectivo que considere el uso sostenible de los recursos en la actualidad de forma que asegure el acceso de estos a las comunidades futuras.

A fin de que exista el necesario equilibrio entre el desarrollo del país y el derecho al ambiente,

el principio del uso racional de los recursos está muy relacionado con el principio anterior, incluso podría pensarse en que es parte de este. El presente principio (uso racional de los recursos) se encuentra con fundamento constitucional en el artículo 69 de la Constitución. Ahora bien, en este principio, encontramos un componente ideológico, lo cual genera, en algún modo, algunos problemas al momento de su aplicación, ya que comprende además conceptos jurídicos indeterminados, como lo son el uso racional y el necesario equilibrio entre el desarrollo y el medio ambiente.

Estos conceptos muchas veces generan incertidumbre al momento de su aplicación. La Administración pública es la encargada de determinar este punto de equilibrio y, en última instancia, lo serán los órganos jurisdiccionales. Sobre el principio en estudio, la Sala Constitucional ha señalado que:

[...] la protección del ambiente debe *encaminarse a la utilización adecuada e inteligente de sus elementos y en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicos y de orden político (desarrollo sostenible), para con ello salvaguardar el patrimonio al que tienen derecho las generaciones presentes y futuras.*

Por ello, el objetivo primordial del uso y protección del ambiente es que a través de la producción y el uso de la tecnología, se obtengan no sólo ganancias económicas (libertad de empresa) sino sobre

todo un desarrollo y evolución favorable del medio ambiente y los recursos naturales con el ser humano, esto es, sin que se cause daño o perjuicio [...] (voto n.º 6322-2003).

Por tal manera, la protección del ambiente debe encaminarse a la utilización adecuada de sus elementos, ya que es necesaria la conservación del medio ambiente, pero también es indispensable la utilización de sus recursos para emprender procesos de desarrollo en beneficio de la sociedad en general. Esta, a su vez, por una parte, demanda la protección del ambiente, y, por otro lado, el desarrollo del país, el cual, en un país como el nuestro, en muchos de los casos, tiene su fundamento en las riquezas naturales. De tal manera, la Sala Constitucional ha manifestado que:

es preciso optar por el desarrollo sostenible, el cual satisface las necesidades del presente sin comprometer nuestra capacidad para hacer frente a las del futuro. Se trata en consecuencia, de una política cuyo núcleo es una planificación a largo plazo a través de políticas estatales, las cuales deben cumplir con todos los requisitos exigidos por las normas existentes y que lógicamente en este campo deben ser vistos con criterios restringidos, pues si se destruyen o se dañan los recursos naturales por una decisión precipitada o bien cuando las condiciones

requeridas no son cumplidas, el desarrollo económico, social y político se afectará y decaerá, trayendo como consecuencia lógica la pérdida de la calidad de vida del ciudadano, y por ende, la pérdida de una riqueza invaluable que bondadosamente la Naturaleza nos ha regalado. Este desarrollo significa reconocer que deseamos tener acceso continuo a los recursos que posibiliten la vida y si hacemos expandir los beneficios del proceso industrial tenemos que estar concientes de las implicaciones y limitaciones que supone este derrotero (voto n.º 4423-93).

A nivel jurisprudencial, además, del voto que se analiza, el Tribunal Contencioso Administrativo se ha referido respecto al Reglamento de Zonificación del Plan Regulador:

Es el primero, y tal vez más importante reglamento que debe acompañar a todo plan urbanístico, de conformidad con el artículo 21 inciso 1) de la Ley de Planificación Urbana, toda vez que, como su nombre lo indica, le corresponde la ordenación y determinación del uso del suelo, con vistas a un uso racional de la tierra y para asegurar condiciones y calidades ambientales de

vida satisfactoria, con lo cual, condiciona el uso de la propiedad inmobiliaria, mediante la delimitación de áreas, según la categorización adoptada. (Bandeira de Mello, 1983, pp. 388 y 389.) De esta suerte, el régimen urbanístico del derecho de propiedad no es uniforme por el mero hecho de quedar el suelo sujeto al planeamiento, sino que difiere según el tipo de suelo en que resulta clasificada la finca de que se trate; lo cual evidencia la importancia de la zonificación. (Carcelle Fernández. 1992. p. 333.) Así, a partir de esta regulación se establece la definición exacta de los usos posibles (permitidos) en cada zona, con la consecuente incidencia en el derecho de la propiedad; al condicionar dónde se puede y se debe residir, dónde se puede comerciar, dónde se han de prestar los servicios, dónde se ha de poder hacer la industria, y dónde se ha de poder recrear y entretener; lo cual nos lleva a considerar la seriedad con que debe ser formulada, que requiere, no sólo criterios de oportunidad y conveniencia, sino sobre todo técnicos y objetivos. Queda claro que el contenido del estatuto del suelo determina el ámbito del dominio y condiciona su ejercicio,

diversificándose en situaciones favorecedoras de la iniciativa privada, y asimismo, establece vinculaciones que restringen su ejercicio. (Sentencia n.º 00219-2013).

Con lo anterior, se constata que los recursos naturales deben ser aprovechados según su tipo, y debe existir el planeamiento respectivo para abordar la explotación de los recursos.

El principio de la calidad ambiental constituye un parámetro fundamental de la calidad de vida, ya que ligado a la vida que cada individuo pueda llevar, a su vez se encuentra ligado el uso que se haga del ambiente para el propio desarrollo. Es así como el Tribunal Constitucional ha estimado que el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado implica el correlativo deber de proteger y preservar el medio, mediante el ejercicio racional y el disfrute útil del derecho mismo (voto n.º 6233-2993).

En ese sentido, siempre y cuando se demuestre que alguna actividad es dañina para la salud, se estaría en presencia de una violación del principio en estudio. O bien, cuando alguna actividad económica implique la pérdida de un recurso natural importante, dicha actividad debe ser prohibida, porque de lo contrario, se estaría fomentando el deterioro al ambiente y, con ello, a la calidad de vida de las personas. Igualmente, se puede encontrar el fundamento del presente principio en el ya mencionado artículo 50 constitucional y, además, se encuentra contenido en instrumentos internacionales que garantizan la protección al medio ambiente (como la Declaración de Estocolmo).

Con respecto a lo anterior, la jurisprudencia en análisis se ha referido a un concepto amplio de ambiente que incluye el patrimonio cultural y lo relativo al ambiente urbano. En otras palabras, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado no debe pensarse como un concepto que está relacionado de forma exclusiva con las zonas protegidas del país, sino que debe contemplarse en el marco del desarrollo urbano:

Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico” (artículo 89). Esta última norma da directrices para que las autoridades públicas impulsen la protección del medio ambiente, entendido esto de una manera integral, sea, no entendido en su sentido tradicional que se ha limitado al ámbito del recurso natural, lo que comúnmente se conoce como “lo verde”, en tanto se ha entendido que comprende los recursos naturales (bosques, agua, aire, minerales, flora y fauna, etc.), sino también en lo relativo al entorno en que se vive, que comprende, no sólo a las bellezas escénicas de la naturaleza, como el paisaje, sino también todo lo relativo a las ciudades y conglomerados urbanos y rurales, es decir, al concepto de lo urbano. Bien puede afirmarse que se trata de dos aspectos complementarios de una realidad, como las dos caras de una misma moneda: el ambiente natural y el ambiente urbano. Es así como se pretende un ambiente más humano, es decir, un ambiente que no sólo sea sano y ecológicamente equilibrado, sino también como un referente simbólico y dador de identidad nacional,

regional o local. Así, el derecho fundamental a tener un ambiente sano y ecológicamente equilibrado -desarrollado ampliamente por la jurisprudencia constitucional- comprenderá, tanto sus partes naturales, como sus partes artificiales, entendiéndose por tales, el hábitat humano, lo construido por el hombre, sea, lo urbano, de manera que se mantengan libres de toda contaminación, tanto por los efectos y repercusiones que puede tener en la salud de las personas y demás seres vivientes, como por el valor intrínseco del ambiente [...]. (Sentencia n.º 00349-2016).

[En relación con el principio de solidaridad, por tratarse el derecho al ambiente de un derecho de tercera generación, se encuentra desarrollado bajo el valor de la solidaridad (así como el de libertad e igualdad fueron los principios y valores que respectivamente orientaron los derechos de primera y segunda generación). Se ha configurado como un “auténtico principio jurídico formalizado, generador de obligaciones exigibles en el seno de las relaciones sociales” (Real Ferrer, 1994, p. 78). El principio de solidaridad implica y genera una responsabilidad colectiva para su realización, la cual es compartida, pero diferenciada.

En ese sentido, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 dejó establecido que:

Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en

distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes, pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el ambiente mundial y de las tecnologías y recursos financieros que disponen (Principio 7 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo 1992).

Con la aparición del principio de solidaridad, se vislumbran una humanización y preocupación no solo por el disfrute del derecho actual, sino también por la preservación de este para asegurar el disfrute a las generaciones futuras.

El derecho de las futuras generaciones implica a su vez una serie de derechos y deberes intergeneracionales relacionados entre sí y que, a su vez, se dividen en tres principios básicos:

- a- Principio de conservación de opciones: se traduce en el derecho de cada generación a recibir la diversidad de los recursos naturales y el correlativo deber a mantenerlos, lo que implica una explotación racional y eficiente de los mismos.
- b- Principio de conservación de la calidad: supone el derecho de todas las generaciones a recibir el planeta en condiciones de calidad óptimas

y a su vez un correlativo deber de conservarlas y transmitir las a futuras generaciones para que no las reciban en peores condiciones.

- c- Principio de conservación de acceso: el derecho de acceso equitativo al legado de las generaciones pasadas y el deber de procurar a todos sus miembros (Franco del Pozco, 2000, p. 21).

La Sala Constitucional se ha pronunciado al respecto del principio de solidaridad ambiental en la sentencia n.º 10540-2011. Por un lado, se menciona la participación solidaria de los Estados en pro de la protección del medio ambiente: “toda actividad relativa a la protección, conservación y explotación de los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo marino, dentro de las zonas descritas por la norma y por los tratados internacionales, se regirá por los principios del Derecho Internacional”.

Sin embargo, ese mismo tribunal señala que el derecho internacional ha cambiado mucho en las últimas décadas. Por ejemplo, la regulación de la actividad pesquera se ha visto modificada por el derecho internacional ambiental: “Prácticas que otrora se consideraron lícitas y recomendables, hoy se oponen abiertamente a estos nuevos principios”. Y con ello, la regulación nacional ha tenido que evolucionar y contemplar la protección de los recursos desde una perspectiva más global y de responsabilidad solidaria.

En esta misma sentencia, la Sala Constitucional también se refiere al principio de solidaridad contemplado en la Carta Magna: “El elemento

social del desarrollo sostenible se verifica también en el componente de justicia social propio del Estado de Derecho y que ha sido recogido por nuestra Constitución Política.

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.

Por su parte, el principio precautorio es uno de los principios más desarrollados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y se le ha considerado como principio esencial componente del derecho ambiental.

Las Administraciones públicas tienen la obligación de actuar en protección del derecho de todos al medio ambiente, y es así como se han delineado principios de actuación administrativa propios de la protección del medio ambiente y que particularizan este ámbito.

El principio precautorio, también llamado como principio de la evitación prudente, adquiere fuerza con la Declaración de Río de 1992 (Cumbre de la Tierra); pero ya la idea venía desarrollándose en otros convenios internacionales como la Declaración de Estocolmo y La Carta Mundial de la Naturaleza. El artículo 15 de la Declaración de Río contiene este principio y señalar que:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

A nivel nacional, al artículo 11 de la Ley de Biodiversidad consagra el principio precautorio, prácticamente en los mismos términos que la Declaración de Río lo hace, y la Sala Constitucional ha realizado un importante aporte al tema al disponer que:

[...] La prevención pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, el principio rector de prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas

precautorias para evitar o contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible -o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior debido a que en materia ambiental la coacción resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas y socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados al ambiente. (Voto n.º 6322-2003 de la Sala Constitucional y n.º 2000-9773 del mismo tribunal).

El principio de precautorio ha planteado varias interrogantes, dentro de las cuales destacan: el problema de la reversión de la carga de la prueba en materia ambiental; el equilibrio que debe existir entre las medidas represivas y preventivas; y la motivación que debe darse a industrias y otras empresas a través de políticas estimulantes de la protección del medio ambiente.

En lo concerniente a la reversión o inversión de la carga de la prueba, consiste en que el demandado es el llamado a ofrecer pruebas para desvirtuar el contenido de la pretensión, sin olvidar que al derecho ambiental le interesa más la prevención que la reparación del daño. Sin embargo, una vez ocurrida la acción que provocó el daño al ambiente, el interés se centra en la búsqueda de

la mejor solución, tanto a nivel jurídico como práctico, teniendo claro que cualquier reparación que se realice nunca va a restituir en la totalidad la situación original.

Por lo anterior, podría resultar criticable la imposición de principios como “El que contamina paga”, ya que estaría en contra del ánimo de prevención que es uno de los pilares fundamentales del derecho ambiental, y más bien, se estaría fomentando el deterioro del ambiente a cargo del pago o resarcimiento económico del daño ocasionado; pero el derecho debe también establecer las medidas de reparación en caso de que las precautorias o preventivas no sirvan (como sucede en la práctica la mayoría de las veces).

La Sala Constitucional ha frecuentado en llamarlo también principio in dubio pro natura (voto n.º 2000-9773 de la Sala Constitucional) y señaló que comprendía una especie de inversión de la carga de la prueba, dado que, en caso de falta de certeza, sobre las consecuencias de una actividad, basta para no llevarla a cabo. Se ha establecido doctrinariamente que este principio se refiere a las políticas ambientales generales, y que para casos concretos, opera el principio preventivo.

En materia ambiental existe incertidumbre científica sobre los posibles daños que algún tipo de actividades puede ocasionar. El principio precautorio se refiere a la actitud cautelosa que se debe tomar cuando surja alguna duda razonable en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, ya sea para que se evite o para tomar las medidas necesarias para evitar el daño eventual. (Loperena Rota, 1998, p. 93).

En la sentencia n.º 00053-2009, el Tribunal Contencioso Administrativo menciona sobre el principio precautorio que:

La prevención pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, el principio rector de prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible –o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior debido a que en materia ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados en el ambiente.

Además, agrega que: “Bien entendido el principio precautorio, el mismo se refiere a la adopción de medidas no ante el desconocimiento de hechos generadores de riesgo, sino ante la carencia de certeza respecto de que tales hechos efectivamente producirán efectos nocivos en el ambiente”.

Para el caso de las aguas subterráneas contenidas en los mantos acuíferos y áreas de carga y

descarga, el principio precautorio o de in dubbio pro natura supone que, cuando no existan estudios o informes efectuados conforme a las regla unívocas y de aplicación exacta de la ciencia y de la técnica que permitan arribar a un estado de certeza absoluta acerca de la inocuidad de la actividad que se pretende desarrollar sobre el medio ambiente o estos sean contradictorios entre sí, los entes y órganos de la administración central y descentralizada deben abstenerse de autorizar, aprobar o permitir toda solicitud nueva o de modificación, deben suspender las que estén en curso hasta que se despeje el estado dubitativo y, paralelamente, deben adoptar todas las medidas tendientes a su protección y preservación con el objeto de garantizar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En esencia, una gestión ambiental segura de las aguas subterráneas pasa por proteger el recurso antes de su contaminación o degradación.

El principio preventivo también está muy relacionado con el principio anterior, el principio preventivo (al extremo que mucha doctrina sostienen que son lo mismo) se refiere a la proyección sobre las consecuencias perjudiciales ciertas de algunas actividades. El tratar de evitarlas con anticipación es el propósito de este principio; por ejemplo, en el caso de las políticas preventivas reflejadas mediante las evaluaciones de impacto ambiental. En casos concretos, este principio se traduce en la aplicación de medidas cautelares. El desarrollo doctrinario y legislativo de la tutela cautelar está centrado, como es lógico, en el proceso jurisdiccional.

Debido a la lentitud de los procesos y las verdaderas situaciones de injusticia que se pueden

ocasionar por ello, la necesidad de implementar las medidas cautelares ha surgido en el derecho comparado. A pesar de ser esto así, la tutela cautelar no se circunscribe tan solo al ámbito jurisdiccional, sino que su aplicación también se contempla en los procedimientos administrativos. En los procedimientos de naturaleza ambiental, la importancia que ha adquirido la tutela cautelar es decisiva a la hora de ejercer el derecho de todos a un medio ambiente sano.

En sede jurisdiccional, las medidas cautelares tienen por función principal garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva, para que no sea una mera declaración de principios. De acuerdo con la doctrina nacional, existe un derecho fundamental a la tutela cautelar que forma parte del derecho a una justicia pronta y cumplida contenido en el artículo 41 constitucional. (Jinesta Lobo, s. a. p., p. 171). En este sentido, la jurisprudencia nacional ha manifestado que:

III. [...] Resulta obvio, que el derecho a la tutela cautelar y el deber correlativo del órgano jurisdiccional de actuarlo cuando concurran los presupuestos establecidos en la ley, cuya titularidad ostenta todo justiciable, posee una profunda raigambre constitucional, y más concretamente forma parte del haz de facultades que conforman el contenido esencial del derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida (tutela judicial efectiva o en los términos de la Sala

Constitucional derecho general a la jurisdicción, artículo 41 de la Constitución Política).

En la sentencia n.º 04399-2010, el Tribunal Contencioso Administrativo se refiere al principio preventivo de la siguiente manera:

La doctrina y el Derecho Internacional se han encargado de consagrar una serie de principios rectores en materia ambiental que son de carácter universal, y que le otorgan a este ámbito del ordenamiento una singularidad y un régimen propio, pudiendo enumerarse dentro de dichos principios los siguientes: principio de igualdad, principio de sustentabilidad, principio del que contamina paga, principio de legitimación procesal amplia, principio de restauración del daño, principio de participación ciudadana, principio preventivo y principio precautorio. De todos ellos interesa destacar para el caso concreto los principios preventivo, referido a aquellos casos en que exista oportunidad científica de medir los riesgos y recomendar medidas para el manejo de la actividad, y el principio precautorio o principio de la evitación prudente, éste último que se encuentra contenido y regulado en la Conferencia de las Naciones

Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Río (1992), cuyo Principio 15 literalmente dispone: “Principio 15.- Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Como se explicó anteriormente, los principios preventivo y precautorio se diferencian por la certeza. Solo en el primer caso, hay certeza de que se producirá un daño debido a una actividad específica. Sin embargo, el principio precautorio abarca la posibilidad tomar medidas a pesar de la falta de certeza. En ambos casos, la carga de la prueba no necesariamente recae en el actor. Se cita en esta misma sentencia lo siguiente:

Una consecuencia procesal que produce la aplicación del principio precautorio, es la inversión de la carga de la prueba, aspecto que está expresamente regulado en el artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, que dispone: “La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas,

corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quién se le acuse de haber ocasionado daño ambiental”, norma que debe verse en estrecha relación el artículo 5 de la misma Ley, que señala que lo establecido en esa legislación servirá de marco de interpretación del resto de las normas que regulan la materia objeto de dicha Ley. Esto quiere decir que en materia ambiental se rompe el clásico esquema de que “quién demanda debe probar”, y adquiere un papel preponderante la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual, “se traslada la carga a quién, a raíz de su situación personal, se halla en mejores condiciones para acercar la probanza al proceso, sin que importe si es el actor o el demandado.

En tal sentido, se puede sostener que no existe una tutela judicial pronta y cumplida –efectiva– sin una cautelar flexible y expedita (voto n.º 405-95 de este Tribunal, lo resaltado no corresponde al original).

En materia de derecho ambiental, la presencia de los presupuestos propios de las medidas cautelares cobra mayor vigencia, dado el carácter irreversible de los daños ambientales. En su sentencia n.º 00474 del 12 de octubre de 2005, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II Sostiene que:

ten materia de medidas cautelares, el ordenamiento jurídico costarricense otorga a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, amplias potestades, pues su objeto primordial es garantizar, mediante su uso razonable, el resultado final del proceso y consecuentemente, la acción de la justicia.- El cúmulo de garantías procesales previstos en la Constitución Política, sobre todo a partir del artículo 41, y su desarrollo jurisprudencial, ponen de manifiesto la existencia de un régimen de tutela precautoria amplio, flexible y expedito, que integra el contenido esencial del derecho a la justicia pronta y cumplida.

En la sentencia mencionada anteriormente, el Tribunal Contencioso Administrativo ordenó suspender las labores de extracción en ciertas zonas de un proyecto de explotación mineral, debido al riesgo ambiental de contaminación de aguas subterráneas. Además, estableció ciertas pautas como requisitos para proceder con el proyecto, como por ejemplo, el monitoreo de la cantidad y calidad del agua, así como la aceptación por parte de la empresa desarrolladora del acceso de forma irrestricta de las personas funcionarias de la Dirección de Geología y Minas, de la Oficina del Ministerio de Ambiente y Energía, del Servicio de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (SENARA) y del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados

para verificar que se esté cumpliendo con las condiciones indicadas.

Cabe resaltar además el rol que la jueza o el juez contencioso administrativo asume. La sentencia n.º 04399-2010 del Tribunal Contencioso Administrativo menciona que:

La doctrina resalta el rol activo del Juez de frente a un asunto de carácter ambiental, y al respecto señala lo siguiente: “Pero fue la Ley N° 25.675 (LGA) la que consagró innovaciones inéditas en materia de potestades judiciales (ordenatorias e instructorias), otorgándole al enjuiciador un rol completamente activo e inquisidor como garante de la aplicación del principio precautorio en aquellos procesos en los que se busca la preservación del equilibrio natural (ver artículo 32 LGA), sin que ello implique quiebre alguno del principio de congruencia. [...] se concluye que no existen áreas inmunes a la fuerza normativa de la Constitución y de las normas ambientales, particularmente la Ley General del Ambiente, que constituyen un orden público ambiental, que confieren amplias facultades, incluso de revisión de cuestiones hasta de índole técnica, que le permiten dar plena operatividad al principio precautorio en cada paso del iter procesal, en una tarea concreta

y sin duda alguna macroscópica en pos del derecho a una efectiva tutela judicial efectiva (idem, Martínez, p. 117).

Este papel que la doctrina les asigna al juez y a la jueza de frente a asuntos de carácter ambiental no está dissociado del modelo que la Constitución Política y el Código Procesal Contencioso Administrativo les otorgaron a la jueza y al juez contencioso- administrativos.

En cuanto al principio de publicidad se debe recordar que la Administración tiene el deber de hacer públicas las informaciones de actividades públicas o privadas que tengan relación con el medio ambiente, porque media un interés público.

Para el autor español Martín Mateo, la información o publicación de los datos es la base sobre la que se asienta igualmente la acción protectora de las Administraciones públicas, la educación ambiental y la investigación. El artículo 30 constitucional garantiza el acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

Sin embargo, en materia medioambiental el concepto de información y acceso adquiere una nueva dimensión y se entiende como el derecho del individuo o colectividad de solicitar información y de ser informado por cualquier ente u órgano estatal sobre cualquier proyecto que pueda afectar su derecho de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Calzada, 1997, p. 286).

A su vez, se aplica el principio de restaurabilidad en presencia de la responsabilidad civil por la generación de una lesión, la sanción al

responsable puede ser la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (compensación) o la reparación a su estado originario de la situación alterada por la infracción.

La doctrina ha sostenido que, a diferencia de otros ámbitos donde en general existe la opción de reponer o no la cosa dañada, en materia ambiental la efectiva restauración es imprescindible y no opcional para el administrador del bien dañado, esto en particular por la titularidad común de los bienes ambientales dado que no puede dañarse el medio ambiente y destinar su compensación económica para otros usos (Loperena, 1998, p. 73). No obstante, es claro que la reparación será sanción en la medida que esta sea posible.

Los artículos 53 y 54 de la Ley de la Biodiversidad contienen este principio y de este modo se obliga al Estado [incluyendo a las municipalidades] a tener como principio de actuación la restaurabilidad, mediante la obligación de fomento y, en caso de que ya se haya producido el daño ambiental, se deben procurar tanto su recuperación, rehabilitación como la restauración.

Por su parte, la regla “El que contamina, paga” según la doctrina, en el derecho ambiental se ha consagrado el principio de la responsabilidad extracontractual objetiva, sin que se examine la culpa o negligencia del agente causante del daño ambiental (LoPerena, 1998, p. 64), la cual podría pensarse que se encuentra incluida dentro de la responsabilidad ambiental de la Ley Orgánica del Ambiente establecida en el artículo 2, inciso d) [referente a los principios en materia ambiental], la cual es una cláusula amplia de responsabilidad al señalar que: “Quien contamine el ambiente

o le cause daño será responsable, conforme lo establezcan las leyes de la República y los convenios internacionales vigentes”. El origen de este principio es anglosajón y se debe entender de la siguiente manera:

Conforme al principio ‘quien contamina paga’, se entiende por responsable de la contaminación, [...], por agente contaminador a la persona física o jurídica sometida a derecho privado o público que directa o indirectamente deteriora el medio ambiente o crea las condiciones para que se produzca dicho deterioro, tratándose de evitar en principio que la política de protección del medio ambiente se base en subvenciones y ayudas estatales y que se atribuya a la Comunidad la carga de la lucha contra la contaminación, siendo imputable al contaminado el costo de las medidas necesarias para la eliminación de la contaminación o para su reducción hasta estándares o medidas equivalentes de objetivos de calidad ambiental. (Ibidem, p. 67).

Este principio implicaría para la persona contaminadora el pago y cumplimiento de las medidas cautelares que se decreten; el cese de la actividad contaminante o su modificación; el pago de las multas pertinentes; y la reparación e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

En la sentencia n.º 00066-2006 del Tribunal Contencioso, se subraya que:

las sanciones que se le impongan a quienes infringen las normas que regulan la protección del medio ambiente, deben ser razonables y proporcionales en relación con el daño que han ocasionado a ese ambiente sano y ecológicamente equilibrado [...] De las pruebas antes mencionadas, quedó acreditado que fueron varias veces en que los actores desviaron el cauce del río Virilla para fines propios de aprovechamiento sin contar con los permisos del Ministerio del Ambiente y Energía (en aquel entonces), y por otra utilizaron las aguas de ese recurso natural para sus labores de explotación. Además, extrajeron material del cauce y lo adecuaron a fin de poder transitar la maquinaria pesada que se utilizaba para transportar el material extraído hacia la carretera Braulio Carrillo [...] Ante esta situación y en virtud de las faltas cometidas por los accionantes, no solamente en contra del medio ambiente, al desviar el cauce del río Virilla sin que existiese permiso o autorización alguna, y que el extraer del mismo material natural para su beneficio, acarrea la potestad de imperio del Estado de imponer las sanciones correspondientes, que en el caso de marras al ser tan graves sus

actuaciones, las mismas no fueron desproporcionadas ni tampoco irracionales. La sola comprobación del desvío del cauce del río y el incumplimiento de la recuperación ambiental ordenada en el estudio de impacto ambiental, como ha quedado demostrado en autos hacen oportuno la cancelación de la concesión de la explotación del tajo, pues con tales actuaciones el ambiente se vio seriamente perjudicado con la mala utilización de los recursos naturales por parte de los recurrentes, poniendo en peligro el derecho fundamental de todos los ciudadanos a tener un ambiente sano y protegido.

Una empresa a la cual se le cancela una concesión tendrá que enfrentar pérdidas económicas. La sanción producirá una afectación en sus ganancias. En lo interno, significa “pagar las consecuencias” por el incumplimiento. Pero de forma externa, el cese de actividad no retribuye el daño ambiental causado. La empresa debe reparar de forma que se invierta en restablecer el estado en que estaba el río previo a las actividades.

Referente a la realización del estudio del impacto ambiental previo a la iniciación de obras, aunque a simple vista más que un principio se podría decir que se trata de una obligación, la doctrina lo ha considerado como un principio, cuyo fundamento constitucional se extrae del artículo 50 constitucional, en tanto que obliga al Estado a garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

En el derecho ambiental, las medidas preventivas tienen una importancia vital, ya que prevenir es siempre mejor que reparar el daño ocasionado, por cuanto restablecer la naturaleza a su estado anterior no es tarea fácil. Dentro de las medidas preventivas, se encuentra el estudio de impacto ambiental, el cual es obligatorio para el Estado y los particulares.

En nuestro país, la primera normativa de carácter legal que involucra este concepto es el Código de Minería, promulgado mediante la Ley N.º 6797. En el artículo 101, se contempla que:

con el objeto de garantizar un aprovechamiento racional de los recursos nacionales y de proteger sus usos futuros, los concesionarios deberán efectuar estudios de impacto ambiental de sus actividades, en forma previa y pública. Estos estudios deberán ser efectuados por personal técnico calificado, mediante las normas suministradas por el Estado, y si los estudios se consideraran deficientes podrán ser rechazados por el organismo gubernamental de control. (Lo resaltado no corresponde al original).

Asimismo, el Reglamento al Código de Minería contiene en su artículo 34 y siguientes lo establecido por la Comisión Gubernamental de Control Ambiental sobre los Estudios de Impacto Ambiental. Por otro lado, la Ley de Conservación de Vida Silvestre en el numeral 26 establece la facultad de la:

Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas para otorgar permisos de importación de especies de Vida Silvestre. Toda solicitud para esos permisos deberá presentarse, ante esa Dirección, con una evaluación de impacto ambiental la que, para los efectos de esta Ley, se considerará documento público y deberá incluirse los siguientes requisitos [...].

Posteriormente, con la Ley de Hidrocarburos, se estableció lo relativo a la protección ambiental, estipulándose la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.

Este desarrollo normativo logra en 1995 un importante y significativo avance con la publicación de la Ley Orgánica del Ambiente, en la cual se incluyó una variedad de normas relacionadas con el estudio de impacto ambiental, y se creó así la Secretaría Técnica Nacional Ambiental. De tal manera, el artículo 17 de este cuerpo de normas dispone que las actividades humanas que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos materiales tóxicos o peligrosos requieran de una evaluación de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Ambiental.

Por otro lado, este principio también ha sido recogido por una serie de instrumentos internacionales, como lo es la Declaración de Río que, en su principio 17, contempló que

“deberá emprenderse una evaluación de impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

En el Convenio sobre Diversidad Biológica y en sus Anexos I y II, se establece que:

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: Establecerá procedimientos apropiados por los que exija la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos, y cuando proceda, permitirá la participación del público en esos procedimientos [...].

¿Por su parte, la Sala Constitucional ha realizado un significativo aporte al disponer que:

el Estudio de Impacto Ambiental se establece como el instrumento idóneo que tiene el Estado para garantizar el equilibrio entre la conservación de los recursos naturales, y el desarrollo del ser humano en forma sostenible. De este modo, la actividad humana que conlleve la intervención, alteración o destrucción del

medio ambiente, debe ajustarse a lo que ambientalmente resulte más beneficioso para el Estado y la comunidad, o la de grupos que puedan verse afectados.

Ahora bien, no puede eximirse el estudio de impacto ambiental de los proyectos de desarrollo, explotación o exploración, ni por ley y, menos aún, por ninguna norma de rango inferior, precisamente por tener fundamentación en la Constitución Política. Por último, debe señalarse que la realización del estudio de impacto ambiental no implica la puesta en funcionamiento del proyecto en cuestión, ya que se trata de un requisito previo y que, necesariamente, debe cumplirse en los casos estipulados.

En la sentencia n.º 04399-2010 del Tribunal Contencioso Administrativo (sobre el Caso Crucitas), se estableció que debía realizarse el estudio de impacto ambiental de forma previa al proyecto. Asimismo, cuando se incluyera algún cambio, debía someterse nuevamente al estudio de impacto ambiental:

Tal y como ya se indicó, en el año 2005, mediante resolución N°3638-2005-SETENA, la Administración otorgó la viabilidad ambiental al Proyecto Minero Crucitas. Dos años después, el 6 de diciembre del año 2007, la empresa desarrolladora presentó ante Secretaria Técnica Ambiental una propuesta de cambios al proyecto minero. Esta solicitud fue resuelta por Secretaria Técnica Ambiental en

dos meses, aprobando los cambios incorporados por Industrias Infinito, mediante resolución N°170-2008-SETENA, dictada el 4 de febrero del año 2008. Esta resolución administrativa, a juicio del Tribunal, se encuentra viciada de nulidad absoluta tanto en su motivo como en su procedimiento, en razón de que la Administración no solicitó un nuevo Estudio de Impacto Ambiental para evaluar los cambios que se pretendían incorporar. Antes de entrar en el detalle de esa omisión, debe tenerse presente que el acto mediante el cual la Administración otorga viabilidad ambiental a un proyecto, es sin duda un acto administrativo reglado, en el tanto se encuentra previsto en el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente y en el Reglamento sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto Ejecutivo N° 31849), como en el Manual de Instrumentos Técnicos para el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto Ejecutivo N.° 32966).

Sin embargo, la empresa Industrias Infinito defendió la tesis, según la cual, en aquellos casos en que se cumplieran los presupuestos contenidos en el inciso 3 del artículo 46 del Decreto Ejecutivo N.°31849, se hacía innecesario un nuevo estudio de impacto ambiental.

No obstante, este Tribunal observó que el inciso 3° de ese artículo 46, si bien contenía una serie de criterios para realizar ajustes al diseño original (no para prescindir de un EIA), criterios que por cierto fueron invocados por los testigos de los codemandados en sus declaraciones, es también cierto y contundente que dicho inciso no estaba vigente en el Decreto Ejecutivo N.° 31849 para la fecha en que Industrias Infinito presentó su propuesta de cambios, ni tampoco para la fecha en que Secretaría Técnica Ambiental aprobó tal propuesta modificativa, ya que el inciso 3° del artículo 46 fue adicionado al Reglamento de Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental mediante Decreto Ejecutivo N.° 34688, el cual fue emitido hasta el 25 de febrero dl 2008, ya sea, en fecha posterior a aquellos dos momentos del procedimiento administrativo.

En el caso concreto, pudimos escuchar que los testigos Sandra Arredondo (regente ambiental), Eduardo Murillo (funcionario de la Secretaría Técnica Ambiental) y Sonia Espinoza (funcionaria de la Secretaría Técnica Ambiental en ese momento) señalaron que ante la propuesta de cambios por parte de la empresa Industrias Infinito, la Secretaría Técnica Ambiental no consideró necesario requerir un nuevo estudio de impacto ambiental para analizar esos cambios, por varias razones: el proyecto no variaba en su esencia, se desarrollaba en el mismo sitio, no cambiaba de categoría de proyecto, la actividad seguía siendo la misma, y la zona industrial y la zona de relaves no variaban, ya que más bien se reducía el área de extracción. Manifestaron que, de acuerdo con los criterios de la Secretaría Técnica Ambiental, ante esas circunstancias, no se requería solicitar un nuevo estudio de impacto ambiental.

Todo lo anterior refleja que, si se introducen cambios al diseño original de un proyecto, existe un ámbito de discrecionalidad administrativa para valorar si se debe solicitar o no un nuevo estudio de impacto ambiental.

Este Tribunal, ejerciendo como contralor de legalidad (artículo 49 de la Constitución Política) y propiamente el control de la discrecionalidad administrativa (artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública), encuentra que, conforme a la lógica y la razonabilidad, los cambios que la empresa Industrias Infinito propuso en el 2007 eran, sin duda alguna, modificaciones sustanciales al proyecto originalmente presentado ante la Secretaría Técnica Ambiental.

Debido a que los cambios aquí discutidos son sustanciales, la interpretación que la Secretaría Técnica Ambiental hizo no podía ser restrictiva en relación con el estudio de impacto ambiental, tratándose de la valoración de los impactos que provocaría un proyecto clasificado como A y en materia sensible como la ambiental. Por tanto, no podía optar, como lo hizo en el caso concreto, por prescindir de ese instrumento de evaluación ambiental, ni mucho menos habría sido válido que prescindiera del estudio de impacto ambiental amparándose en una norma reglamentaria (nos referimos al inciso 3° del artículo 46 del Reglamento antes mencionado).

Así claramente debemos recordar que es la propia Ley la que exige el estudio de impacto ambiental cuando las actividades humanas alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos, materiales tóxicos o peligrosos, tal y como lo

ordenan el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente y el artículo 3 del Código de Minería, para el caso concreto de las concesiones de explotación minera, normas que debían aplicarse a la luz del principio precautorio previsto en el artículo 11 de la Ley de Biodiversidad y, de esta manera, imponían la obligación a la Administración de garantizar de mejor forma la protección del ambiente.

En la sentencia n.º 00058 del 12 de junio de 2013 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V, también se menciona que, según la Ley de Biodiversidad, el Estudio de Impacto Ambiental debe ser global: “en su artículo 94 se estableció [...] La Evaluación del Impacto ambiental en materia de biodiversidad debe efectuarse en su totalidad aun cuando el proyecto esté programado para realizarse en etapas”. Así un estudio de impacto ambiental debe anticiparse aun cuando el proyecto esté dividido en fases.

En cuanto al principio de que solo el Estado de Necesidad declarado excepciona el cumplimiento de las normas ambientales más que un principio se puede tomar como una regla, ya que se determina que el estado de necesidad sería la única excepción al cumplimiento de las normas y principios en materia ambiental, ya que el Estado es el llamado a preservar el orden público. Por lo anterior, se debe indicar que el fundamento de este “principio” es el Estado de Necesidad; es decir, la misma necesidad se convierte en el fundamento.

De tal manera, ante la presencia de situaciones transitorias y urgentes en las que se hace necesario la continuidad de los servicios públicos, se permite la dispensa de la normativa ambiental. Bastaría

con que se produzca el hecho determinante, como, por ejemplo, una inundación, un terremoto, una epidemia, o bien, que se tenga un alto grado de certeza que se va a producir el hecho para que se pueda declarar el Estado de Necesidad. Así, le es permitido a la Administración pública adoptar una conducta sin cumplir con una disposición en materia ambiental.

Por ejemplo, la construcción de un puente sin la realización del estudio de impacto ambiental, o bien, la realización de algún proyecto sin que se cuente con un permiso de salud. Por otra parte, no se debe confundir el Estado de Necesidad con la Contingencia, la cual se puede definir como aquel hecho futuro que puede producirse o no. En estos casos, no es posible la dispensa de la normativa ambiental, ya que no se tiene certeza que el hecho se va a producir. En ese sentido, la Sala Constitucional ha dispuesto que:

es contraria al Derecho de la Constitución, no sólo la normativa, sino la actuación de las instituciones públicas que dispensen los trámites y procedimientos ordinarios para la actuación ordinaria de la Administración (voto n.º 6503-2001). [En consecuencia], para que se entienda de desarrollo constitucional la medida de emergencia, ésta debe atender única y exclusivamente a darle solución a la situación de emergencia que la motiva, y tener –además– como propósito el bien común: esto es, debe

ser justa y además razonable (proporcionada en sentido estricto). (Voto n.º 6322-2003 de la Sala Constitucional).

Mientras que, con respecto al principio que la falta de recursos económicos de las instituciones públicas no es excusa que justifique la omisión de dar protección al derecho ambiental, es una premisa desarrollada con el avance progresivo de los derechos económicos y sociales, y de la aplicación del principio de la prohibición del retroceso social. En términos de la Sala Constitucional:

la falta de presupuestos (recursos económicos, materiales y/o personal calificado) no puede constituirse en un límite entre el respeto y la violación de los derechos fundamentales, es decir, no puede ser motivo para que la Administración no actúe y tome acciones concretas a fin de que a través de su gestión encuentre solución a los problemas que los particulares les requieran en materia ambiental [...]. (Voto n.º. 6322-2003 de la Sala Constitucional).

No se debe dejar de lado un aspecto vital, y es el hecho de que se debe analizar este enunciado conjuntamente con el principio de equilibrio presupuestario, por cuanto la Administración pública está obligada a cumplir el equilibrio en el presupuesto. De tal manera, se presenta un

interesante fenómeno, ya que, por una parte, se establece la obligación del Estado de proteger el ambiente, sin que pueda excusarse en la falta de recursos para dejar de cumplirlo, y, por otra parte, la situación que la Administración, abruptamente, no puede romper con el equilibrio presupuestario para cumplir con sus deberes y obligaciones constitucionales. Consecuentemente, resulta necesario buscar la manera en que se pueda cumplir con ambos enunciados, de tal forma que se garantice la protección al ambiente y, además, se cumpla con el equilibrio presupuestario. Es decir, se requiere de una aplicación armónica, integral entre ambos postulados.

Asimismo, la Sala Constitucional se ha referido al respecto también en la sentencia n.º 00392-2007:

esta Sala en reiteradas ocasiones, ha manifestado, que la falta de presupuesto no es un motivo suficiente para justificar en forma alguna la violación de los derechos fundamentales de las personas, sobre todo, tratándose de derecho cuya violación puede daños irreversibles a la salud pública y al medio ambiente, motivo por el cual, deberá la Institución recurrida, gestionar de inmediato las partidas presupuestarias necesarias, para dar solución definitiva al problema ambiental aludido por los recurrente.

En dicha sentencia, se menciona el riesgo para la salud de las personas, pero también se contempla

el daño ecológico:

La ausencia de tratamiento de las aguas negras y residuales implica que, por lo general, sean vertidas en aguas superficiales y con ello se crea un peligro obvio para la salud humana, por tratarse de un problema directamente relacionado con la presencia de enfermedades infecciosas tales como el cólera, hepatitis, disentería, gastroenteritis y muchas otras, que no pocas vidas han cobrado en el mundo. Del mismo modo, el vertido en aguas superficiales conlleva un peligro para los animales y, en general, para la ecología. [...] Se declara de interés público y necesidad social el diseño, financiamiento, ejecución, operación y mantenimiento de las obras requeridas para la recolección, el tratamiento y disposición final de las aguas residuales de tipo ordinario generados en los centros urbanos, donde las soluciones individuales para la disposición de las aguas residuales técnica y ambientalmente no son adecuadas.

Con respecto al principio de la coordinación entre las diferentes dependencias de la Administración pública, este deriva del principio de la unidad estatal. Así se desprende de la jurisprudencia constitucional que al respecto ha consignado que:

la protección del medio ambiente es una tarea que corresponde a todos por igual, es decir, que existe una obligación para el Estado – como un todo- de tomar las medidas necesarias para proteger el medio ambiente, a fin de evitar grados de contaminación, deforestación, extinción de flora y fauna, uso desmedido o inadecuado de los recursos naturales, que pongan en peligro la salud de los administrados (ibidem, lo resaltado no corresponde al original).

En España, este enunciado está contenido expresamente en la Constitución Política en los numerales 148 y 149, y se denomina el principio de coordinación orgánica, el cual se basa en el dato de que la Constitución atribuye la función de protección de los recursos naturales con carácter compartido al Estado y las comunidades autónomas.

La coordinación se produce cuando un problema desborda la competencia de un ente y, por esta razón, se hace necesaria la coordinación con la entidad o el órgano público que corresponda y se ha definido como “la ordenación de las relaciones entre estas diversas actividades independientes, que se hace cargo de esa concurrencia en un mismo objeto o entidad, para hacerla útil a un plan público global, sin suprimir la independencia recíproca de los sujetos agentes” (ibidem, lo resaltado no corresponde al original).

En el ordenamiento jurídico costarricense, a nivel legal, se consagra el presente principio en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Ambiente y, a nivel internacional, se ha enunciado, entre otros, en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano al contemplar que:

a fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población.

De lo señalado, se extrae la necesaria coordinación estatal para lograr cambiar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, importancia que se vuelve aún más importante al tratarse de la protección y preservación del medio ambiente. En este sentido, si bien existe un órgano rector en la materia, como lo es el Ministerio del Ambiente y Energía (en aquel entonces), se hace necesaria la colaboración de otras instancias o dependencias. Este Ministerio está facultado para integrar a todos aquellos involucrados, como lo son las municipalidades, que en ciertas materias son incluso las únicas con la competencia.

Referente a que la lesión a este derecho ambiental se da tanto por acción como por omisión se desprende de la propia Constitución Política en el artículo 50, ya que como la Sala Constitucional lo ha señalado:

las omisiones al deber de protección del medio ambiente y de cumplimiento de la normativa ambiental son de relevancia constitucional, por cuanto a consecuencia de la inercia de la Administración en esta materia, se puede producir un daño al medio ambiente y a los recursos naturales, a veces, de similares o mayores consecuencias, que de las derivadas de las actuaciones de la Administración". (ibidem).

En ese sentido, podría incluso pensarse en la omisión en el dictado de una ley indispensable para la protección del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o bien, llevar a cabo una construcción sin la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, o ejercer los deberes de vigilancia, los cuales son apenas algunos ejemplos en los que la inactividad de la Administración, tanto formal como material, puede provocar daños graves al ambiente, muchas veces mayores que los que se producen por medio de acciones.

Según la sentencia n.º 00208 del 26 de mayo de 2017:

Tanto en el artículo 6 de nuestra Constitución Política como en los distintos instrumentos internacionales (por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración de Río sobre el Ambiente y el Desarrollo, aprobada en Río de Janeiro en

1992) se reconoce que los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos conforme a sus propias políticas ambientales y de desarrollo. Lo anterior empata con el principio ambiental de "regulación jurídica integral", el cual abarca la prevención, represión, defensa, conservación, mejoramiento y restauración del medio ambiente, lo cual está incorporado en el artículo 11 de la Declaración de Río. El desarrollo sustentable tiene implicaciones de tipo social, cultural, económica y ética relacionadas directamente con las formas de vida de las comunidades, procurando que los recursos indispensables para llevar adelante las actividades productivas garanticen la existencia misma de las generaciones presentes y futuras, todo lo cual deriva de los artículos 2 a 4 de la Declaración de Río.

Las implicaciones sobre el medio que el desarrollo humano genera son tan amplias que muchas instituciones públicas confluyen para los procesos de aprobación y control. Para las fases de ejecución de los proyectos empresariales, existen competencias de fiscalización a efecto de tutelar el correcto desenvolvimiento de las distintas actividades, pues el impacto sobre los ecosistemas debe ser controlado y conforme a lo autorizado por las distintas instancias administrativas.

En el artículo 50 constitucional, se establece la tutela del medio ambiente en una doble vertiente, como derecho fundamental y como función pública, en el que el Estado debe garantizar, defender y preservar este derecho.

Las municipalidades constituyen parte de la organización del Estado costarricense, pues de su naturaleza de entes descentralizados en razón del territorio, derivan responsabilidades también respecto a la tutela del ambiente (al respecto, ver la sentencia de la Sala Constitucional n.º 2001-05737).

Esto implica que también el deber de las municipalidades es proteger todos aquellos bienes que convergen en el medio ambiente, labor que incluye, por excelencia, la vigilancia de todos los procesos que impliquen transformación del terreno, lo cual es un proceso complejo de alteración ambiental de gran efecto sobre los ecosistemas naturales y artificiales, ya que la mayoría de obras altera la capa superficial de la tierra, con lo que se pueden llegar a afectar las reservas de acuíferos, se aumenta la escorrentía, se alteran los desagües naturales y se aumenta el caudal de los ríos y otros cursos del agua, además de eliminar los paisajes originales transformándolos en complejos que requieren de la dotación de servicios adicionales necesarios para las actividades humanas.

Por este motivo, el ordenamiento territorial incorpora el uso y desarrollo sostenible de los recursos renovables y no renovables ubicados en las distintas zonas del país, así como el respeto a las características culturales, históricas y sociales

de los poblados involucrados, aspirando a la obtención de un equilibrio entre los asentamientos humanos y sus condiciones ambientales.

A ello obedece que todo lo concerniente a la aprobación de la regulación urbanística, así como el otorgamiento de los permisos de fraccionamiento y urbanizaciones, se le han conferido a las municipalidades, como encargadas de la administración de los intereses y servicios locales, conforme el artículo 169 de la Constitución Política lo dispone.

En varias leyes nacionales, se encuentran algunas de las principales normas de aplicación urbanística que responsabiliza a los gobiernos locales del desarrollo urbano, tal y como se puede verificar en el Código Municipal, artículo 13, inciso o), la Ley de Planificación Urbana, la Ley de Construcciones y la Ley Orgánica del Ambiente.

Los artículos 15 y 19 de la Ley de Planificación Urbana reconocen la competencia que cada municipalidad dispone para planificar el desarrollo urbano dentro de los límites de su territorio. Estos poderes se materializan a través de la implementación de los planes reguladores, los cuales son la normativa de ordenamiento urbano de aplicación obligatoria para cada cantón, con base en la autorización del artículo 45 de la Constitución Política, el cual constituye el único mecanismo con el que se permite a los gobiernos locales, tener la iniciativa para imponer limitaciones al uso de la propiedad inmobiliaria, por demás de las existentes en leyes ordinarias.

Estas limitaciones tienden a impedir el desarrollo desordenado e impactante de las comunidades

o sus actividades económicas y pretender garantizar la coexistencia de las necesidades humanas de convivencia junto con el deber de brindar protección al medio ambiente.

Con respecto a la inoperancia del silencio positivo en materia de utilización de recursos naturales como es sabido, el silencio positivo es un instrumento propio del derecho administrativo y opera en toda aquella actividad fiscalizadora del Estado, cuando luego de transcurrido un plazo prudente que, en nuestro ordenamiento jurídico, es de un mes [salvo norma que disponga plazo contrario] después de presentada la solicitud, la Administración no fiscaliza la actividad, entonces se entiende por otorgada.

Se presenta para los permisos, autorizaciones, licencias, de conformidad con los numerales 330 y 331 de la Ley General de la Administración Pública. No obstante, esta regla no resulta de aplicación en materia ambiental, ya que el derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado está por encima. Sobre la materia, la Sala Constitucional ha señalado que:

[...] estas reglas –silencio positivo- no son de aplicación en materia de permisos de aprovechamiento de los recursos naturales (forestales, mineros, marinos, aguas de la Nación, fuerzas que derivan de los recursos hídricos, etc), [...], precisamente en virtud del valor superior (interés público) de la tutela del

ambiente, y precisamente por la conceptualización del derecho ambiental como un derecho fundamental [...]. (op. cit).

Este principio fue consagrado por la Sala Constitucional para los recursos forestales. Sin embargo, dado que la protección se da para toda la naturaleza, se entiende que rige para toda la materia ambiental, ya que la no aplicación del silencio positivo en materia ambiental podría señalarse que encuentra su justificación en el valor superior; es decir, el interés público de la tutela del ambiente como un derecho fundamental. A nivel legal, se ha consagrado este “principio” de manera expresa como en la Ley Forestal es una de ellas, al disponer, de una forma muy amplia y clara que, en materia de recursos naturales, no opera el silencio positivo.

El problema es que debería encontrarse de manera más directa y expresa su consagración como principio, ya que como es sabido, una de las formas de proteger el ambiente es precisamente impidiendo que, por la inercia de la Administración, se puedan tener por otorgados permisos para la explotación de los recursos naturales que generarían, en muchos casos, daños irreparables al medio ambiente o, incluso, la pérdida de algunos de sus componentes.

Si bien el silencio positivo tuvo su origen en el derecho municipal, donde abundan las autorizaciones y aprobaciones, y este derecho está directamente relacionado con el tema urbano, lo que, a su vez, repercute en derecho ambiental, en esta área hay una prevalencia en carácter de excepción. Así, aun cuando en derecho

municipal, la regla es el silencio positivo frente a las autorizaciones, aprobaciones y licencia, frente a derechos preconstituidos o labores de fiscalización, cuando pueda existir (en tanto no es necesario que exista bastando el peligro real o potencial), prevalecerá el derecho ambiental y se considerará para todos los efectos que la respuesta es negativa, en beneficio del ambiente.

En el voto n.º 00015-2004, el Tribunal Contencioso Administrativo se refirió a un caso no perteneciente a la materia forestal: el permiso de uso en una zona de manglar para el cultivo de camarones. Según dicho Tribunal:

Cabe decir, finalmente, que en el caso de autos no se trataba de una solicitud para el aprovechamiento o manejo del recurso forestal propiamente, sino de permiso de uso y consiguiente ocupación de esas superficies, para el cultivo en ellas de camarones. No siendo cierto, como se afirma, que en esa actividad humana no estuvieran de por medio la vida o fauna silvestre, ya que para ese cultivo se aprovechan, precisamente, las naturales condiciones de esas áreas – temperaturas del agua y nutrientes del suelo– que físicamente constituyen – como dice la exposición de motivos del decreto ejecutivo 22550-MIRENEM –, “el hábitat de especies de fauna y flora silvestre, algunas de las cuales se encuentran en vías de extinción

o con poblaciones reducidas”. En que, por el sólo hecho de la intervención humana y sin que se quiera, de una u otra manera se impacta el ecosistema natural existente. Resulta improcedente, por eso mismo, la invocación de la doctrina de los hechos consumados – y, en particular la falta de prueba del daño ambiental – como justificación de la aplicación y aceptación del silencio positivo.

Por último, en cuanto a la participación ciudadana en los asuntos ambientales, se consagra en un principio cuyo fundamento se extrae de los artículos 27, 30 y 50 constitucionales, por cuanto la ciudadanía tiene derecho al acceso a la información de que se dispone y a la divulgación de ella para la toma de decisiones. La participación ciudadana constituye una consecuencia del principio democrático y abarca el derecho a la información relativa a los proyectos ambientales o que puedan causar una lesión a los recursos naturales y el medio ambiente y la garantía de una efectiva participación en la toma de decisiones. Por su parte, el artículo 10 de la Convención de Río elevó la participación a rango de principio en materia ambiental al disponer que:

el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda.

En el plano nacional, toda persona debe tener adecuada formación sobre el medio ambiente que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. (Lo resaltado no corresponde al original).

En el derecho español, su propia Constitución contiene la participación ciudadana en el artículo 129.1 al señalar que: “La Ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los Organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general”.

Además de la fundamentación constitucional, en nuestro ordenamiento, la Ley Orgánica del Ambiente contempla este principio al igual que el Reglamento sobre Procedimientos de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, incluso establece la realización de una audiencia pública en el procedimiento del estudio de impacto ambiental. Pero el ordenamiento jurídico costarricense no está

al margen de este importante postulado, ya que en un Estado democrático de derecho como el nuestro, la participación de la población es uno de los pilares fundamentales y debería fortalecerse más.

En la sentencia n.º 06184-2007, la Sala Constitucional señala que:

El principio de participación ciudadana en la toma de decisiones se ha convertido en uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el sistema democrático. En nuestro país, el legislador constitucional recogió el principio de cita en el artículo 9 de la Constitución Política al disponer que el Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Asimismo, tanto a nivel constitucional como legal, se han establecido una serie de mecanismos que buscan que el principio antes mencionado pueda ser aplicado en forma efectiva, y no quede únicamente en el papel, tales como el referéndum o la iniciativa popular en la formación de leyes.

Caben resaltar el rol de los pueblos indígenas y el deber del Estado de asegurar su participación, dado que han sido grupos históricamente segregados. La Sala Constitucional se ha referido al respecto en la sentencia n.º 17058-2012:

Una de las manifestaciones en que se puede ejemplificar ese derecho de participación de las comunidades indígenas en la toma de decisiones consiste en su derecho a pronunciarse cuando determinada investigación y utilización de los recursos naturales involucre directamente alguna afectación a sus intereses o conocimiento tradicional asociado. En estos casos, existe la obligación de consultarles las disposiciones administrativas o legislativas que de forma directa incidan sobre la estructura, organización y vida de la comunidad indígena, no así aquellas cuyos resultados afecten de forma eventual, aleatoria o meramente circunstancial. No es exacto, entonces, que la discrecionalidad de la consulta para el Estado sea aplicable a las comunidades indígenas cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, porque con claridad meridiana el Convenio N° 169 impone este deber; en los términos del artículo 6 inciso a), como una obligación, no una potestad a discreción estatal.

En la sentencia n.º 2000-8019 de las 10:18 horas del 8 de septiembre de 2000, este tribunal dispuso que:

En criterio de la Sala, pues, antes de que el Estado emprenda directamente o autorice actividades a favor de un particular, respecto de cualquier programa de prosecución o explotación de recursos existentes en las regiones que alcanzan los territorios indígenas, resulta vinculante para el Gobierno central instaurar un proceso de consulta.

La jurisprudencia de la Sala ha sido clara en sostener que, para que proceda la consulta a los pueblos indígenas (en los términos en que lo exige el Convenio n.º 169 de la OIT), debe existir una relación directa del tema que se pretende regular con los intereses de las poblaciones indígenas (véase la sentencia n.º 2008-013832 de las 08:38 horas del 11 de septiembre de 2008).

A manera de conclusión

Una vez analizados los alcances de las sentencias n.º 041-2013 de las dieciséis horas y quince minutos del treinta de abril de dos mil trece y la n.º 083-2013 de las siete horas con cuarenta y cinco minutos de dos mil trece (entre otros), ambas de la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resulta evidente el esfuerzo por realizar un estudio sistemático del tema de los principios del derecho ambiental reconociendo cuando menos los principios de igualdad, la tutela del ambiente a cargo del Estado, la sostenibilidad en el uso de los recursos naturales, el de calidad del

ambiente, solidaridad (con sus subprincipios), el principio precautorio, el principio preventivo, el de publicidad, restaurabilidad, el que contamina paga, realización de estudio de impacto ambiental como acto previo, el estado de necesidad como excepción al cumplimiento de las normas ambientales, la ausencia de recursos económicos de las instituciones públicas no es excusa para la omisión de dar protección al ambiente, el principio de coordinación y el de participación ciudadana.

La posibilidad de poder indicar que el tema se encuentra acabado está lejos; pero al menos, es posible señalar que los tribunales de la materia han dado algunos pasos importantes.

Bibliografía

- Bandeira de Mello, Celso Antonio. (1983). Figuras jurídicas del planeamiento urbano en el Brasil. En: Derecho y planeamiento urbano. Buenos Aires. Argentina: Editorial Universidad, pp. 388 y 389.
- Calzada, Ana Virginia. (1997). Garantías e implicaciones constitucionales del medio ambiente. En Apuntes sobre el sector justicia al derecho ambiental. Costa Rica, p. 286.
- Carceller Fernández Antonio. (1992). Instituciones de derecho urbanístico. Quinta edición. Madrid, España: Editorial Montecorvo, S. A. p. 333.
- Franco del Pozco, Mercedes. (2000). “El derecho humano a un medio ambiente adecuado”. En Cuadernos de Derechos Humanos. Bilbao, p. 21.
- Jinesta Lobo. (s. p. p.). Las medidas cautelares atípicas en el proceso contencioso administrativo. En la Dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso- Administrativo, p. 171.
- Loperena Rota, Demetrio. (1998). Los principios del derecho ambiental. Sin editorial, s. n. p., p. 62.
- Loperena Rota, Desiderio. (1998). Los principios del derecho ambiental. España, s. editorial, s. n. p. 1998, p. 93.
- Martínez, María Paulina. (2008). “El principio precautorio”. En Protección ambiental. Argentina, p. 122.
- Milano, Aldo. (2005). El principio precautorio. s. a. p., sin editorial, pp. 55 a 58.
- Organización de las Naciones Unidas. (1992). Principio 7 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Editorial ONU, s. n. p.
- Real Ferrer. (1994). El principio de solidaridad en la Declaración de Río. Sin editorial, s. n. p., p. 78).
- Real Ferrer. (1994). El principio de solidaridad en la Declaración de Río. Sin editorial, s. n. p., p. 78.
- República de Costa Rica. (2006). Ley General de Control Interno N.º 8292. 2^{da}. ed., San José, C.R., IJSA,
- República de Costa Rica. (2001). Código Ambiental. 3^{era} ed., S. J., C.R.: Editorial Porvenir,

- República de Costa Rica. (1989). Convenio Centroamericano para la Protección del Ambiente y Desarrollo.
- República de Costa Rica. (1993). Convenio Centroamericano sobre Cambio Climático. Guatemala.
- República de Costa Rica. Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono.
- República de Costa Rica. Convenio Marco de la ONU sobre el Cambio Climático.
- República de Costa Rica. (1992). Convenio sobre la Diversidad Biológica y Río de Janeiro.
- República de Costa Rica. Cumbre Ecológica Centroamericana para el Desarrollo Sostenible. ALIDES.
- República de Costa Rica. Declaración de Río.
- República de Costa Rica. (1995). Ley Orgánica del Ambiente, N.º 7554.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 00208 del 26 de mayo de 2017.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 2000-9773.
- República de Costa Rica, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 2000-9773.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 6322-2003.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 00392 del 16 de enero de 2007.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 06184 del 8 de mayo de 2007.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 10540 del 7 de agosto de 2011.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 17058 del 5 de diciembre de 2012.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 1763-94.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 1763-94.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 2000-8019 de las 10:18 horas del 8 de septiembre de 2000.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 2001-05737, de las catorce horas cuarenta y un minutos del veintisiete de junio de dos mil uno.

- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 2008-013832 de las 08:38 horas del 11 de septiembre de 2008.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 4423-93.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 4423-93.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 6322-2003.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 6322-2003.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 6322-2003.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 6503-2001
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 9193.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 9193.
- República de Costa Rica. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 212-2008 de las 8:15 horas del 25 de marzo de 2008.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Voto n.° 04399 del 14 de diciembre de 2010.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II. Voto n.° 349 del 11 de agosto de 2006.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo. Sección IV. Voto n.° 00066 del 13 de julio de 2006.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Voto 04399 del 14 de diciembre de 2010.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Voto n.° 00015 del 27 de febrero de 2004.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso administrativo, Sección IV. Voto n.° 041-2013 de las dieciséis horas y quince minutos del treinta de abril de dos mil trece.
- República de Costa Rica, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Voto n.° 083-2013 de las siete horas con cuarenta y cinco minutos de dos mil trece.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX. Voto n.° 00053 del 30 de Junio de 2009.
- República de Costa Rica, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V. Voto n.° 00058 del 12 de junio del 2013.
- República de Costa Rica, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V. Voto n.° 241 del 7 de diciembre del 2011.

- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo. Voto n.º 00219 del 16 de junio de 2011.
- República de Costa Rica, Tribunal Contencioso Administrativo. Voto n.º 02794 del 27 de octubre de 2016.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo. Voto n.º 219 del 30 de mayo de 2013.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo. Voto n.º 405-95.
- República de Costa Rica. (1997). Constitución Política. Ediciones SEINJUNSA,
- República de Costa Rica. (2006). Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. 1^{era} ed., San José, C.R, IJSA,
- República de Costa Rica. (1942). Ley de Aguas, N.º 276.
- República de Costa Rica. (1994). Ley de Hidrocarburos, N.º 7399,
- República de Costa Rica. (2006). Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos y su Reglamento. 3^{era} ed., San José, C.R, IJSA.
- República de Costa Rica. (1998). Ley de la Biodiversidad, N.º 7788.
- República de Costa Rica. Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Ediciones.
- República de Costa Rica. Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. La Gaceta n.º 82, Alcance n.º 11, del 29 de abril de 2005.
- República de Costa Rica. (1996). Ley Forestal N.º 7575.
- República de Costa Rica. (1997). Ley General de la Administración Pública. Ediciones SEINJUNSA.

*Jurisprudencia
comentada*

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Lic. Ileana Bejarano Ugalde *

Dr. Ricardo Antonio. Madrigal Jiménez**

RESUMEN

El presente artículo pretende evidenciar cómo la jurisdicción contencioso-administrativa ha venido de forma sistemática reconociendo los principios del derecho ambiental. Si bien solo existe consistencia en algunos de ellos, mientras que en otros de forma tímida se aprecia su reconocimiento, aun cuando existen criterios contradictorios, no por ello deja de ser valioso el avance que se ha dado en la materia. Entre los principios que se han reconocido están los de igualdad, la tutela del ambiente a cargo del Estado, la sostenibilidad en el uso de los recursos naturales, el de calidad del ambiente, solidaridad (con sus subprincipios), el principio precautorio, el principio preventivo, el de publicidad, restaurabilidad, el que contamina paga, la realización de estudio de impacto ambiental como acto previo, el estado de necesidad como excepción al cumplimiento de las normas ambientales, la ausencia de recursos económicos de las instituciones públicas no es excusa para la omisión de dar protección al ambiente, el principio de coordinación y el de participación ciudadana.

Palabras Claves: Principios del derecho ambiental: - principio precautorio – principio preventivo – principio quien contamina paga – principio de realización de estudio de impacto ambiental como acto previo - del estado de necesidad como excepción al cumplimiento de las normas ambientales.

ABSTRACT

This article intends to show how the contentious-administrative jurisdiction has been systematically recognizing the principles of environmental law. Although there is only consistency in some of them, while others are timidly appreciated, even when there are conflicting criterias about it, the progress made in the subject is still valuable. Among the principles that have been recognized are: those of equality, the State's protection of the environment, sustainability in the use of natural resources, the quality of the environment, solidarity (with its sub-principles), the precautionary principle, the preventive principle, advertising, restorability, polluter pays, conducting environmental impact study as a previous act. The State's necessity as an exception to compliance with environmental regulations, the absence of financial resources from public institutions isn't excuse for the omission of protecting the environment, the coordination principle and citizen's participation.

Keywords: Principles of environmental law - precautionary principle- preventive principle - the polluter pays principle - carrying out an environmental impact study as a prior act - the state of necessity as an exception to compliance with environmental regulations.

Recibido 14 de octubre de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019

**Licenciada en Enfermería y Derecho, especialista en derecho Notarial y registral. Tiene dominio avanzado del idioma inglés y actualmente cursa el nivel intermedio en idioma alemán. Se desempeñado tanto en el sector público como en el sector privado, en temas que combinan ambiente, salud y derecho. ilebejarano@gmail.com*

*** Doctor en derecho y derecho administrativo, con estudios de postgrado en penal, constitucional y derecho administrativo. Maneja varios idiomas. Ha trabajado tanto como para el ejercicio privado como para la Administración Pública y para la Administración Judicial, tanto en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el Ministerio Público, como en la Judicatura (tanto en materia Penal como Contenciosa Administrativa), exmagistrado suplente de la Sala Constitucional; actualmente es Juez en el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. drramadrig@gmail.com*

INTRODUCCIÓN

El numeral 50 de la Constitución Política de Costa Rica consagra el derecho de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La norma en cuestión establece, a su vez, la obligación del Estado de velar por la fiscalización y tutela del ambiente, lo que incluye el conjunto de recursos naturales, pero, además, el paisaje y los recursos culturales. La versión actual de dicha norma fue el resultado de la reforma introducida en 1994, mediante la Ley N.º 7412 del 24 de mayo de 1994, publicada en La Gaceta n.º 111 del 10 de junio de ese mismo año. El fenómeno de la tutela constitucional al ambiente se termina de concretar con la reforma del precepto 46 de la Constitución Política, realizada mediante la Ley N.º 7607 del 29 de mayo de 1996, publicada en el Diario Oficial n.º 115 del 18 de junio de 1996, mediante la cual, incorpora los derechos de la persona consumidora dentro del ámbito de las garantías individuales, como equilibrio de los derechos de producción, industria, comercio y prohibición de monopolios.

A partir de allí, el derecho ambiental se ha positivizado mediante un número importante de leyes, decretos y reglamentos, y de los tratados internacionales que, antes de este proceso de replanteamiento normativo, se encontraban vigentes. Encuentra soporte además en múltiples tratados o instrumentos internacionales. Solo a modo de ejemplo, el derecho al ambiente se encuentra regulado en los ordinales 8.1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos.

La legislación patria es prolija en cuanto a las regulaciones que buscan implementar acciones

de resguardo del medio, estableciendo no solo las competencias de los diversos órganos y entes administrativos encargados de concretar ese mandato dado por el constituyente derivado, sino también estatuye una serie de acciones que se entienden transgresoras de tal bien jurídico, señalando allí mismo, en aplicación directa del principio de tipicidad y legalidad, las sanciones, o bien, las consecuencias jurídicas que se desprenden de las infracciones ecológicas.

Es claro que la protección del ambiente se ha convertido en una línea sostenida en el marco de la producción legislativa. El diseño esencial del Estado social de derecho que impera en nuestro medio exige la traslación al Estado de la tutela y resguardo primario de los recursos naturales, de eso no hay duda alguna.

Empero, la tutela del ambiente dista de ser un aspecto que incumba solo al Poder Público. Es evidente que es un tema que trasciende la esfera competencial administrativa, dada la extensión de ese bien jurídico, lo que lleva, inexorablemente, a un compromiso generalizado en toda persona, pública o privada, física o jurídica de su protección. Lo anterior sienta las bases para afirmar el compromiso público de esta protección, lo que se observa en una doble perspectiva. Por un lado, en la arista activa, toda persona se encuentra plenamente legitimada para reclamar contra las acciones u omisiones que comporten una lesión actual o potencial al ambiente.

Esto no se agota en los reclamos de responsabilidad civil cuando el daño ya se ha concretado; esto es, cuando el ambiente ha sufrido un detrimento merced del

comportamiento humano. En este punto, debe ampliarse el espectro al derecho de reclamar al Estado o bien a otros terceros que puedan entenderse obligados en este sentido, a emprender las acciones de tutela preventiva, como podría ser el caso de la eliminación de actividades de riesgo, la revisión y análisis de conductas que puedan considerarse lesivas al medio o bien a establecer la protección jurídica de dicho bien, sea por actos formales o por acciones concretas.

La declaración constitucional citada al inicio despliega un derecho que, incluso, se ha considerado como de tercera generación, cuyo sujeto receptor no se agota en dimensión subjetiva particular. Más bien, lo es de carácter general, atañe a la colectividad, lo que no consiste en una simple suma de intereses individuales, sino en un derecho colectivo. Es decir, la tutela del ambiente dista de ser un tema que confiera una legitimación de reclamo a un solo sujeto. Sus alcances en términos legitimantes son propios de acciones colectivas o difusas que permiten cualquier sujeto que guarde un margen relativo. Al menos, con la incidencia ecológica, podrá reclamar la tutela como pretensión genérica.

Desde luego que ello no es así cuando se ingresa en la dinámica del daño al ambiente, pues, en este caso, existen matices que infra serán levemente abordados, dada la naturaleza de este artículo, lo que haría imposible abordar con la propiedad debida esa temática, sin perjuicio del señalamiento de algunas cuestiones elementales sobre el particular.

A nivel jurisprudencial, si bien, la Sala Constitucional ha dedicado algún esfuerzo en señalar algunos principios en la materia; pero no es posible negar que su análisis se limita a unos pocos principios y no de forma articulada.

Por su parte, la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien por muchos años solo había dedicado tiempo a considerar el principio indispensable para la solución del caso en concreto de manera reciente, mediante los votos n.º 041-2013 de las dieciséis horas y quince minutos del treinta de abril de dos mil trece y el n.º 083-2013 de las siete horas con cuarenta y cinco minutos de dos mil trece (entre otros), ambas de la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, realiza un esfuerzo importante para establecer un listado (siempre como números apertus) de aquellos nortes más reconocidos a nivel jurisprudencial y legal.

Este artículo pretende exponer en síntesis el desarrollo realizado por la jurisprudencia en consideración. No esta demás indicar que el artículo no pretende criticar lo realizado a nivel jurisprudencial, sino que se limitará a comentarlo o resumirlo, siguiendo la misma línea de razonamiento del tribunal en las resoluciones de referencia. Naturalmente se seguirá el orden de la referida sentencia, sin perjuicio de ir más allá, en otras resoluciones que analizan principios concretos. De esa manera, se omitirán realizar citas literales, en tanto que la totalidad del texto presenta la misma fuente.

Sobre los principios del derecho ambiental: El derecho ambiental como derecho autónomo que es, cuenta con principios propios, los cuales

orientan la actividad ambiental. La mayor parte de estos principios se encuentran recogidos, de uno u otro modo, en los textos legales o al menos señalados por la jurisprudencia.

Asimismo, debe recordarse que el artículo 50 constitucional consagra el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y que del mismo numeral se deriva una serie de principios que se analizarán en la presente sección. La doctrina especializada ha señalado como principios rectores en la materia cuando menos los de igualdad, de la tutela del derecho ambiental a cargo del Estado, sostenibilidad, principio del uso racional de los recursos, a fin de que exista el necesario equilibrio entre el desarrollo del país y el derecho al ambiente, de la calidad ambiental, principio de solidaridad, principio Precautorio, principio preventivo, publicidad, restaurabilidad, “el que contamina, paga”, de la realización del estudio de impacto ambiental previo a la iniciación de obras, solo el Estado de Necesidad declarado excepciona el cumplimiento de las normas ambientales, la falta de recursos económicos de las instituciones públicas no es excusa que justifique la omisión de dar protección al derecho ambiental, coordinación para garantizar la protección del medio ambiente, la lesión a este derecho ambiental se da tanto por acción como por omisión, inoperancia del silencio positivo en materia de utilización de recursos naturales y la participación ciudadana en los asuntos ambientales. Pasemos en seguida a considerar los señalados jurisprudencialmente.

Si bien los principios de cada área del derecho permiten interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito

y tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, lo cierto es que, en materia de derecho ambiental, su alcance es mucho mayor. La imposibilidad de generar normas donde se regulen todas las conductas que afectan al derecho ambiental hace que una considerable cantidad de casos se resuelva por vía de principios, en ausencia de norma concreta. De allí surge la importancia de hacer explícita su enunciación.

La igualdad de las personas ante la ley, sin ningún tipo de discriminación, es un derecho fundamental recogido en nuestro ordenamiento por el artículo 33 de la Constitución Política y se halla establecido también en el artículo 24 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El derecho al medio ambiente y a su protección se encuentra también protegido por este principio de igualdad, el cual debe aplicarse a la materia. De este modo, todos los seres humanos tienen por igual el derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado y acceder a la justicia sin discriminación alguna para hacer valer sus derechos en caso de haber visto violentado el derecho a un ambiente sano (de manera directa o indirecta).

El artículo 50 constitucional declara que toda persona tiene derecho a un ambiente sano y equilibrado. El artículo 2, inciso a) de la Ley Orgánica del Ambiente contiene dicho principio al declarar que el ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la Nación y, por ello, tanto a nivel institucional (del Poder Ejecutivo) como jurisdiccional, los ciudadanos tienen derecho a un trato igualitario.

Precisamente, debido al principio de igualdad, donde todos los ciudadanos tienen derecho a un ambiente sano y equilibrado, y debido a que existe un interés público, el Estado debe velar por la protección de patrimonio natural.

En la sentencia n.° 00241-11 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V, se menciona que:

El derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución Política a través del artículo 50, a poseer un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, establece para el Estado y para los particulares el deber de brindar protección, tutela y defensa de ese derecho, lo anterior mediante el establecimiento de mecanismos que logren una verdadera y efectiva tutela del mismo y procurar a su vez la satisfacción del interés público. Para cuyo cumplimiento se ha brindado a través del ordenamiento jurídico una especial protección a la tutela del Patrimonio Natural del Estado, el que, se encuentra integrado por un lado, por las áreas silvestres protegidas, en cualquiera de sus categorías de manejo (Reservas Forestales, Zonas Protectoras, Reservas Biológicas, Refugios Nacionales de Vida Silvestre, etc., artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente), así como por los demás bosques y terrenos forestales o de aptitud forestal que pertenecen al Estado e instituciones públicas (artículo 13 de la Ley

Forestal). Cabe resaltar que estar en igualdad ante la ley comprende tanto los derechos como los deberes. En otras palabras, todos los ciudadanos pueden reclamar su derecho a un ambiente sano, pero así también todos tienen el deber de proteger los recursos naturales y procurar un ambiente equilibrado.

El principio de la tutela del derecho ambiental a cargo del Estado se extrae también del artículo 50 constitucional, derivando la obligación del Estado de ejercer una función tutelar y rectora en materia ambiental.

Al respecto, la Sala Constitucional ha señalado que el Estado debe:

asegurar y proteger el derecho contra algún riesgo o necesidad, defender es vedar; prohibir e impedir toda actividad que atente contra el derecho, y preservar es una acción dirigida a poner a cubierto anticipadamente el derecho de posibles peligros a efectos de hacerlo perdurar para futuras generaciones. El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y no hacer; por un lado debe abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro lado debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales. (Voto n.° 9193 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

La Sala Constitucional desarrolla de tal manera todas las acciones que comprende la tutela que el Estado debe ejercer en aras de proteger el medio ambiente, incluyendo tanto un comportamiento de hacer como de no hacer, ya que, por una parte, debe abstenerse de cometer algún acto en contra del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y, por otra parte, debe adoptar una conducta activa, en el sentido de dictar las medidas y regulaciones que estime pertinentes para el resguardo de este derecho.

El Ministerio del Ambiente y Energía constituye el órgano rector en la materia de estudio (no está de más recordar que ese Ministerio ha cambiado de nombre) de conformidad con el numeral 2 de la Ley Orgánica de este Ministerio. También se debe indicar que la figura del Estado como sujeto, el cual está llamado a ejercer la tutela en materia ambiental, es un ministerio donde recae la rectoría. Pero, además, para que esta función de protección del medio ambiente sea real y efectiva, es necesaria la participación de una serie de entes y órganos estatales, los cuales, en coordinación con el Ministerio del Ambiente y Energía (en aquel entonces), están llamados a interactuar (como lo son las municipalidades).

Por ejemplo, las municipalidades son las que deben aprobar los proyectos de nivel urbanístico. La jurisprudencia contencioso-administrativa ha señalado que “los gobiernos municipales ostentan el poder-deber de asegurar que todo proyecto de desarrollo que se plantee en sus comunidades cumpla a cabalidad con todos los requerimientos legales y técnicos que garanticen su efectivo desarrollo de la manera más sostenible posible, en apego estricto a la legalidad” (sentencia

n.º 00219-2011 del Tribunal Contencioso Administrativo).

Dicho de otra manera, los gobiernos locales son los llamados a velar para que el crecimiento urbano se desarrolle de forma que haya una adecuada distribución de los recursos naturales para asegurar la seguridad y salubridad de las comunidades. Bajo ese entendido, el Tribunal mencionado supra suspendió los proyectos de construcción (de forma definitiva) gestionados por una municipalidad, en aplicación del principio precautorio, debido a que existía peligro de daño grave e irreversible al recurso hídrico.

La sostenibilidad en el uso de los recursos naturales es uno de los principios aceptados universalmente y con perspectiva jurídica. De acuerdo con un informe de las Naciones Unidas, el desarrollo sostenible es el desarrollo capaz de satisfacer las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas (Loperena Rota, Demetrio. (1998). Los principios del derecho ambiental, p. 62).

Por su parte, el artículo 2, incisos a) y b) de la Ley Orgánica del Ambiente establece la obligación del Estado y los particulares de participar en la conservación y utilización sostenible del ambiente, y el derecho de todos de disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente sostenible para desarrollarse. Asimismo, se ha señalado que el deterioro al ambiente condiciona las posibilidades de desarrollo humanas, por lo que se ha vuelto común utilizar el término de “desarrollo sostenible,” el cual encierra ambos derechos.

En ese sentido, la Sala Constitucional ha definido “desarrollo sostenible” como:

una de esas políticas generales que el Estado dicta para ampliar las posibilidades de que todos puedan colmar sus aspiraciones a una vida mejor, incrementando la capacidad de producción o bien, ampliando las posibilidades de llegar a un progreso equitativo entre un crecimiento equitativo entre un crecimiento demográfico o entre este y los sistemas naturales. Es el desarrollo sostenible, el proceso de transformación en la utilización de los recursos, orientación de las inversiones, canalización del desarrollo tecnológico, cambios institucionales y todo aquello que coadyuve para atender las necesidades humanas del presente y del futuro. (Voto n.º 1763-94).

Por ejemplo, en la sentencia n.º 02794-2016 el Tribunal Contencioso Administrativo dictó que, si bien es cierto, la parte actora tiene el derecho fundamental de petición y pronta respuesta, el Estado debe velar por el derecho al medio ambiente. En este caso particular, este Tribunal indicó que:

entiende ajustada a derecho la justificación dada por la representación del Estado en la cual explica, con fundamentación de orden técnico-científica, que

no es posible dictar el respectivo acto final a la solicitud de concesión de aprovechamiento de la parte actora, toda vez que los estudios deben ser realizados en diversos períodos del año en los cuales el caudal del río tiene variaciones, considerando entre otros el impacto ambiental y la eventual afectación del suministro del recurso hídrico para las comunidades y en general para la sostenibilidad del ecosistema del cual el río forma parte.

De lo anterior se rescata que, en los casos de concesión, se debe hacer el análisis científico respectivo que considere el uso sostenible de los recursos en la actualidad de forma que asegure el acceso de estos a las comunidades futuras.

A fin de que exista el necesario equilibrio entre el desarrollo del país y el derecho al ambiente, el principio del uso racional de los recursos está muy relacionado con el principio anterior, incluso podría pensarse en que es parte de este. El presente principio (uso racional de los recursos) se encuentra con fundamento constitucional en el artículo 69 de la Constitución. Ahora bien, en este principio, encontramos un componente ideológico, lo cual genera, en algún modo, algunos problemas al momento de su aplicación, ya que comprende además conceptos jurídicos indeterminados, como lo son el uso racional y el necesario equilibrio entre el desarrollo y el medio ambiente.

Estos conceptos muchas veces generan incertidumbre al momento de su aplicación. La Administración pública es la encargada de determinar este punto de equilibrio y, en última instancia, lo serán los órganos jurisdiccionales. Sobre el principio en estudio, la Sala Constitucional ha señalado que:

[...] la protección del ambiente debe encaminarse a la utilización adecuada e inteligente de sus elementos y en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicos y de orden político (desarrollo sostenible), para con ello salvaguardar el patrimonio al que tienen derecho las generaciones presentes y futuras.

Por ello, el objetivo primordial del uso y protección del ambiente es que a través de la producción y el uso de la tecnología, se obtengan no sólo ganancias económicas (libertad de empresa) sino sobre todo un desarrollo y evolución favorable del medio ambiente y los recursos naturales con el ser humano, esto es, sin que se cause daño o perjuicio [...] (voto n.º 6322-2003).

Por tal manera, la protección del ambiente debe encaminarse a la utilización adecuada de sus elementos, ya que es necesaria la conservación del medio ambiente, pero también es indispensable la utilización de sus recursos para emprender procesos de desarrollo en beneficio de la sociedad en general. Esta, a su vez, por una parte, demanda la protección

del ambiente, y, por otro lado, el desarrollo del país, el cual, en un país como el nuestro, en muchos de los casos, tiene su fundamento en las riquezas naturales. De tal manera, la Sala Constitucional ha manifestado que:

es preciso optar por el desarrollo sostenible, el cual satisface las necesidades del presente sin comprometer nuestra capacidad para hacer frente a las del futuro. Se trata en consecuencia, de una política cuyo núcleo es una planificación a largo plazo a través de políticas estatales, las cuales deben cumplir con todos los requisitos exigidos por las normas existentes y que lógicamente en este campo deben ser vistos con criterios restringidos, pues si se destruyen o se dañan los recursos naturales por una decisión precipitada o bien cuando las condiciones requeridas no son cumplidas, el desarrollo económico, social y político se afectará y decaerá, trayendo como consecuencia lógica la pérdida de la calidad de vida del ciudadano, y por ende, la pérdida de una riqueza invaluable que bondadosamente la Naturaleza nos ha regalado. Este desarrollo significa reconocer que deseamos tener acceso continuo a los recursos que posibiliten la vida y si hacemos expandir los beneficios del proceso industrial tenemos que estar concientes de

las implicaciones y limitaciones que supone este derrotero (voto n.º 4423-93).

A nivel jurisprudencial, además, del voto que se analiza, el Tribunal Contencioso Administrativo se ha referido respecto al Reglamento de Zonificación del Plan Regulador:

Es el primero, y tal vez más importante reglamento que debe acompañar a todo plan urbanístico, de conformidad con el artículo 21 inciso 1) de la Ley de Planificación Urbana, toda vez que, como su nombre lo indica, le corresponde la ordenación y determinación del uso del suelo, con vistas a un uso racional de la tierra y para asegurar condiciones y calidades ambientales de vida satisfactoria, con lo cual, condiciona el uso de la propiedad inmobiliaria, mediante la delimitación de áreas, según la categorización adoptada. (Bandeira de Mello, 1983, pp. 388 y 389.) De esta suerte, el régimen urbanístico del derecho de propiedad no es uniforme por el mero hecho de quedar el suelo sujeto al planeamiento, sino que difiere según el tipo de suelo en que resulta clasificada la finca de que se trate; lo cual evidencia la importancia de la zonificación. (Carcelle Fernández. 1992. p. 333.) Así, a partir de esta regulación se establece la definición exacta de los

usos posibles (permitidos) en cada zona, con la consecuente incidencia en el derecho de la propiedad; al condicionar dónde se puede y se debe residir, dónde se puede comerciar, dónde se han de prestar los servicios, dónde se ha de poder hacer la industria, y dónde se ha de poder recrear y entretener; lo cual nos lleva a considerar la seriedad con que debe ser formulada, que requiere, no sólo criterios de oportunidad y conveniencia, sino sobre todo técnicos y objetivos. Queda claro que el contenido del estatuto del suelo determina el ámbito del dominio y condiciona su ejercicio, diversificándose en situaciones favorecedoras de la iniciativa privada, y asimismo, establece vinculaciones que restringen su ejercicio. (Sentencia n.º 00219-2013).

Con lo anterior, se constata que los recursos naturales deben ser aprovechados según su tipo, y debe existir el planeamiento respectivo para abordar la explotación de los recursos.

El principio de la calidad ambiental constituye un parámetro fundamental de la calidad de vida, ya que ligado a la vida que cada individuo pueda llevar, a su vez se encuentra ligado el uso que se haga del ambiente para el propio desarrollo. Es así como el Tribunal Constitucional ha estimado que el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado implica el correlativo deber de proteger y preservar el medio, mediante

el ejercicio racional y el disfrute útil del derecho mismo (voto n.º 6233-2993).

En ese sentido, siempre y cuando se demuestre que alguna actividad es dañina para la salud, se estaría en presencia de una violación del principio en estudio. O bien, cuando alguna actividad económica implique la pérdida de un recurso natural importante, dicha actividad debe ser prohibida, porque de lo contrario, se estaría fomentando el deterioro al ambiente y, con ello, a la calidad de vida de las personas. Igualmente, se puede encontrar el fundamento del presente principio en el ya mencionado artículo 50 constitucional y, además, se encuentra contenido en instrumentos internacionales que garantizan la protección al medio ambiente (como la Declaración de Estocolmo).

Con respecto a lo anterior, la jurisprudencia en análisis se ha referido a un concepto amplio de ambiente que incluye el patrimonio cultural y lo relativo al ambiente urbano. En otras palabras, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado no debe pensarse como un concepto que está relacionado de forma exclusiva con las zonas protegidas del país, sino que debe contemplarse en el marco del desarrollo urbano:

Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico” (artículo 89). Esta última norma da directrices para que las autoridades públicas impulsen la protección del medio ambiente, entendido esto de una manera integral, sea, no entendido en su sentido

tradicional que se ha limitado al ámbito del recurso natural, lo que comúnmente se conoce como “lo verde”, en tanto se ha entendido que comprende los recursos naturales (bosques, agua, aire, minerales, flora y fauna, etc.), sino también en lo relativo al entorno en que se vive, que comprende, no sólo a las bellezas escénicas de la naturaleza, como el paisaje, sino también todo lo relativo a las ciudades y conglomerados urbanos y rurales, es decir, al concepto de lo urbano. Bien puede afirmarse que se trata de dos aspectos complementarios de una realidad, como las dos caras de una misma moneda: el ambiente natural y el ambiente urbano. Es así como se pretende un ambiente más humano, es decir, un ambiente que no sólo sea sano y ecológicamente equilibrado, sino también como un referente simbólico y dador de identidad nacional, regional o local. Así, el derecho fundamental a tener un ambiente sano y ecológicamente equilibrado -desarrollado ampliamente por la jurisprudencia constitucional- comprenderá, tanto sus partes naturales, como sus partes artificiales, entendiéndose por tales, el hábitat humano, lo construido por el hombre, sea, lo urbano, de manera que se mantengan libres de toda contaminación, tanto por los efectos y repercusiones que puede tener en la salud de las personas y demás seres vivientes, como por el valor intrínseco del ambiente [...]. (Sentencia n.º 00349-2016).

[En relación con el principio de solidaridad, por tratarse el derecho al ambiente de un derecho de tercera generación, se encuentra desarrollado bajo el valor de la solidaridad (así como el de libertad e igualdad fueron los principios y valores que respectivamente orientaron los derechos de primera y segunda generación). Se ha configurado

como un “auténtico principio jurídico formalizado, generador de obligaciones exigibles en el seno de las relaciones sociales” (Real Ferrer, 1994, p. 78). El principio de solidaridad implica y genera una responsabilidad colectiva para su realización, la cual es compartida, pero diferenciada.

En ese sentido, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 dejó establecido que:

Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes, pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el ambiente mundial y de las tecnologías y recursos financieros que disponen (Principio 7 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo 1992).

Con la aparición del principio de solidaridad, se vislumbran una humanización y preocupación no solo por el disfrute del derecho actual, sino también por la preservación de este para asegurar el disfrute a las generaciones futuras.

El derecho de las futuras generaciones implica a su vez una serie de derechos y deberes intergeneracionales relacionados entre sí y que, a su vez, se dividen en tres principios básicos:

a- Principio de conservación de opciones: se traduce en el derecho de cada generación a recibir la diversidad de los recursos naturales y el correlativo deber a mantenerlos, lo que implica una explotación racional y eficiente de los mismos.

b- Principio de conservación de la calidad: supone el derecho de todas las generaciones a recibir el planeta en condiciones de calidad óptimas y a su vez un correlativo deber de conservarlas y transmitir las a futuras generaciones para que no las reciban en peores condiciones.

c- Principio de conservación de acceso: el derecho de acceso equitativo al legado de las generaciones pasadas y el deber de procurarlo a todos sus miembros (Franco del Pozco, 2000, p. 21).

La Sala Constitucional se ha pronunciado al respecto del principio de solidaridad ambiental en la sentencia n.º 10540-2011. Por un lado, se menciona la participación solidaria de los Estados en pro de la protección del medio ambiente: “toda actividad relativa a la protección, conservación y explotación de los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo marino, dentro de las zonas descritas por la norma y por los tratados internacionales, se regirá por los principios del Derecho Internacional”.

Sin embargo, ese mismo tribunal señala que el derecho internacional ha cambiado mucho en las últimas décadas. Por ejemplo, la regulación de la actividad pesquera se ha visto modificada por el derecho internacional ambiental: “Prácticas que otrora se consideraron lícitas y recomendables, hoy se oponen abiertamente a estos nuevos principios”. Y con ello, la regulación nacional ha tenido que evolucionar y contemplar la protección de los recursos desde una perspectiva más global y de responsabilidad solidaria.

En esta misma sentencia, la Sala Constitucional también se refiere al principio de solidaridad contemplado en la Carta Magna: “El elemento social del desarrollo sostenible se verifica también en el componente de justicia social propio del Estado de Derecho y que ha sido recogido por nuestra Constitución Política.

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.

Por su parte, el principio precautorio es uno de los principios más desarrollados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y se le ha considerado como principio esencial componente del derecho ambiental.

Las Administraciones públicas tienen la obligación de actuar en protección del derecho de todos al medio ambiente, y es así como se han delineado principios de actuación administrativa propios de la protección del medio ambiente y que particularizan este ámbito.

El principio precautorio, también llamado como principio de la evitación prudente, adquiere fuerza con la Declaración de Río de 1992 (Cumbre de la Tierra); pero ya la idea venía desarrollándose en otros convenios internacionales como la Declaración de Estocolmo y La Carta Mundial de la Naturaleza. El artículo 15 de la Declaración de Río contiene este principio y señalar que:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

A nivel nacional, al artículo 11 de la Ley de Biodiversidad consagra el principio precautorio, prácticamente en los mismos términos que la Declaración de Río lo hace, y la Sala

Constitucional ha realizado un importante aporte al tema al disponer que:

[...] La prevención pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, el principio rector de prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar o contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible -o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior debido a que en materia ambiental la coacción resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas y socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados al ambiente. (Voto n.º 6322-2003 de la Sala Constitucional y n.º 2000-9773 del mismo tribunal).

El principio de precautorio ha planteado varias interrogantes, dentro de las cuales destacan: el problema de la reversión de la carga de la prueba en materia ambiental; el equilibrio que debe existir entre las medidas represivas y preventivas; y la motivación que debe darse a industrias y

otras empresas a través de políticas estimulantes de la protección del medio ambiente.

En lo concerniente a la reversión o inversión de la carga de la prueba, consiste en que el demandado es el llamado a ofrecer pruebas para desvirtuar el contenido de la pretensión, sin olvidar que al derecho ambiental le interesa más la prevención que la reparación del daño. Sin embargo, una vez ocurrida la acción que provocó el daño al ambiente, el interés se centra en la búsqueda de la mejor solución, tanto a nivel jurídico como práctico, teniendo claro que cualquier reparación que se realice nunca va a restituir en la totalidad la situación original.

Por lo anterior, podría resultar criticable la imposición de principios como “El que contamina paga”, ya que estaría en contra del ánimo de prevención que es uno de los pilares fundamentales del derecho ambiental, y más bien, se estaría fomentando el deterioro del ambiente a cargo del pago o resarcimiento económico del daño ocasionado; pero el derecho debe también establecer las medidas de reparación en caso de que las precautorias o preventivas no sirvan (como sucede en la práctica la mayoría de las veces).

La Sala Constitucional ha frecuentado en llamarlo también principio *in dubio pro natura* (voto n.º 2000-9773 de la Sala Constitucional) y señaló que comprendía una especie de inversión de la carga de la prueba, dado que, en caso de falta de certeza, sobre las consecuencias de una actividad, basta para no llevarla a cabo. Se ha establecido doctrinariamente que este principio se refiere a las políticas ambientales generales, y que para casos concretos, opera el principio preventivo.

En materia ambiental existe incertidumbre científica sobre los posibles daños que algún tipo de actividades puede ocasionar. El principio precautorio se refiere a la actitud cautelosa que se debe tomar cuando surja alguna duda razonable en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, ya sea para que se evite o para tomar las medidas necesarias para evitar el daño eventual. (Loperena Rota, 1998, p. 93).

En la sentencia n.º 00053-2009, el Tribunal Contencioso Administrativo menciona sobre el principio precautorio que:

La prevención pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, el principio rector de prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible –o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior debido a que en materia ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia

moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados en el ambiente.

Además, agrega que: “Bien entendido el principio precautorio, el mismo se refiere a la adopción de medidas no ante el desconocimiento de hechos generadores de riesgo, sino ante la carencia de certeza respecto de que tales hechos efectivamente producirán efectos nocivos en el ambiente”.

Para el caso de las aguas subterráneas contenidas en los mantos acuíferos y áreas de carga y descarga, el principio precautorio o de in dubio pro natura supone que, cuando no existan estudios o informes efectuados conforme a las regla unívocas y de aplicación exacta de la ciencia y de la técnica que permitan arribar a un estado de certeza absoluta acerca de la inocuidad de la actividad que se pretende desarrollar sobre el medio ambiente o estos sean contradictorios entre sí, los entes y órganos de la administración central y descentralizada deben abstenerse de autorizar, aprobar o permitir toda solicitud nueva o de modificación, deben suspender las que estén en curso hasta que se despeje el estado dubitativo y, paralelamente, deben adoptar todas las medidas tendientes a su protección y preservación con el objeto de garantizar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En esencia, una gestión ambiental segura de las aguas subterráneas pasa por proteger el recurso antes de su contaminación o degradación.

El principio preventivo también está muy relacionado con el principio anterior, el principio preventivo (al extremo que mucha doctrina

sostienen que son lo mismo) se refiere a la proyección sobre las consecuencias perjudiciales ciertas de algunas actividades. El tratar de evitarlas con anticipación es el propósito de este principio; por ejemplo, en el caso de las políticas preventivas reflejadas mediante las evaluaciones de impacto ambiental. En casos concretos, este principio se traduce en la aplicación de medidas cautelares. El desarrollo doctrinario y legislativo de la tutela cautelar está centrado, como es lógico, en el proceso jurisdiccional.

Debido a la lentitud de los procesos y las verdaderas situaciones de injusticia que se pueden ocasionar por ello, la necesidad de implementar las medidas cautelares ha surgido en el derecho comparado. A pesar de ser esto así, la tutela cautelar no se circunscribe tan solo al ámbito jurisdiccional, sino que su aplicación también se contempla en los procedimientos administrativos. En los procedimientos de naturaleza ambiental, la importancia que ha adquirido la tutela cautelar es decisiva a la hora de ejercer el derecho de todos a un medio ambiente sano.

En sede jurisdiccional, las medidas cautelares tienen por función principal garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva, para que no sea una mera declaración de principios. De acuerdo con la doctrina nacional, existe un derecho fundamental a la tutela cautelar que forma parte del derecho a una justicia pronta y cumplida contenido en el artículo 41 constitucional. (Jinesta Lobo, s. a. p., p. 171). En este sentido, la jurisprudencia nacional ha manifestado que:

III. [...] Resulta obvio, que el derecho a la tutela cautelar y el deber correlativo del órgano jurisdiccional de actuarlo cuando concurren los presupuestos establecidos en la ley, cuya titularidad ostenta todo justiciable, posee una profunda raigambre constitucional, y más concretamente forma parte del haz de facultades que conforman el contenido esencial del derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida (tutela judicial efectiva o en los términos de la Sala Constitucional derecho general a la jurisdicción, artículo 41 de la Constitución Política).

En la sentencia n.º 04399-2010, el Tribunal Contencioso Administrativo se refiere al principio preventivo de la siguiente manera:

La doctrina y el Derecho Internacional se han encargado de consagrar una serie de principios rectores en materia ambiental que son de carácter universal, y que le otorgan a este ámbito del ordenamiento una singularidad y un régimen propio, pudiendo enumerarse dentro de dichos principios los siguientes: principio de igualdad, principio de sustentabilidad, principio del que contamina paga, principio

de legitimación procesal amplia, principio de restauración del daño, principio de participación ciudadana, principio preventivo y principio precautorio. De todos ellos interesa destacar para el caso concreto los principios preventivo, referido a aquellos casos en que exista oportunidad científica de medir los riesgos y recomendar medidas para el manejo de la actividad, y el principio precautorio o principio de la evitación prudente, éste último que se encuentra contenido y regulado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Río (1992), cuyo Principio 15 literalmente dispone: “Principio 15.- Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Como se explicó anteriormente, los principios preventivo y precautorio se diferencian por la certeza. Solo en el primer caso, hay certeza de que se producirá un daño debido a una actividad específica. Sin embargo, el principio precautorio

abarca la posibilidad tomar medidas a pesar de la falta de certeza. En ambos casos, la carga de la prueba no necesariamente recae en el actor. Se cita en esta misma sentencia lo siguiente:

Una consecuencia procesal que produce la aplicación del principio precautorio, es la inversión de la carga de la prueba, aspecto que está expresamente regulado en el artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, que dispone: “La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quién se le acuse de haber ocasionado daño ambiental”, norma que debe verse en estrecha relación el artículo 5 de la misma Ley, que señala que lo establecido en esa legislación servirá de marco de interpretación del resto de las normas que regulan la materia objeto de dicha Ley. Esto quiere decir que en materia ambiental se rompe el clásico esquema de que “quién demanda debe probar”, y adquiere un papel preponderante la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual, “se traslada la carga a quién, a raíz de su situación personal, se halla en mejores condiciones para acercar la probanza al proceso, sin que importe si es el actor o el demandado.

En tal sentido, se puede sostener que no existe una tutela judicial pronta y cumplida –efectiva– sin una cautelar flexible y expedita (voto n.º 405-95 de este Tribunal, lo resaltado no corresponde al original).

En materia de derecho ambiental, la presencia de los presupuestos propios de las medidas cautelares cobra mayor vigencia, dado el carácter irreversible de los daños ambientales. En su sentencia n.º 00474 del 12 de octubre de 2005, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II Sostiene que:

en materia de medidas cautelares, el ordenamiento jurídico costarricense otorga a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, amplias potestades, pues su objeto primordial es garantizar, mediante su uso razonable, el resultado final del proceso y consecuentemente, la acción de la justicia.- El cúmulo de garantías procesales previstos en la Constitución Política, sobre todo a partir del artículo 41, y su desarrollo jurisprudencial, ponen de manifiesto la existencia de un régimen de tutela precautoria amplio, flexible y expedito, que integra el contenido esencial del derecho a la justicia pronta y cumplida.

En la sentencia mencionada anteriormente, el Tribunal Contencioso Administrativo ordenó suspender las labores de extracción en ciertas zonas de un proyecto de explotación mineral, debido al riesgo ambiental de contaminación de aguas subterráneas. Además, estableció ciertas pautas como requisitos para proceder con el proyecto, como por ejemplo, el monitoreo de la cantidad y calidad del agua, así como la aceptación por parte de la empresa desarrolladora del acceso de forma irrestricta de las personas funcionarias de la Dirección de Geología y Minas, de la Oficina del Ministerio de Ambiente y Energía, del Servicio de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (SENARA) y del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados para verificar que se esté cumpliendo con las condiciones indicadas.

Cabe resaltar además el rol que la jueza o el juez contencioso administrativo asume. La sentencia n.º 04399-2010 del Tribunal Contencioso Administrativo menciona que:

La doctrina resalta el rol activo del Juez de frente a un asunto de carácter ambiental, y al respecto señala lo siguiente: “Pero fue la Ley N° 25.675 (LGA) la que consagró innovaciones inéditas en materia de potestades judiciales (ordenatorias e instructorias), otorgándole al enjuiciador un rol completamente activo e inquisidor como garante de la aplicación del principio precautorio en aquellos procesos en los que se busca

la preservación del equilibrio natural (ver artículo 32 LGA), sin que ello implique quiebre alguno del principio de congruencia. [...] se concluye que no existen áreas inmunes a la fuerza normativa de la Constitución y de las normas ambientales, particularmente la Ley General del Ambiente, que constituyen un orden público ambiental, que confieren amplias facultades, incluso de revisión de cuestiones hasta de índole técnica, que le permiten dar plena operatividad al principio precautorio en cada paso del iter procesal, en una tarea concreta y sin duda alguna macroscópica en pos del derecho a una efectiva tutela judicial efectiva (idem, Martínez, p. 117).

Este papel que la doctrina les asigna al juez y a la jueza de frente a asuntos de carácter ambiental no está dissociado del modelo que la Constitución Política y el Código Procesal Contencioso Administrativo les otorgaron a la jueza y al juez contencioso- administrativos.

En cuanto al principio de publicidad se debe recordar que la Administración tiene el deber de hacer públicas las informaciones de actividades públicas o privadas que tengan relación con el medio ambiente, porque media un interés público.

Para el autor español Martín Mateo, la información o publicación de los datos es la base sobre la que se asienta igualmente la acción protectora de las Administraciones públicas, la educación ambiental y la investigación. El artículo 30 constitucional garantiza el acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

Sin embargo, en materia medioambiental el concepto de información y acceso adquiere una nueva dimensión y se entiende como el derecho del individuo o colectividad de solicitar información y de ser informado por cualquier ente u órgano estatal sobre cualquier proyecto que pueda afectar su derecho de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Calzada, 1997, p. 286).

A su vez, se aplica el principio de restaurabilidad en presencia de la responsabilidad civil por la generación de una lesión, la sanción al responsable puede ser la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (compensación) o la reparación a su estado originario de la situación alterada por la infracción.

La doctrina ha sostenido que, a diferencia de otros ámbitos donde en general existe la opción de reponer o no la cosa dañada, en materia ambiental la efectiva restauración es imprescindible y no opcional para el administrador del bien dañado, esto en particular por la titularidad común de los bienes ambientales dado que no puede dañarse el medio ambiente y destinar su compensación económica para otros usos (Loperena, 1998, p. 73). No obstante, es claro que la reparación será sanción en la medida que esta sea posible.

Los artículos 53 y 54 de la Ley de la Biodiversidad contienen este principio y de este modo se obliga al Estado [incluyendo a las municipalidades] a tener como principio de actuación la restaurabilidad, mediante la obligación de fomento y, en caso de que ya se haya producido el daño ambiental, se deben procurar tanto su recuperación, rehabilitación como la restauración.

Por su parte, la regla “El que contamina, paga” según la doctrina, en el derecho ambiental se ha consagrado el principio de la responsabilidad extracontractual objetiva, sin que se examine la culpa o negligencia del agente causante del daño ambiental (LoPerena, 1998, p. 64), la cual podría pensarse que se encuentra incluida dentro de la responsabilidad ambiental de la Ley Orgánica del Ambiente establecida en el artículo 2, inciso d) [referente a los principios en materia ambiental], la cual es una cláusula amplia de responsabilidad al señalar que: “Quien contamine el ambiente o le cause daño será responsable, conforme lo establezcan las leyes de la República y los convenios internacionales vigentes”. El origen de este principio es anglosajón y se debe entender de la siguiente manera:

Conforme al principio ‘quien contamina paga’, se entiende por responsable de la contaminación, [...], por agente contaminador a la persona física o jurídica sometida a derecho privado o público que directa o indirectamente deteriora el medio ambiente o crea las condiciones para que se produzca dicho deterioro, tratándose de evitar en principio que la política de protección del medio

ambiente se base en subvenciones y ayudas estatales y que se atribuya a la Comunidad la carga de la lucha contra la contaminación, siendo imputable al contaminado el costo de las medidas necesarias para la eliminación de la contaminación o para su reducción hasta estándares o medidas equivalentes de objetivos de calidad ambiental. (Ibidem, p. 67).

Este principio implicaría para la persona contaminadora el pago y cumplimiento de las medidas cautelares que se decreten; el cese de la actividad contaminante o su modificación; el pago de las multas pertinentes; y la reparación e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

En la sentencia n.º 00066-2006 del Tribunal Contencioso, se subraya que:

las sanciones que se le impongan a quienes infringen las normas que regulan la protección del medio ambiente, deben ser razonables y proporcionales en relación con el daño que han ocasionado a ese ambiente sano y ecológicamente equilibrado [...] De las pruebas antes mencionadas, quedó acreditado que fueron varias veces en que los actores desviaron el cauce del río Virilla para fines propios de aprovechamiento sin contar con los permisos del Ministerio del Ambiente y Energía (en aquel entonces), y por otra utilizaron las aguas de ese recurso natural para

sus labores de explotación. Además, extrajeron material del cauce y lo adecuaron a fin de poder transitar la maquinaria pesada que se utilizaba para transportar el material extraído hacia la carretera Braulio Carrillo [...] Ante esta situación y en virtud de las faltas cometidas por los accionantes, no solamente en contra del medio ambiente, al desviar el cauce del río Virilla sin que existiese permiso o autorización alguna, y que el extraer del mismo material natural para su beneficio, acarrea la potestad de imperio del Estado de imponer las sanciones correspondientes, que en el caso de marras al ser tan graves sus actuaciones, las mismas no fueron desproporcionadas ni tampoco irracionales. La sola comprobación del desvío del cauce del río y el incumplimiento de la recuperación ambiental ordenada en el estudio de impacto ambiental, como ha quedado demostrado en autos hacen oportuno la cancelación de la concesión de la explotación del tajo, pues con tales actuaciones el ambiente se vio seriamente perjudicado con la mala utilización de los recursos naturales por parte de los recurrentes, poniendo en peligro el derecho fundamental de todos los ciudadanos a tener un ambiente sano y protegido.

Una empresa a la cual se le cancela una concesión tendrá que enfrentar pérdidas económicas. La sanción producirá una afectación en sus ganancias.

En lo interno, significa “pagar las consecuencias” por el incumplimiento. Pero de forma externa, el cese de actividad no retribuye el daño ambiental causado. La empresa debe reparar de forma que se invierta en restablecer el estado en que estaba el río previo a las actividades.

Referente a la realización del estudio del impacto ambiental previo a la iniciación de obras, aunque a simple vista más que un principio se podría decir que se trata de una obligación, la doctrina lo ha considerado como un principio, cuyo fundamento constitucional se extrae del artículo 50 constitucional, en tanto que obliga al Estado a garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

En el derecho ambiental, las medidas preventivas tienen una importancia vital, ya que prevenir es siempre mejor que reparar el daño ocasionado, por cuanto restablecer la naturaleza a su estado anterior no es tarea fácil. Dentro de las medidas preventivas, se encuentra el estudio de impacto ambiental, el cual es obligatorio para el Estado y los particulares.

En nuestro país, la primera normativa de carácter legal que involucra este concepto es el Código de Minería, promulgado mediante la Ley N.º 6797. En el artículo 101, se contempla que:

con el objeto de garantizar un aprovechamiento racional de los recursos nacionales y de proteger sus usos futuros, los concesionarios deberán efectuar estudios de impacto ambiental de sus actividades, en forma previa y pública. Estos estudios deberán ser efectuados por personal

técnico calificado, mediante las normas suministradas por el Estado, y si los estudios se consideraran deficientes podrán ser rechazados por el organismo gubernamental de control. (Lo resaltado no corresponde al original).

Asimismo, el Reglamento al Código de Minería contiene en su artículo 34 y siguientes lo establecido por la Comisión Gubernamental de Control Ambiental sobre los Estudios de Impacto Ambiental. Por otro lado, la Ley de Conservación de Vida Silvestre en el numeral 26 establece la facultad de la:

Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas para otorgar permisos de importación de especies de Vida Silvestre. Toda solicitud para esos permisos deberá presentarse, ante esa Dirección, con una evaluación de impacto ambiental la que, para los efectos de esta Ley, se considerará documento público y deberá incluirse los siguientes requisitos [...].

Posteriormente, con la Ley de Hidrocarburos, se estableció lo relativo a la protección ambiental, estipulándose la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.

Este desarrollo normativo logra en 1995 un importante y significativo avance con la publicación de la Ley Orgánica del Ambiente, en la cual se incluyó una variedad de normas relacionadas con

el estudio de impacto ambiental, y se creó así la Secretaría Técnica Nacional Ambiental. De tal manera, el artículo 17 de este cuerpo de normas dispone que las actividades humanas que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos materiales tóxicos o peligrosos requieran de una evaluación de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Ambiental.

Por otro lado, este principio también ha sido recogido por una serie de instrumentos internacionales, como lo es la Declaración de Río que, en su principio 17, contempló que “deberá emprenderse una evaluación de impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

En el Convenio sobre Diversidad Biológica y en sus Anexos I y II, se establece que:

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: Establecerá procedimientos apropiados por los que exija la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos, y cuando proceda, permitirá la participación del público en esos procedimientos [...].

¿Por su parte, la Sala Constitucional ha realizado un significativo aporte al disponer que:

el Estudio de Impacto Ambiental se establece como el instrumento idóneo que tiene el Estado para garantizar el equilibrio entre la conservación de los recursos naturales, y el desarrollo del ser humano en forma sostenible. De este modo, la actividad humana que conlleve la intervención, alteración o destrucción del medio ambiente, debe ajustarse a lo que ambientalmente resulte más beneficioso para el Estado y la comunidad, o la de grupos que puedan verse afectados.

Ahora bien, no puede eximirse el estudio de impacto ambiental de los proyectos de desarrollo, explotación o exploración, ni por ley y, menos aún, por ninguna norma de rango inferior, precisamente por tener fundamentación en la Constitución Política. Por último, debe señalarse que la realización del estudio de impacto ambiental no implica la puesta en funcionamiento del proyecto en cuestión, ya que se trata de un requisito previo y que, necesariamente, debe cumplirse en los casos estipulados.

En la sentencia n.º 04399-2010 del Tribunal Contencioso Administrativo (sobre el Caso Crucitas), se estableció que debía realizarse el estudio de impacto ambiental de forma previa al proyecto. Asimismo, cuando se incluyera algún cambio, debía someterse nuevamente al estudio de impacto ambiental:

Tal y como ya se indicó, en el año 2005, mediante resolución N°3638-2005-SETENA, la Administración otorgó la viabilidad ambiental al Proyecto Minero Crucitas. Dos años después, el 6 de diciembre del año 2007, la empresa desarrolladora presentó ante Secretaria Técnica Ambiental una propuesta de cambios al proyecto minero. Esta solicitud fue resuelta por Secretaria Técnica Ambiental en dos meses, aprobando los cambios incorporados por Industrias Infinito, mediante resolución N°170-2008-SETENA, dictada el 4 de febrero del año 2008. Esta resolución administrativa, a juicio del Tribunal, se encuentra viciada de nulidad absoluta tanto en su motivo como en su procedimiento, en razón de que la Administración no solicitó un nuevo Estudio de Impacto Ambiental para evaluar los cambios que se pretendían incorporar. Antes de entrar en el detalle de esa omisión, debe tenerse presente que el acto mediante el cual la Administración otorga viabilidad ambiental a un proyecto, es sin duda un acto administrativo reglado, en el tanto se encuentra previsto en el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente y en el Reglamento sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto

Ejecutivo N° 31849), como en el Manual de Instrumentos Técnicos para el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto Ejecutivo N.° 32966).

Sin embargo, la empresa Industrias Infinito defendió la tesis, según la cual, en aquellos casos en que se cumplieran los presupuestos contenidos en el inciso 3 del artículo 46 del Decreto Ejecutivo N.°31849, se hacía innecesario un nuevo estudio de impacto ambiental.

No obstante, este Tribunal observó que el inciso 3° de ese artículo 46, si bien contenía una serie de criterios para realizar ajustes al diseño original (no para prescindir de un EIA), criterios que por cierto fueron invocados por los testigos de los codemandados en sus declaraciones, es también cierto y contundente que dicho inciso no estaba vigente en el Decreto Ejecutivo N.° 31849 para la fecha en que Industrias Infinito presentó su propuesta de cambios, ni tampoco para la fecha en que Secretaria Técnica Ambiental aprobó tal propuesta modificativa, ya que el inciso 3° del artículo 46 fue adicionado al Reglamento de Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental mediante Decreto Ejecutivo N.° 34688, el cual fue emitido hasta el 25 de febrero dl 2008, ya sea, en fecha posterior a aquellos dos momentos del procedimiento administrativo.

En el caso concreto, pudimos escuchar que los testigos Sandra Arredondo (regente ambiental), Eduardo Murillo (funcionario de la Secretaría Técnica Ambiental) y Sonia Espinoza (funcionaria de la Secretaría Técnica Ambiental en ese

momento) señalaron que ante la propuesta de cambios por parte de la empresa Industrias Infinito, la Secretaría Técnica Ambiental no consideró necesario requerir un nuevo estudio de impacto ambiental para analizar esos cambios, por varias razones: el proyecto no variaba en su esencia, se desarrollaba en el mismo sitio, no cambiaba de categoría de proyecto, la actividad seguía siendo la misma, y la zona industrial y la zona de relaves no variaban, ya que más bien se reducía el área de extracción. Manifestaron que, de acuerdo con los criterios de la Secretaría Técnica Ambiental, ante esas circunstancias, no se requería solicitar un nuevo estudio de impacto ambiental.

Todo lo anterior refleja que, si se introducen cambios al diseño original de un proyecto, existe un ámbito de discrecionalidad administrativa para valorar si se debe solicitar o no un nuevo estudio de impacto ambiental.

Este Tribunal, ejerciendo como contralor de legalidad (artículo 49 de la Constitución Política) y propiamente el control de la discrecionalidad administrativa (artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública), encuentra que, conforme a la lógica y la razonabilidad, los cambios que la empresa Industrias Infinito propuso en el 2007 eran, sin duda alguna, modificaciones sustanciales al proyecto originalmente presentado ante la Secretaría Técnica Ambiental.

Debido a que los cambios aquí discutidos son sustanciales, la interpretación que la Secretaría Técnica Ambiental hizo no podía ser restrictiva en relación con el estudio de impacto ambiental, tratándose de la valoración de los impactos que provocaría un proyecto clasificado como A y en

materia sensible como la ambiental. Por tanto, no podía optar, como lo hizo en el caso concreto, por prescindir de ese instrumento de evaluación ambiental, ni mucho menos habría sido válido que prescindiera del estudio de impacto ambiental amparándose en una norma reglamentaria (nos referimos al inciso 3° del artículo 46 del Reglamento antes mencionado).

Así claramente debemos recordar que es la propia Ley la que exige el estudio de impacto ambiental cuando las actividades humanas alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos, materiales tóxicos o peligrosos, tal y como lo ordenan el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente y el artículo 3 del Código de Minería, para el caso concreto de las concesiones de explotación minera, normas que debían aplicarse a la luz del principio precautorio previsto en el artículo 11 de la Ley de Biodiversidad y, de esta manera, imponían la obligación a la Administración de garantizar de mejor forma la protección del ambiente.

En la sentencia n.º 00058 del 12 de junio de 2013 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V, también se menciona que, según la Ley de Biodiversidad, el Estudio de Impacto Ambiental debe ser global: “en su artículo 94 se estableció [...] La Evaluación del Impacto ambiental en materia de biodiversidad debe efectuarse en su totalidad aun cuando el proyecto esté programado para realizarse en etapas”. Así un estudio de impacto ambiental debe anticiparse aun cuando el proyecto esté dividido en fases.

En cuanto al principio de que solo el Estado de Necesidad declarado excepciona el cumplimiento

de las normas ambientales más que un principio se puede tomar como una regla, ya que se determina que el estado de necesidad sería la única excepción al cumplimiento de las normas y principios en materia ambiental, ya que el Estado es el llamado a preservar el orden público. Por lo anterior, se debe indicar que el fundamento de este “principio” es el Estado de Necesidad; es decir, la misma necesidad se convierte en el fundamento.

De tal manera, ante la presencia de situaciones transitorias y urgentes en las que se hace necesario la continuidad de los servicios públicos, se permite la dispensa de la normativa ambiental. Bastaría con que se produzca el hecho determinante, como, por ejemplo, una inundación, un terremoto, una epidemia, o bien, que se tenga un alto grado de certeza que se va a producir el hecho para que se pueda declarar el Estado de Necesidad. Así, le es permitido a la Administración pública adoptar una conducta sin cumplir con una disposición en materia ambiental.

Por ejemplo, la construcción de un puente sin la realización del estudio de impacto ambiental, o bien, la realización de algún proyecto sin que se cuente con un permiso de salud. Por otra parte, no se debe confundir el Estado de Necesidad con la Contingencia, la cual se puede definir como aquel hecho futuro que puede producirse o no. En estos casos, no es posible la dispensa de la normativa ambiental, ya que no se tiene certeza que el hecho se va a producir. En ese sentido, la Sala Constitucional ha dispuesto que:

es contraria al Derecho de la Constitución, no sólo la normativa, sino la actuación

de las instituciones públicas que dispensen los trámites y procedimientos ordinarios para la actuación ordinaria de la Administración (voto n.º 6503-2001). [En consecuencia], para que se entienda de desarrollo constitucional la medida de emergencia, ésta debe atender única y exclusivamente a darle solución a la situación de emergencia que la motiva, y tener –además– como propósito el bien común: esto es, debe ser justa y además razonable (proporcionada en sentido estricto). (Voto n.º 6322-2003 de la Sala Constitucional).

Mientras que, con respecto al principio que la falta de recursos económicos de las instituciones públicas no es excusa que justifique la omisión de dar protección al derecho ambiental, es una premisa desarrollada con el avance progresivo de los derechos económicos y sociales, y de la aplicación del principio de la prohibición del retroceso social. En términos de la Sala Constitucional:

la falta de presupuestos (recursos económicos, materiales y/o personal calificado) no puede constituirse en un límite entre el respeto y la violación de los derechos fundamentales, es decir, no puede ser motivo para que la Administración

no actúe y tome acciones concretas a fin de que a través de su gestión encuentre solución a los problemas que los particulares les requieran en materia ambiental [...]. (Voto n.º 6322-2003 de la Sala Constitucional).

No se debe dejar de lado un aspecto vital, y es el hecho de que se debe analizar este enunciado conjuntamente con el principio de equilibrio presupuestario, por cuanto la Administración pública está obligada a cumplir el equilibrio en el presupuesto. De tal manera, se presenta un interesante fenómeno, ya que, por una parte, se establece la obligación del Estado de proteger el ambiente, sin que pueda excusarse en la falta de recursos para dejar de cumplirlo, y, por otra parte, la situación que la Administración, abruptamente, no puede romper con el equilibrio presupuestario para cumplir con sus deberes y obligaciones constitucionales. Consecuentemente, resulta necesario buscar la manera en que se pueda cumplir con ambos enunciados, de tal forma que se garantice la protección al ambiente y, además, se cumpla con el equilibrio presupuestario. Es decir, se requiere de una aplicación armónica, integral entre ambos postulados.

Asimismo, la Sala Constitucional se ha referido al respecto también en la sentencia n.º 00392-2007:

esta Sala en reiteradas ocasiones, ha manifestado, que la falta de presupuesto no es un motivo suficiente para justificar en forma alguna

la violación de los derechos fundamentales de las personas, sobre todo, tratándose de derecho cuya violación puede daños irreversibles a la salud pública y al medio ambiente, motivo por el cual, deberá la Institución recurrida, gestionar de inmediato las partidas presupuestarias necesarias, para dar solución definitiva al problema ambiental aludido por los recurrente.

En dicha sentencia, se menciona el riesgo para la salud de las personas, pero también se contempla el daño ecológico:

La ausencia de tratamiento de las aguas negras y residuales implica que, por lo general, sean vertidas en aguas superficiales y con ello se crea un peligro obvio para la salud humana, por tratarse de un problema directamente relacionado con la presencia de enfermedades infecciosas tales como el cólera, hepatitis, disentería, gastroenteritis y muchas otras, que no pocas vidas han cobrado en el mundo. Del mismo modo, el vertido en aguas superficiales conlleva un peligro para los animales y, en general, para la ecología. [...] Se declara de interés público y necesidad social el diseño, financiamiento, ejecución,

operación y mantenimiento de las obras requeridas para la recolección, el tratamiento y disposición final de las aguas residuales de tipo ordinario generados en los centros urbanos, donde las soluciones individuales para la disposición de las aguas residuales técnica y ambientalmente no son adecuadas.

Con respecto al principio de la coordinación entre las diferentes dependencias de la Administración pública, este deriva del principio de la unidad estatal. Así se desprende de la jurisprudencia constitucional que al respecto ha consignado que:

la protección del medio ambiente es una tarea que corresponde a todos por igual, es decir, que existe una obligación para el Estado –como un todo- de tomar las medidas necesarias para proteger el medio ambiente, a fin de evitar grados de contaminación, deforestación, extinción de flora y fauna, uso desmedido o inadecuado de los recursos naturales, que pongan en peligro la salud de los administrados (ibidem, lo resaltado no corresponde al original).

En España, este enunciado está contenido expresamente en la Constitución Política en los numerales 148 y 149, y se denomina el principio

de coordinación orgánica, el cual se basa en el dato de que la Constitución atribuye la función de protección de los recursos naturales con carácter compartido al Estado y las comunidades autónomas.

La coordinación se produce cuando un problema desborda la competencia de un ente y, por esta razón, se hace necesaria la coordinación con la entidad o el órgano público que corresponda y se ha definido como “la ordenación de las relaciones entre estas diversas actividades independientes, que se hace cargo de esa concurrencia en un mismo objeto o entidad, para hacerla útil a un plan público global, sin suprimir la independencia recíproca de los sujetos agentes” (ibidem, lo resaltado no corresponde al original).

En el ordenamiento jurídico costarricense, a nivel legal, se consagra el presente principio en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Ambiente y, a nivel internacional, se ha enunciado, entre otros, en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano al contemplar que:

a fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población.

De lo señalado, se extrae la necesaria coordinación estatal para lograr cambiar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, importancia que se vuelve aún más importante al tratarse de la protección y preservación del medio ambiente. En este sentido, si bien existe un órgano rector en la materia, como lo es el Ministerio del Ambiente y Energía (en aquel entonces), se hace necesaria la colaboración de otras instancias o dependencias. Este Ministerio está facultado para integrar a todos aquellos involucrados, como lo son las municipalidades, que en ciertas materias son incluso las únicas con la competencia.

Referente a que la lesión a este derecho ambiental se da tanto por acción como por omisión se desprende de la propia Constitución Política en el artículo 50, ya que como la Sala Constitucional lo ha señalado:

las omisiones al deber de protección del medio ambiente y de cumplimiento de la normativa ambiental son de relevancia constitucional, por cuanto a consecuencia de la inercia de la Administración en esta materia, se puede producir un daño al medio ambiente y a los recursos naturales, a veces, de similares o mayores consecuencias, que de las derivadas de las actuaciones de la Administración”. (ibidem).

En ese sentido, podría incluso pensarse en la omisión en el dictado de una ley indispensable para la protección del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o bien,

llevar a cabo una construcción sin la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, o ejercer los deberes de vigilancia, los cuales son apenas algunos ejemplos en los que la inactividad de la Administración, tanto formal como material, puede provocar daños graves al ambiente, muchas veces mayores que los que se producen por medio de acciones.

Según la sentencia n.º 00208 del 26 de mayo de 2017:

Tanto en el artículo 6 de nuestra Constitución Política como en los distintos instrumentos internacionales (por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración de Río sobre el Ambiente y el Desarrollo, aprobada en Río de Janeiro en 1992) se reconoce que los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos conforme a sus propias políticas ambientales y de desarrollo. Lo anterior empata con el principio ambiental de “regulación jurídica integral”, el cual abarca la prevención, represión, defensa, conservación, mejoramiento y restauración del medio ambiente, lo cual está incorporado en el artículo 11 de la Declaración de Río. El desarrollo sustentable tiene implicaciones de tipo social, cultural, económica y ética relacionadas directamente con las formas de vida de las comunidades, procurando que los recursos indispensables para llevar adelante las actividades productivas garanticen la existencia misma de las

generaciones presentes y futuras, todo lo cual deriva de los artículos 2 a 4 de la Declaración de Río.

Las implicaciones sobre el medio que el desarrollo humano genera son tan amplias que muchas instituciones públicas confluyen para los procesos de aprobación y control. Para las fases de ejecución de los proyectos empresariales, existen competencias de fiscalización a efecto de tutelar el correcto desenvolvimiento de las distintas actividades, pues el impacto sobre los ecosistemas debe ser controlado y conforme a lo autorizado por las distintas instancias administrativas.

En el artículo 50 constitucional, se establece la tutela del medio ambiente en una doble vertiente, como derecho fundamental y como función pública, en el que el Estado debe garantizar, defender y preservar este derecho.

Las municipalidades constituyen parte de la organización del Estado costarricense, pues de su naturaleza de entes descentralizados en razón del territorio, derivan responsabilidades también respecto a la tutela del ambiente (al respecto, ver la sentencia de la Sala Constitucional n.º 2001-05737).

Esto implica que también el deber de las municipalidades es proteger todos aquellos bienes que convergen en el medio ambiente, labor que incluye, por excelencia, la vigilancia de todos los procesos que impliquen transformación del terreno, lo cual es un proceso complejo de alteración ambiental de gran efecto sobre los ecosistemas naturales y artificiales, ya que la mayoría de obras altera la capa superficial de la

tierra, con lo que se pueden llegar a afectar las reservas de acuíferos, se aumenta la escorrentía, se alteran los desagües naturales y se aumenta el caudal de los ríos y otros cursos del agua, además de eliminar los paisajes originales transformándolos en complejos que requieren de la dotación de servicios adicionales necesarios para las actividades humanas.

Por este motivo, el ordenamiento territorial incorpora el uso y desarrollo sostenible de los recursos renovables y no renovables ubicados en las distintas zonas del país, así como el respeto a las características culturales, históricas y sociales de los poblados involucrados, aspirando a la obtención de un equilibrio entre los asentamientos humanos y sus condiciones ambientales.

A ello obedece que todo lo concerniente a la aprobación de la regulación urbanística, así como el otorgamiento de los permisos de fraccionamiento y urbanizaciones, se le han conferido a las municipalidades, como encargadas de la administración de los intereses y servicios locales, conforme el artículo 169 de la Constitución Política lo dispone.

En varias leyes nacionales, se encuentran algunas de las principales normas de aplicación urbanística que responsabiliza a los gobiernos locales del desarrollo urbano, tal y como se puede verificar en el Código Municipal, artículo 13, inciso o), la Ley de Planificación Urbana, la Ley de Construcciones y la Ley Orgánica del Ambiente.

Los artículos 15 y 19 de la Ley de Planificación Urbana reconocen la competencia que cada municipalidad dispone para planificar el

desarrollo urbano dentro de los límites de su territorio. Estos poderes se materializan a través de la implementación de los planes reguladores, los cuales son la normativa de ordenamiento urbano de aplicación obligatoria para cada cantón, con base en la autorización del artículo 45 de la Constitución Política, el cual constituye el único mecanismo con el que se permite a los gobiernos locales, tener la iniciativa para imponer limitaciones al uso de la propiedad inmobiliaria, por demás de las existentes en leyes ordinarias.

Estas limitaciones tienden a impedir el desarrollo desordenado e impactante de las comunidades o sus actividades económicas y pretender garantizar la coexistencia de las necesidades humanas de convivencia junto con el deber de brindar protección al medio ambiente.

Con respecto a la inoperancia del silencio positivo en materia de utilización de recursos naturales como es sabido, el silencio positivo es un instrumento propio del derecho administrativo y opera en toda aquella actividad fiscalizadora del Estado, cuando luego de transcurrido un plazo prudente que, en nuestro ordenamiento jurídico, es de un mes [salvo norma que disponga plazo contrario] después de presentada la solicitud, la Administración no fiscaliza la actividad, entonces se entiende por otorgada.

Se presenta para los permisos, autorizaciones, licencias, de conformidad con los numerales 330 y 331 de la Ley General de la Administración Pública. No obstante, esta regla no resulta de aplicación en materia ambiental, ya que el derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado está por encima.

Sobre la materia, la Sala Constitucional ha señalado que:

[...] estas reglas –silencio positivo– no son de aplicación en materia de permisos de aprovechamiento de los recursos naturales (forestales, mineros, marinos, aguas de la Nación, fuerzas que derivan de los recursos hídricos, etc), [...], precisamente en virtud del valor superior (interés público) de la tutela del ambiente, y precisamente por la conceptualización del derecho ambiental como un derecho fundamental [...]. (op. cit).

Este principio fue consagrado por la Sala Constitucional para los recursos forestales. Sin embargo, dado que la protección se da para toda la naturaleza, se entiende que rige para toda la materia ambiental, ya que la no aplicación del silencio positivo en materia ambiental podría señalarse que encuentra su justificación en el valor superior; es decir, el interés público de la tutela del ambiente como un derecho fundamental. A nivel legal, se ha consagrado este “principio” de manera expresa como en la Ley Forestal es una de ellas, al disponer, de una forma muy amplia y clara que, en materia de recursos naturales, no opera el silencio positivo.

El problema es que debería encontrarse de manera más directa y expresa su consagración como principio, ya que como es sabido, una de las formas de proteger el ambiente es precisamente impidiendo que, por la inercia de la Administración, se puedan tener por otorgados

permisos para la explotación de los recursos naturales que generarían, en muchos casos, daños irreparables al medio ambiente o, incluso, la pérdida de algunos de sus componentes.

Si bien el silencio positivo tuvo su origen en el derecho municipal, donde abundan las autorizaciones y aprobaciones, y este derecho está directamente relacionado con el tema urbano, lo que, a su vez, repercute en derecho ambiental, en esta área hay una prevalencia en carácter de excepción. Así, aun cuando en derecho municipal, la regla es el silencio positivo frente a las autorizaciones, aprobaciones y licencia, frente a derechos preconstituídos o labores de fiscalización, cuando pueda existir (en tanto no es necesario que exista bastando el peligro real o potencial), prevalecerá el derecho ambiental y se considerará para todos los efectos que la respuesta es negativa, en beneficio del ambiente.

En el voto n.º 00015-2004, el Tribunal Contencioso Administrativo se refirió a un caso no perteneciente a la materia forestal: el permiso de uso en una zona de manglar para el cultivo de camarones. Según dicho Tribunal:

Cabe decir, finalmente, que en el caso de autos no se trataba de una solicitud para el aprovechamiento o manejo del recurso forestal propiamente, sino de permiso de uso y consiguiente ocupación de esas superficies, para el cultivo en ellas de camarones. No siendo cierto, como se afirma, que en esa actividad humana no estuvieran

de por medio la vida o fauna silvestre, ya que para ese cultivo se aprovechan, precisamente, las naturales condiciones de esas áreas – temperaturas del agua y nutrientes del suelo– que físicamente constituyen – como dice la exposición de motivos del decreto ejecutivo 22550-MIRENEM -, “el hábitat de especies de fauna y flora silvestre, algunas de las cuales se encuentran en vías de extinción o con poblaciones reducidas”. En que, por el sólo hecho de la intervención humana y sin que se quiera, de una u otra manera se impacta el ecosistema natural existente. Resulta improcedente, por eso mismo, la invocación de la doctrina de los hechos consumados – y, en particular la falta de prueba del daño ambiental - como justificación de la aplicación y aceptación del silencio positivo.

Por último, en cuanto a la participación ciudadana en los asuntos ambientales, se consagra en un principio cuyo fundamento se extrae de los artículos 27, 30 y 50 constitucionales, por cuanto la ciudadanía tiene derecho al acceso a la información de que se dispone y a la divulgación de ella para la toma de decisiones. La participación ciudadana constituye una consecuencia del principio democrático y abarca el derecho a la información relativa a los proyectos ambientales o que puedan causar una lesión a los recursos

naturales y el medio ambiente y la garantía de una efectiva participación en la toma de decisiones. Por su parte, el artículo 10 de la Convención de Río elevó la participación a rango de principio en materia ambiental al disponer que:

el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda.

En el plano nacional, toda persona debe tener adecuada formación sobre el medio ambiente que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. (Lo resaltado no corresponde al original).

En el derecho español, su propia Constitución contiene la participación ciudadana en el artículo 129.1 al señalar que: “La Ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad

Social y en la actividad de los Organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general”.

Además de la fundamentación constitucional, en nuestro ordenamiento, la Ley Orgánica del Ambiente contempla este principio al igual que el Reglamento sobre Procedimientos de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, incluso establece la realización de una audiencia pública en el procedimiento del estudio de impacto ambiental. Pero el ordenamiento jurídico costarricense no está al margen de este importante postulado, ya que en un Estado democrático de derecho como el nuestro, la participación de la población es uno de los pilares fundamentales y debería fortalecerse más.

En la sentencia n.º 06184-2007, la Sala Constitucional señala que:

El principio de participación ciudadana en la toma de decisiones se ha convertido en uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el sistema democrático. En nuestro país, el legislador constitucional recogió el principio de cita en el artículo 9 de la Constitución Política al disponer que el Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Asimismo, tanto a nivel constitucional como legal, se han establecido una serie de mecanismos que buscan que el

principio antes mencionado pueda ser aplicado en forma efectiva, y no quede únicamente en el papel, tales como el referéndum o la iniciativa popular en la formación de leyes.

Caben resaltar el rol de los pueblos indígenas y el deber del Estado de asegurar su participación, dado que han sido grupos históricamente segregados. La Sala Constitucional se ha referido al respecto en la sentencia n.º 17058-2012:

Una de las manifestaciones en que se puede ejemplificar ese derecho de participación de las comunidades indígenas en la toma de decisiones consiste en su derecho a pronunciarse cuando determinada investigación y utilización de los recursos naturales involucre directamente alguna afectación a sus intereses o conocimiento tradicional asociado. En estos casos, existe la obligación de consultarles las disposiciones administrativas o legislativas que de forma directa incidan sobre la estructura, organización y vida de la comunidad indígena, no así aquellas cuyos resultados afecten de forma eventual, aleatoria o meramente circunstancial. No es exacto, entonces, que la discrecionalidad de la consulta para el Estado sea aplicable a las comunidades indígenas cuando

se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, porque con claridad meridiana el Convenio N° 169 impone este deber; en los términos del artículo 6 inciso a), como una obligación, no una potestad a discreción estatal.

En la sentencia n.° 2000-8019 de las 10:18 horas del 8 de septiembre de 2000, este tribunal dispuso que:

En criterio de la Sala, pues, antes de que el Estado emprenda directamente o autorice actividades a favor de un particular, respecto de cualquier programa de prosecución o explotación de recursos existentes en las regiones que alcanzan los territorios indígenas, resulta vinculante para el Gobierno central instaurar un proceso de consulta.

La jurisprudencia de la Sala ha sido clara en sostener que, para que proceda la consulta a los pueblos indígenas (en los términos en que lo exige el Convenio n.° 169 de la OIT), debe existir una relación directa del tema que se pretende regular con los intereses de las poblaciones indígenas (véase la sentencia n.° 2008-013832 de las 08:38 horas del 11 de septiembre de 2008).

A manera de conclusión

Una vez analizados los alcances de las sentencias n.° 041-2013 de las dieciséis horas y quince minutos del treinta de abril de dos mil trece y la n.° 083-2013 de las siete horas con cuarenta y cinco minutos de dos mil trece (entre otros), ambas de la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resulta evidente el esfuerzo por realizar un estudio sistemático del tema de los principios del derecho ambiental reconociendo cuando menos los principios de igualdad, la tutela del ambiente a cargo del Estado, la sostenibilidad en el uso de los recursos naturales, el de calidad del ambiente, solidaridad (con sus subprincipios), el principio precautorio, el principio preventivo, el de publicidad, restaurabilidad, el que contamina paga, realización de estudio de impacto ambiental como acto previo, el estado de necesidad como excepción al cumplimiento de las normas ambientales, la ausencia de recursos económicos de las instituciones públicas no es excusa para la omisión de dar protección al ambiente, el principio de coordinación y el de participación ciudadana.

La posibilidad de poder indicar que el tema se encuentra acabado está lejos; pero al menos, es posible señalar que los tribunales de la materia han dado algunos pasos importantes.

Bibliografía

- Bandeira de Mello, Celso Antonio. (1983). Figuras jurídicas del planeamiento urbano en el Brasil. En: Derecho y planeamiento urbano. Buenos Aires. Argentina: Editorial Universidad, pp. 388 y 389.
- Calzada, Ana Virginia. (1997). Garantías e implicaciones constitucionales del medio ambiente. En Apuntes sobre el sector justicia al derecho ambiental. Costa Rica, p. 286.
- Carceller Fernández Antonio. (1992). Instituciones de derecho urbanístico. Quinta edición. Madrid, España: Editorial Montecorvo, S. A. p. 333.
- Franco del Pozco, Mercedes. (2000). “El derecho humano a un medio ambiente adecuado”. En Cuadernos de Derechos Humanos. Bilbao, p. 21.
- Jinesta Lobo. (s. p. p.). Las medidas cautelares atípicas en el proceso contencioso administrativo. En la Dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-Administrativo, p. 171.
- Loperena Rota, Demetrio. (1998). Los principios del derecho ambiental. Sin editorial, s. n. p., p. 62.
- Loperena Rota, Desiderio. (1998). Los principios del derecho ambiental. España, s. editorial, s. n. p. 1998, p. 93.
- Martínez, María Paulina. (2008). “El principio precautorio”. En Protección ambiental. Argentina, p. 122.
- Milano, Aldo. (2005). El principio precautorio. s. a. p., sin editorial, pp. 55 a 58.
- Organización de las Naciones Unidas. (1992). Principio 7 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Editorial ONU, s. n. p.
- Real Ferrer. (1994). El principio de solidaridad en la Declaración de Río. Sin editorial, s. n. p., p. 78).
- Real Ferrer. (1994). El principio de solidaridad en la Declaración de Río. Sin editorial, s. n. p., p. 78.
- República de Costa Rica. (2006). Ley General de Control Interno N.º 8292. 2^{da}. ed., San José, C.R, IJSA,
- República de Costa Rica. (2001). Código Ambiental. 3^{era} ed., S. J., C.R.: Editorial Porvenir,
- República de Costa Rica. (1989). Convenio Centroamericano para la Protección del Ambiente y Desarrollo.
- República de Costa Rica. (1993). Convenio Centroamericano sobre Cambio Climático. Guatemala.
- República de Costa Rica. Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono.
- República de Costa Rica. Convenio Marco de la ONU sobre el Cambio Climático.
- República de Costa Rica. (1992). Convenio sobre la Diversidad Biológica y Río de Janeiro.

- República de Costa Rica. Cumbre Ecológica Centroamericana para el Desarrollo Sostenible. ALIDES.
- República de Costa Rica. Declaración de Río.
- República de Costa Rica. (1995). Ley Orgánica del Ambiente, N.º 7554.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 00208 del 26 de mayo de 2017.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 2000-9773.
- República de Costa Rica, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 2000-9773.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 6322-2003.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 00392 del 16 de enero de 2007.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 06184 del 8 de mayo de 2007.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 10540 del 7 de agosto de 2011.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 17058 del 5 de diciembre de 2012.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 1763-94.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 1763-94.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 2000-8019 de las 10:18 horas del 8 de septiembre de 2000.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 2001-05737, de las catorce horas cuarenta y un minutos del veintisiete de junio de dos mil uno.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 2008-013832 de las 08:38 horas del 11 de septiembre de 2008.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 4423-93.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 4423-93.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 6322-2003.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 6322-2003.

- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 6322-2003.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 6503-2001
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 9193.
- República de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 9193.
- República de Costa Rica. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 212-2008 de las 8:15 horas del 25 de marzo de 2008.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Voto n.º 04399 del 14 de diciembre de 2010.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II. Voto n.º 349 del 11 de agosto de 2006.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo. Sección IV. Voto n.º 00066 del 13 de julio de 2006.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Voto 04399 del 14 de diciembre de 2010.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Voto n.º 00015 del 27 de febrero de 2004.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Voto n.º 041-2013 de las dieciséis horas y quince minutos del treinta de abril de dos mil trece.
- República de Costa Rica, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Voto n.º 083-2013 de las siete horas con cuarenta y cinco minutos de dos mil trece.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX. Voto n.º 00053 del 30 de Junio de 2009.
- República de Costa Rica, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V. Voto n.º 00058 del 12 de junio del 2013.
- República de Costa Rica, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V. Voto n.º 241 del 7 de diciembre del 2011.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo. Voto n.º 00219 del 16 de junio de 2011.
- República de Costa Rica, Tribunal Contencioso Administrativo. Voto n.º 02794 del 27 de octubre de 2016.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo. Voto n.º 219 del 30 de mayo de 2013.
- República de Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo. Voto n.º 405-95.
- República de Costa Rica. (1997). Constitución Política. Ediciones SEINJUNSA,
- República de Costa Rica. (2006). Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. 1^{era} ed.,

San José, C.R, IJSA,

- República de Costa Rica. (1942). Ley de Aguas, N.º 276.
- República de Costa Rica. (1994). Ley de Hidrocarburos, N.º 7399,
- República de Costa Rica. (2006). Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos y su Reglamento. 3^{era} ed., San José, C.R, IJSA.
- República de Costa Rica. (1998). Ley de la Biodiversidad, N.º 7788.
- República de Costa Rica. Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Ediciones.
- República de Costa Rica. Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. La Gaceta n.º 82, Alcance n.º 11, del 29 de abril de 2005.
- República de Costa Rica. (1996). Ley Forestal N.º 7575.
- República de Costa Rica. (1997). Ley General de la Administración Pública. Ediciones SEINJUNSA.

*Homenaje a la Gala
Constitucional en su
30 aniversario*

ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL: 1812-1989

MS.c. Tomás Federico Arias Castro*

RESUMEN

El presente artículo pretende exponer a la persona lectora todo el intrincado desarrollo por el que las diversas formas de Control de Constitucionalidad han transitado en Costa Rica, desde sus albores monárquicos en 1812 y sus posteriores acontecimientos decimonónicos, hasta los distintos episodios que se concatenaron en la segunda mitad del siglo XX para la creación de la actual Sala Constitucional, haciendo especial énfasis en las múltiples coyunturas, personajes y hechos histórico-jurídicos que lo han sustentado a lo largo de más de dos centurias de existencia.

Palabras clave: Constitución Política, Historia Constitucional, Sala Constitucional, Control de Constitucionalidad, Control Difuso, Control Concentrado, Constitucionalismo.

ABSTRACT

This article intends to expose the reader to all the intricate development through which the various forms of Constitutionality Control in Costa Rica have passed, from its monarchical dawn in 1812 and its subsequent nineteenth-century events, to the different episodes that were concatenated in the second half of the twentieth century for the creation of the current Constitutional Chamber, with special emphasis on the multiple conjunctures, characters and historical-legal facts that have sustained it throughout more than two centuries of existence

Keywords: Political Constitution, Constitutional History, Constitutional Chamber, Constitutionality Control, Control Diffuse, Control Concentrated, Constitutionalism.

Recibido 20 de octubre de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019

**Doctorando en Derecho Constitucional, máster en Ciencias Políticas y licenciado en Derecho. Coordinador y docente de la Cátedra de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, docente de Historia del Derecho Costarricense de la Universidad Escuela Libre de Derecho, docente de la Maestría en Diplomacia del Ministerio de Relaciones Exteriores, docente de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia y docente de Historia de la Masonería de la Escuela de Estudios Generales de la Universidad de Costa Rica. Presidente de la Editorial Costa Rica en representación de la Universidad de Costa Rica, Presidente de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, integrante de la Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas, Académico de Número de la Academia Morista Costarricense e integrante de la asociación "La Tertulia del 56" dedicada a la historia de la Campaña Nacional contra los Filibusteros (1856-1857) y la figura del Presidente Juan Rafael Mora Porras. Integrante de la Sociedad de Amigos de la Academia Mexicana de la Historia y especialista en historia bilateral entre las repúblicas de Costa Rica y México con énfasis en las épocas del siglo XIX y la Revolución Mexicana. tomas.crmx@gmail.com*

1. Introducción

Ya desde sus albores como parte del Imperio Español, la entonces provincia colonial de Costa Rica protagonizó sus primeros episodios relacionados a la figura del Constitucionalismo, la cual había surgido en el continente europeo a raíz de la conjunción de una serie de factores históricos, jurídicos y políticos propios de las tesis de la Ilustración, el Liberalismo y el Enciclopedismo. Todo lo cual se materializó a su vez en varios episodios autonomistas, verificados en el futuro territorio de los Estados Unidos, así como en las monarquías de Francia y España.

Así, propiamente en 1812, nuestro país presencié el advenimiento de la llamada Constitución Política de la Monarquía Española, cuya redacción fue el resultado de un meticuloso trabajo hecho en España por representantes de todos los Virreinos que este imperio poseía en Las Indias (antiguo nombre de América). En este proceso Costa Rica no solo participó activamente, sino que también, este hecho le significó la puesta en vigencia de nuestra primera norma fundamental de ese tipo.

Por lo anterior, en este mismo momento, fue también cuando se empezó a regular lo atinente para el caso de un eventual incumplimiento del citado texto ibérico, asignándole dicha función al antiguo órgano de las Cortes, es decir, al ente legislativo que había emitido dicha Constitución. Este hecho provocó entonces el surgimiento del primer Control POLÍTICO de Constitucionalidad de la historia española y americana en general, así como del derrotero histórico costarricense en particular.

Con posterioridad y tras el proceso de independencia de nuestro territorio, dicho control político se mantuvo inalterable, siéndole asignado, de modo sucesivo, a los diversos Congresos que existieron en el siglo XIX, hasta que, para 1888, este paradigma cambió cuando dicha función le fue también encomendada al Poder Judicial, con lo que se instauró un Control POLÍTICO-JUDICIAL de Constitucionalidad. Esta situación rigió hasta 1938 cuando se dispuso mantener únicamente vigente el Control JUDICIAL, el cual le fue asignado primero a la Corte Plena y, desde 1989, a la actual Sala Constitucional, cuyo eximio derrotero se encuentra cumpliendo treinta años de existencia en 2019.

2. Orígenes del fenómeno constitucional

a) Prolegómenos filosóficos

El antecedente directo más remoto del actual fenómeno constitucional se encuentra asentado en la época de la Edad Media con la emisión, en 1215, de la afamada Magna Charta Libertatum (Carta Magna de Libertades), la cual fue el resultado de un ostensible enfrentamiento acaecido entre el entonces monarca inglés, Juan Sin Tierra, y un conglomerado de veinticinco de sus súbditos conformado por los estamentos de los barones y los señores eclesiásticos.

Así, la importancia histórico-jurídica de dicho documento pionero, radicó en la rúbrica de varias cláusulas que establecieron, por vez primera, una serie de regulaciones y contenciones al entonces omnímodo poder que las dinastías anglosajonas habían ejercido desde antaño, estribando sus principales consecuencias en el origen de figuras como el Habeas Corpus, la Monarquía Limitada y el Parlamento.

Sin embargo, tras el fin del Medioevo y el comienzo de la denominada Edad Moderna (1453 d.C.), tanto en territorio inglés como en suelo europeo en general, el autoritarismo monárquico recrudesció con inusitada fuerza, dando así comienzo a los llamados Estados Absolutos, cuya principal característica estribaba en una concentración irrestricta del poder en un solo individuo (rey, monarca, emperador, majestad, etc.).

Fue entonces poco más de dos siglos después y con la idea de dar un fundamento conceptual a dicho fenómeno absolutista, cuando el filósofo inglés Thomas Hobbes escribió su afamado escrito *Leviatán* (1651), en el que planteó la necesidad de que, para asegurar su seguridad y existencia, los sujetos tenían que renunciar a sus derechos individuales y colocarse bajo la égida de un soberano.

Esta tesis dio origen al planteamiento jurídico-político del Contractualismo, según el cual, desde su origen antropológico, el individuo vivía en una situación de virulencia y caos colectivo (llamado por Hobbes: Estado de Naturaleza), la cual era consecuencia de la intrínseca malevolencia del ser humano y que resumió en su icónica frase: *homo homini lupus* (hombre lobo del hombre). Así, movido por conveniencia, racionalidad e instinto de sobrevivencia, el individuo opta por sujetarse a la voluntad de una figura férrea de poder (a lo cual Hobbes calificó como: Pacto). Producto de lo anterior, surge entonces un orden coercitivo y totalizador que permite la convivencia humana (denominado por Hobbes: Estado de Sociedad).

Empero, el intento ideológico de Hobbes por justificar la existencia del poder absoluto –y, por ende, la nulidad de las libertades de los individuos– no surtió el efecto por él esperado, pues ya desde el propio siglo XVII y, sobre todo, durante el XVIII, surgió y se desarrolló el concepto intelectual de la Ilustración, cuya máxima tesis planteaba que el análisis, la investigación, la crítica y el conocimiento debían de realizarse a través de la racionalidad y el empirismo.

Así, la temática del poder político no escapó de este fenómeno, pues se empezaron a cuestionar la legitimidad y la lógica de los sistemas absolutistas, los cuales se basaban, en casi todos los casos, en aspectos de naturaleza subjetiva (personales, genealógicos, monárquicos, familiares, religiosos, etc.)

Es en ese sentido y precisamente imbuido por dichos idearios ilustrados, cuando el reconocido filósofo inglés John Locke planteó una novedosa antítesis al absolutismo, ya que como autor de los dos emblemáticos tomos del *Tratado sobre el Gobierno Civil* (1690), se erigió en el pionero fundador de la tesis política del Liberalismo, pues estableció la imperiosa necesidad de que los individuos debían liberarse de las anacrónicas opresiones políticas y religiosas que los habían sojuzgado desde antaño, para lo cual era necesario su perenne ilustración respecto de las ciencias y los derechos.

Además, agregó otro aspecto de capital importancia, pues, de modo paradójico, utilizó la misma estructura tripartita conceptual que Thomas Hobbes había usado para su idea de Estado, pero redefiniéndola bajo un paradigma ideológico ra-

dicalmente opuesto. Así, propuso que, desde su origen remoto, los individuos gozaban de una serie de derechos naturales e intrínsecos que no poseían regulación alguna (Estado de Naturaleza), los cuales, para ser garantizados y protegidos en aras del bien común, debían ser delegados entonces en una autoridad dividida en tres poderes: Legislativo, Ejecutivo –con funciones políticas y judiciales– y Federativo –con funciones diplomáticas– (estas dos últimas bajo la preeminencia de la primera), todo ello por medio de una decisión consensuada de la mayoría de los individuos (Pacto), lo cual devendría, a su vez, en un orden político legítimo (Estado de Sociedad).

Casi medio siglo más tarde, los planteamientos ilustrados y liberales se erigieron en las bases de la figura intelectual francesa del Enciclopedismo, cuyos fundadores fueron los intelectuales Dennis Diderot y Jean Le Rond D’Alambert, quienes publicaron el conocido Diccionario razonado de las ciencias, las artes y los oficios (1751). Obra comúnmente llamada Enciclopedia y en la que contaron con la colaboración de los filósofos franceses Francois Marie Arouet (Voltaire) y Charles de Secondat (Barón de Montesquieu).

Este último fue el autor del renombrado libro El Espíritu de las Leyes (1748), en cuyo texto redefinió la tesis de la división de poderes esbozada por Locke, estableciendo una absoluta igualdad en la legitimidad e importancia entre dichos tres segmentos, pues subsumió la función diplomática en el Poder Ejecutivo y le quitó a este la función jurisdiccional, la cual le fue asignada a un Poder Judicial.

Asimismo, el otro colaborador de la Enciclopedia fue el filósofo suizo Juan Jacobo Rousseau, au-

tor de la afamada obra El Contrato Social (1762), en cuyas páginas –como su nombre claramente lo indica– y al igual que Locke, tomó el modelo filosófico tripartito de Hobbes y lo readecuó de modo ostensible. Así, en contraposición radical a lo esbozado por el autor de Leviatán, Rousseau postuló que, desde su aparición, el individuo se caracterizó por su benevolencia y pacifismo (Estado de Naturaleza), siendo con posterioridad y como consecuencia de sus ansias de poder y propiedad, cuando se transformó en un ser virulento. Es entonces cuando se hizo necesario el compromiso de los sujetos en renunciar a sus intereses individualistas para que predominara lo que él denominó la *volonté générale* (voluntad general), lo cual se materializa a través de una doble relación sinalagmática (Pacto), pues esta se da tanto entre los propios sujetos, como entre estos y el Estado, ya que, además, esta última entidad era la encargada de garantizar el cumplimiento del compromiso contractual y sancionar su rompimiento. Estado cuya forma de ejercicio del poder debía de elegirse de modo legítimo, permitiendo así entonces un modelo gubernativo democrático (Estado de Sociedad).

b) La materialización histórica

Como se ha descrito, el siglo XVIII atestiguó el surgimiento de algunas de las tesis intelectivas más importantes de la historia de la humanidad, a lo que se agregó un elemento de especial valía, cuyas implicaciones serían imperecederas.

En ese sentido, influenciado por el novedoso pensamiento filosófico de su época y con el objetivo de plasmar un vocablo que se adaptara a las entonces nuevas relaciones político-jurídicas entre los individuos y el Estado, fue en 1758 cuando

el filósofo y jurista suizo, Emer de Vattel, escribió el trascendente libro *El Derecho de Gentes y Principios de la Ley Natural*, en cuyo contenido propuso un novedoso significado para el antiguo vocablo jurídico de origen romano *Constitutio*=Constitución (del verbo latín: *Constituere*: establecer/organizar/situar/colocar; resultado de la conjunción del prefijo *con*: con/conjunto y el verbo *statuere*: estar/ser/hacer), redefiniéndolo entonces como:

[...] reglamento fundamental que determina la forma en que la autoridad pública debe ser ejercida [...] es la Constitución del Estado la que decide de la perfección de éste y de su aptitud para llenar los fines de la Sociedad, en consecuencia, el más grande interés de la Nación que forma una Sociedad política, es elegir la mejor Constitución posible y la más conveniente a las circunstancias [...].

Así, fue cuestión de pocos años para que los postulados de Locke, Voltaire, Montesquieu, Rousseau y de Vattel se expandieran en territorio europeo, siendo sin embargo en las colonias ultramarinas que Inglaterra poseía en América del Norte en donde las ideas se materializaron por vez primera.

En efecto, tras décadas de ostensible subyugación, trece colonias que la monarquía británica tenía en la costa atlántica de América se sublevaron y organizaron el llamado Primer Congreso Continental (1774) para oponerse a dichos abusos reales. No obstante, la virulenta respuesta británica provocó la convocatoria a un Segundo Congreso Continental (1775-1881) en el que las

Colonias le declararon la guerra al Imperio inglés y organizaron un ejército bajo la guía del hacendado y militar George Washington Ball.

Fue entonces a partir de ese año de 1775 y ante la notoria ausencia de autoridades políticas, judiciales y militares en las colonias –pues los antiguos funcionarios británicos huyeron o fueron desconocidos- cuando las asambleas y los consejos de colonos les consultaron a los dirigentes del Segundo Congreso Continental cómo proceder ante dicho vacío de poder. En esta coyuntura, la mayoría de integrantes de dicho ente –imbuidos de los idearios ilustrados, liberales y enciclopedistas- les remitieron la sugerencia –pues dicho órgano carecía de autoridad jurídica vinculante- para que emitieran sus propios modelos de Gobierno a partir de la implementación del novel concepto de Constitución.

Así, el 5 de enero de 1776 entró en vigencia la llamada Constitución de New Hampshire, la cual se erigió en el primer escrito jurídico de la historia que ostentó dicho nombre. Fue seguido, en los meses siguientes, de las emitidas por South Carolina, Virginia, New Jersey y Georgia, hasta que el 4 de julio de ese año, 56 representantes de las colonias proclamaron *The unanimous declaration of the thirteen United States of America* (conocida popularmente como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos) y entre cuyo redactores estuvieron los líderes Benjamín Franklin Folger, Thomas Jefferson Randolph y John Adams Boylston.

Ya para el segundo semestre de 1776, Delaware, Pennsylvania, Maryland y North Carolina también emitieron sus Constituciones, lo cual fue seguido, en 1777, por Georgia, New York y Ver-

mont, y en 1780, Maryland hizo lo propio. Un caso especial fue el de esta última colonia, pues su texto sigue vigente hasta la actualidad, erigiéndose en la Constitución más longeva del mundo (239 años).

Ahora bien, tras la total derrota militar británica (1781) y el armisticio de la Paz de Versalles (1783), los representantes de las colonias se reunieron en la llamada Convención Constitucional de Filadelfia (1787), en la cual, con el objeto de dotar a la naciente nación estadounidense de una norma fundamental de carácter general, se promulgó la denominada Constitución de los Estados Unidos de América (septiembre, 1787), cuyos principales redactores fueron Gouverneur Morris, James Madison y Alexander Hamilton. Este hecho la convirtió en la primera Constitución nacional de la historia, así como en la más antigua de su tipo todavía en vigencia (232 años).

Fue entonces a partir de ese momento, cuando el fenómeno constitucional comenzó a expandirse. En 1791 Polonia se convirtió en la segunda nación del mundo y primera de Europa en contar con una norma fundamental a la que se denominó Constitución del 3 de mayo. Luego siguió Francia, en donde se emitió, respectivamente, la Constitución Francesa (septiembre, 1791), el Acta Constitucional de la República (junio, 1793), la Constitución de la República Francesa (agosto, 1795), la Constitución de la República Francesa (diciembre, 1799), el Senado-consulta orgánico de la Constitución del 16 del Termidor del año X (agosto, 1802) y el Senado-consulta orgánico del 28 del Floreal del año XII (mayo, 1804).

3. El Control POLÍTICO de Constitucionalidad en Costa Rica

a) El control legislativo (monárquico)

El advenimiento a la historia de Francia de la figura del general Napoleón Bonaparte R., no solo supuso una numerosa serie de consecuencias políticas, sociales, jurídicas y económicas para dicha nación, sino también el comienzo de escalada bélica para Europa que redefiniría la historia de dicho continente.

En efecto, tras asumir como cabeza del Poder Ejecutivo francés (1799), Bonaparte logró que se le concediera el poder vitalicio (1802), hasta conseguir su designio como emperador (1804). En este último año, decidió expandir su nuevo imperio a todo el territorio europeo, destacando a tal efecto lo sucedido con España a la cual invadió paulatinamente entre 1807 y 1808.

Casi de seguido, el pueblo español se organizó para repeler a los franceses, destacando la creación de un movimiento subversivo bajo el nombre de Juntas, cuyos integrantes, entre otras acciones, auto asumieron el poder temporal del rey español Fernando VII (quien había sido trasladado a la ciudad francesa de Valencay por orden de Napoleón) y convocaron a una asamblea representativa española bajo el tradicional nombre de Cortes Generales para dotar a dicha nación de una norma fundamental que les permitiera regirse.

Ahora bien, el llamado de las Juntas no se circunscribió únicamente a los habitantes del territorio europeo de España, pues, como es bien sabido, casi la totalidad de Las Indias (antiguo nombre del continente americano) pertenecía a la monarquía ibérica desde finales del siglo XV, por

lo que la invitación se extendió a todos los territorios que conformaban a los virreinos españoles en Las Indias. Este proceso incluyó por supuesto al territorio de la entonces provincia colonial de Costa Rica (adscrita a la Real Audiencia y Capitanía General de Guatemala, y esta al Virreinato de la Nueva España, cuya capital era la Ciudad de México), eligiéndose como nuestro representante al eximio presbítero cartaginés Florencio del Castillo Villagra.

En consecuencia y, tras casi dos años de trabajos de las Cortes, el 19 de marzo de 1812, se emitió la pionera Constitución Política de la Monarquía Española o comúnmente llamada Constitución de Cádiz, la cual implicó una doble significancia, ya que, por una parte, fue la primera Constitución de la historia española, indiana (americana) y costarricense, mientras que, por otro lado, se erigió en la primera norma de su tipo en llevar el nombre formal de Constitución Política. Aspecto este último de gran significancia, pues, tras los procesos autonomistas, dicho aspecto nominal sería imitado por casi todos los países hispanoamericanos en sus respectivas normas superiores.

Así, en lo concerniente a Costa Rica, la Constitución de Cádiz entró en vigencia formal en noviembre de 1812, siendo en su artículo 372 cuando se estableció el antecedente más antiguo de nuestro actual Control de Constitucionalidad (el POLÍTICO en concreto), el cual se asignó al órgano de las Cortes al señalar:

[...] Art. 373.- Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución, que se les hubieren hecho presentes, para

poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que la hubieran contravenido [...]. (El resaltado es nuestro).

b) El control legislativo (autónomo)

Nueve años más tarde de la emisión de la Constitución de Cádiz y tras la consolidación de los actos independentistas respecto de España, fue precisamente en 1821 cuando se emitió la primera Constitución Política de la era independiente de Costa Rica y la segunda de nuestra historia, con cuyo nombre no solo se hizo referencia directa a los planteamientos filosóficos del Contractualismo en general, sino también a la obra del Contrato Social de J. J. Rousseau en particular, pues dicha norma fue denominada con el apelativo formal de Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica (diciembre, 1821) o comúnmente llamado Pacto de Concordia.

Dos años más tarde se emitió nuestra tercera ley constitucional bajo el nombre de Primer Estatuto de la Provincia de Costa Rica (marzo, 1823), la cual fue rápidamente sustituida por una cuarta norma de este tipo, a la que se llamó Segundo Estatuto de la Provincia de Costa Rica (mayo, 1823).

Así, en el contenido de estos tres textos constitucionales, no se dispuso una norma específica sobre el Control de Constitucionalidad, pues se decidió aplicar subsidiariamente el artículo 372 de la ya referida Constitución de Cádiz.

Un año después, el panorama constitucional costarricense se modificó radicalmente, por cuanto nuestro país se adhirió al ente conocido como Re-

pública Federal de Centroamérica, el cual agrupó a las antiguas cinco provincias coloniales centroamericanas (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica). Sin embargo, este nuevo modelo regional no se basó en el tradicional paradigma del Derecho Romano que había sustentado al antiguo ordenamiento jurídico colonial, sino que se basó en el sistema normativo del Common Law anglosajón en general y del ya mencionado constitucionalismo estadounidense en particular, pues se consideró que el éxito obtenido por dicha nación podría ser trasplantado al istmo centroamericano.

Así, se debe señalar en calidad de aspecto paralelo que, apenas dieciséis años después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de los EE.UU., se dio uno de los hitos más importantes de su historia judicial, pues se emitió la pionera sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, la cual fue obra, en 1803, del conocido juez John Marshall (Presidente de la Suprema Corte de esa nación desde 1801). Afamado veredicto que originó la llamada Judicial Review (revisión judicial), en virtud de lo cual, se estableció el llamado Control JUDICIAL de Constitucionalidad, es decir, la potestad asignada a la judicatura para vigilar que ninguna legislación o acto contraviniera al texto constitucional.

Fue entonces bajo este panorama jurídico anglosajón, cuando las cinco naciones centroamericanas aprobaron la denominada Constitución de la República Federal de Centroamérica (noviembre, 1824), en donde se mantuvo el tradicional Control POLÍTICO de Constitucionalidad al determinarse:

[...] Art. 99.- El Senado Federal cuidará de sostener la Constitución, velará sobre el cumplimiento de las le-

yes generales y sobre la conducta de los funcionarios del Gobierno Federal [...]. (El resaltado es nuestro).

Así, por vez primera en nuestra historia, se agregó un Control JUDICIAL de Constitucionalidad cuando se escrituró:

[...] Art. 136.- La Suprema Corte de Justicia conocerá en última instancia, con las limitaciones y arreglo que hiciere el Congreso, de los casos emanados de la Constitución, de las leyes generales, de los tratados [...]. (El resaltado es nuestro).

Sin embargo, como puede claramente colegirse, ese doble Control de Constitucionalidad se aplicaba únicamente en aquellas situaciones donde las cinco naciones centroamericanas estuvieran involucradas a nivel federal. Pues, como es propio de un sistema político-normativo de esa índole, además de una Constitución Política en general, cada uno de los cinco países emitieron su propia Constitución Política interna.

Situación que en el caso costarricense aconteció con la entrada en vigencia de la llamada Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica (enero, 1825), en cuyo articulado se mantuvo el Control POLÍTICO de Constitucionalidad, ya que se estipuló:

[...] Art. 55, inc. 5.- El Congreso velará por el cumplimiento de la Constitución Federal, de esta Ley Fundamental y de las leyes generales y particulares [...]. (El resaltado es nuestro).

A lo anterior se unió la sui generis creación de un llamado Poder Conservador, el cual, bajo el nombre de Consejo y con atribuciones similares a las de un Senado, instituyó por primera vez el Control de Constitucionalidad A PRIORI en nuestra historia, pues sus miembros debían:

[...] Art. 68, inc. 1°.- Dar o negar la sanción de toda ley, resolución legislativa decreto del Congreso. Inc. 5°.- velar sobre el cumplimiento de la Ley Fundamental y demás del Estado y dar cuenta al Congreso de las infracciones que advierta o se le informen [...].(El resaltado es nuestro).

Poco menos de quince años más tarde y a raíz de la visionaria voluntad del Jefe de Estado, Lic. Braulio Carrillo Colina, nuestro país se separó de la República Federal de Centroamérica (1838), con lo cual solo quedó en vigencia la Ley Fundamental de 1825. Esta a su vez fue derogada con la entrada en vigencia de una nueva norma constitucional con el nombre de Decreto de Bases y Garantías (marzo, 1841), en cuyo contenido no se hizo mención alguna sobre el Control de Constitucionalidad. Para 1842 el Decreto de Bases y Garantías fue suprimido y se optó por reinstalarse la vigencia de la Ley Fundamental de 1825, con lo que volvió a regir el Control POLÍTICO de Constitucionalidad en ella contenido.

Dos años después, inició vigencia la denominada Constitución Política del Estado de Costa Rica (abril, 1844), la cual no solo se convirtió en la primera norma costarricense que ostentó ese

nombre específico en nuestra historia, sino que también mantuvo inalterable el Control POLÍTICO de Constitucionalidad, al indicar:

[...] Art. 106, inc. 29.- El Poder Legislativo debe hacer que se observe puntual y cumplidamente la Constitución y leyes del Estado y las de la República, cuidando de que tenga efecto la responsabilidad de los funcionarios.

Art. 126, inc. 1°.- El Senado debe velar sobre el cumplimiento de la Constitución y leyes del Estado o generales a que se haya dado el pase, y representar a la Cámara de Representantes por la infracción que advierta o se le informe respecto de los otros Poderes.

Inc. 2°.- Reclamar de estos la observancia de la Constitución y las leyes y resistir la ejecución de cualquiera decreto, orden o providencia directamente opuestas a ellas, hasta que se resuelva por el Poder Legislativo [...]. (El resaltado es nuestro).

A continuación, nuestro país aprobó la llamada Constitución Política de 1847 (febrero), en la que, además de eliminar el bicameralismo, se asignó en exclusiva al Congreso el ejercicio del Control POLÍTICO de Constitucionalidad, cuando se indicó:

[...] Art. 188.- El primer deber del Cuerpo Legislativo, al abrir

sus sesiones, será examinar las infracciones del a Constitución, de que le informe la Comisión permanente, a efecto, de hacer positiva la responsabilidad de los infractores [...]. (El resaltado es nuestro).

Al año siguiente y como resultado de la entrada en vigencia de la coloquialmente conocida como Constitución Política “Reformada” (noviembre, 1848), no se realizó acepción alguna sobre el Control de Constitucionalidad, pues al haberse conceptualizado a esta nueva norma como una reforma de la Constitución Política de 1847 (aunque en realidad era un texto casi nuevo en su totalidad), tácitamente se mantuvo vigente el control POLÍTICO en ella contenido.

Misma ausencia de mención expresa y, por ende, del mantenimiento tácito de un Control POLÍTICO de Constitucionalidad, que se dio con el inicio de la Constitución Política de 1859 (diciembre), en la que únicamente se escrituró a este respecto:

[...] Art. 11.- Toda ley, decreto u orden, ya emane del Poder Legislativo o del Ejecutivo, es nula y de ningún valor siempre que se oponga a la Constitución [...]. (El resaltado es nuestro).

Empero, resulta imperioso indicar que la norma constitucional de 1859 produjo un ostensible hito en la historia jurídica de Costa Rica, pues, tomando como base al ordenamiento legal británico, fue en su artículo 37 en donde se introdujo, por vez primera, el entonces llamado Derecho de Habeas Corpus .

Una década más tarde y a raíz de la emisión de la Constitución Política de 1869 (febrero), se mantuvo intacto el tácito Control POLÍTICO de Constitucionalidad que había estado en uso por más de veinte años, pues únicamente se dispuso:

[...] Art. 12.-Las disposiciones del Poder Legislativo o del Ejecutivo que fueren contrarias a la Constitución son nulas y de ningún valor, cualesquiera que sea la forma en que se emitan [...]. (El resaltado es nuestro).

Sin embargo, tal y como ya había acontecido por única vez en 1824, fue en dicha norma fundamental de 1869 cuando se volvió a implementar, de modo paralelo, un Control JUDICIAL de Constitucionalidad, al establecerse que:

[...] Art. 135.- La Corte Suprema de Justicia puede suspender por mayoría de votos, por sí, a pedimento del Fiscal o de cualquier ciudadano la ejecución de las disposiciones legislativas que sean contrarias a la Constitución [...]. (El resaltado es nuestro).

Asimismo, el Derecho de Habeas Corpus se mantuvo incólume al refrendarse en el artículo 35 de dicha Constitución de 1869.

No obstante, el Control de Constitucionalidad bipartito antes señalado fue de corta duración, pues, apenas dos años más tarde, comenzó la positividad de la Constitución Política de 1871 (diciembre), en la que se mantuvo íntegro lo dispuesto en el artículo 12° constitucional de 1869 (ahora

bajo el numeral 17°), y se derogó el Control JUDICIAL de Constitucionalidad, lo que implicó la restauración de la función del Congreso como ente encargado del Control POLÍTICO de Constitucionalidad, tal y como quedó plasmado así:

[...] Art. 17.- Las disposiciones del Poder Legislativo o del Ejecutivo que fueren contrarias a la Constitución son nulas y de ningún valor, cualesquiera que sea la forma en que se emitan.

Art. 73, inc. 13.- Es atribución exclusiva del Congreso: dar las leyes, reformarlas, interpretarlas y derogarlas [...]. (El resaltado es nuestro).

Finalmente, cabe señalarse que en lo relativo al Derecho de Habeas Corpus, esta figura fue relegitimada en el artículo 41 de dicha norma decimonónica, mientras que la vigencia de dicha Constitución se mantuvo hasta julio de 1876 cuando fue suspendida a raíz de un Golpe de Estado, siendo luego reinstaurada en abril de 1882 en virtud de un decreto del Poder Ejecutivo.

4. El Control POLÍTICO-JUDICIAL de Constitucionalidad

a) Disparidad del Control POLÍTICO-JUDICIAL de Constitucionalidad

Desde 1882, las autoridades gubernativas de Costa Rica empezaron a proyectar la modificación y adecuación de una serie de leyes que se consideraban obsoletas o vetustas para las realidades jurídicas finiseculares. Así, tras años de intensos trabajos, fue en 1888 cuando entraron en vigencia nuevas normativas como el Código Civil, el Có-

digo de Procedimientos Civiles, la Ley Orgánica del Notariado, la Ley Orgánica del Registro Civil y la Ley Orgánica de Tribunales.

En ese sentido, uno de los cambios más ostensibles se generó a raíz de lo estipulado en la última de esas leyes orgánicas, puesto que en su texto se determinó:

[...] Art. 8.- No podrán los funcionarios del orden judicial aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos que sean contrarios a la Constitución [...]. (El resaltado es nuestro).

Lo anterior provocó entonces el advenimiento, por tercera vez en nuestra historia, de un control bipartito de constitucionalidad, pues junto al novel Control JUDICIAL que imponía ahora a todos las personas funcionarias de dicho Poder de la República abstenerse de realizar cualquier acción vejatoria contra la Constitución Política, también se mantuvo incólume el Control POLÍTICO establecido en el ya antes citado artículo 73 de la entonces vigente norma fundamental de 1871.

Dos aspectos se desprendieron de esta situación. En primera instancia, dado que la prerrogativa instaurada en 1888 había sido emitida a nivel legal, podía entonces alegarse una superioridad jerárquica del artículo 73 constitucional, con lo cual el Control POLÍTICO de Constitucionalidad terminaba imponiéndose siempre al JUDICIAL. Asimismo, la instauración del nuevo modelo permitió la introducción en nuestra historia del llamado Control DIFUSO o DESCONCENTRADO de Constitucionalidad, en virtud del cual, ahora todo juez –sin distingo de categoría, jerarquía o com-

petencia- se encontraba facultado para velar por el cumplimiento y legitimidad de la Constitución.

Fue entonces cuando aconteció la emisión de la primera sentencia judicial sobre aspectos de constitucionalidad de nuestra historia, lo cual ocurrió cuando la otrora Sala de Casación se pronunció en el caso Chinchilla contra Ureña (1890) en la que declaró la constitucionalidad de varias normas impugnadas. Contrario sensu, el caso Sibaja (1892) se erigió en el primer veredicto sobre inconstitucionalidad de nuestro acervo jurídico.

A continuación, el citado control conjunto de constitucionalidad se siguió desarrollando hasta el final de la centuria decimonónica y los primeros tres lustros del siglo XX, siendo curiosamente su faceta como Control JUDICIAL de Constitucionalidad la que se presentó con más intensidad.

Empero y de modo lamentable, el anterior panorama se vio súbitamente frenado a raíz del conocido caso Alfaro contra Registrador (1915), pues, a raíz de la emisión de una sentencia de inconstitucionalidad que la Sala de Casación realizó contra un decreto del Poder Ejecutivo, las autoridades de este último (lideradas por el presidente Alfredo González Flores) optaron por la estratagema de solicitarle al Congreso que les concediera la legitimidad que el Poder Judicial les había denegado, lo cual, en efecto, así aconteció.

Este hecho provocó entonces el declive del Control JUDICIAL de Constitucionalidad, así como el subsiguiente empoderamiento del Control POLÍTICO de Constitucionalidad, pues los magistrados de la Sala de Casación optaron por casi no volver a pronunciarse sobre aspectos de constitucionalidad en razón de la reprochable

actitud que los personeros del Poder Ejecutivo y el Legislativo habían efectuado.

Como complemento, cabe indicarse que había sido desde noviembre de 1909, cuando se puso en vigencia la pionera Ley de Habeas Corpus, lo cual se hizo con el objeto de regular una serie de aspectos sobre dicha figura normativa que habían impedido una efectiva materialización de sus efectos y alcances.

b) Equiparación del control POLÍTICO-JURÍDICO de Constitucionalidad

Como resultado de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1917 (junio), se dio por fin una equivalencia jerárquica entre el Control JUDICIAL y el POLÍTICO de Constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, pues en cuanto al primero de ellos, se señaló:

[...] Art. 7.- Las disposiciones de los Poderes Legislativo o del Ejecutivo que fueren contrarias a la Constitución son nulas y de ningún valor ni efecto, cualesquiera que sea la forma en que se emitan. Los Tribunales de Justicia no las obedecerán ni aplicarán en ningún caso [...]. (El resaltado es nuestro).

Mientras que en relación con el segundo se dispuso:

[...] Art. 77, inc. 1.- Son atribuciones de la Cámara de Diputados: dar las leyes que le correspondan, interpretarlas, modificarlas y derogarlas [...]. (El resaltado es nuestro).

Asimismo, según lo normado en el artículo 31 de dicha Constitución Política, la figura del Habeas Corpus permaneció vigente, presentando eso sí, la pionera innovación de calificarla ahora como un recurso.

Sin embargo, la norma fundamental de 1917 tuvo una vida jurídica bastante efímera, pues fue derogada en 1919, por lo que, al igual a como había sucedido en 1882, un decreto del Poder Ejecutivo puso por tercera vez en vigencia a la decimonónica Constitución Política de 1871. Este hecho, además de volver a la situación de disparidad jerárquica entre el Control POLÍTICO y el JUDICIAL de Constitucionalidad, supuso la eliminación del nombre de recurso y el regreso a la conceptualización como derecho de la garantía del Habeas Corpus, cuya ley de 1909 fue sustituida por otras posteriores (1919, 1921, 1922), hasta que se emitió la Ley de Habeas Corpus (1932), cuya vigencia se mantendría por las próximas seis décadas.

5. El Control JUDICIAL de Constitucionalidad en Costa Rica

a) El control CONCENTRADO de Constitucionalidad

El desarrollo doctrinario del Derecho en el siglo XX tuvo como uno de sus más importantes exponentes al jurista austriaco Hans Kelsen, quien, entre muchas otras obras, fue el principal redactor de la conocida Constitución Austríaca (1920) y del afamado libro *Reine Rechtslehre* (Teoría Pura del Derecho, 1934). Así, entre sus múltiples tesis, Kelsen postuló la imperiosa necesidad de que el Control de Constitucionalidad fuera ejercido en exclusiva por un solo órgano judicial, en concreto por un Tribunal Constitucional (lo cual

logró en su país y del que formó parte entre 1921 y 1930), siendo conocido en años posteriores como el fundador de una nueva disciplina jurídica: el Derecho Procesal Constitucional.

En ese sentido, dichos planteamientos empezaron a ser adoptados en Costa Rica cuando dos nuevas normativas entraron en vigencia. Así, por una parte, estuvo una reforma que se hizo al entonces vigente Código de Procedimientos Civiles de 1933 y que comenzó a regir en 1938, al determinarse:

[...] Art. 962.- Del Recurso de Inconstitucionalidad. Las demandas para que se declare la inaplicabilidad de un ley, decreto, acuerdo o resolución por considerarlos contrarios a una disposición constitucional, serán presentadas en la Secretaría de la Corte, tramitadas por el Presidente de la Corte Plena y resueltas por ésta con la concurrencia de todos sus miembros [...]. (El resaltado es nuestro).

Mientras que, en paralelo, se aprobó una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (1938), en donde se dispuso:

[...] Art. 8.- No podrán los funcionarios que administran justicia aplicar leyes, decretos, acuerdos o resoluciones que sean contrarios a la Constitución, cuando la inaplicabilidad haya sido declarada por la Corte Plena [...]. (El resaltado es nuestro).

De lo anterior se desprendieron entonces dos situaciones. En primera instancia, fue en este momento histórico cuando nuestro ordenamiento jurídico contó, de modo pionero, con un mecanismo que, bajo el nombre de Recurso de Inconstitucionalidad, sirviera para eliminar cualquier norma o acto que contraviniera a la Constitución Política, lo cual se materializó, por vez primera, con la emisión de la sentencia de inconstitucionalidad respecto al llamado caso Saborío contra Tinoco (1938).

Asimismo, la aplicación de este nuevo modelo le fue asignada a la Corte Plena, es decir, a la conjunción de los magistrados, ya que en el caso de que estos determinaran que una legislación o similar era inconstitucional, esta era inmediatamente derogada del ordenamiento jurídico.

No obstante y esto en calidad de crasa inconveniencia jurídica, las dos normativas de 1938 presentaron la misma situación de inferioridad jerárquica que ya se había presentado en 1888, pues no se derogó el Control POLÍTICO de Constitucionalidad vigente en el artículo 73 de la Constitución Política de 1871. Aspecto que, como puede inferirse, resultaba absolutamente contradictorio con los fines que pretendía el recién creado Control CONCENTRADO de Constitucionalidad.

Empero, la irracional situación antes descrita se mantuvo apenas vigente por una oncenena de años, pues fue a raíz de la positividad de la Constitución Política de 1949 (noviembre), cuando se eliminó por fin el Control POLÍTICO de Constitucionalidad de nuestro ordenamiento jurídico, a lo que se unió la elevación, a rango constitucional, del Control CONCENTRADO de Constituciona-

lidad, al establecerse:

[...] Art. 10.- Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas [...] Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, con votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo [...]. (El resaltado es nuestro).

Para la aplicabilidad efectiva de este asunto se mantuvo intacto el ya referido Recurso de Inconstitucionalidad contenido en el artículo 962 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles.

Asimismo, se dispuso mantener la figura del Habeas Corpus (artículo 48), pero reasignándole el nombre de recurso que ya había tenido entre 1917 y 1919. Además, se agregó un aspecto de capital importancia en nuestra historia jurídica, pues, basándose en la legislación mexicana en general y la Constitución Política que ese mismo país había emitido en 1917 en particular, fue también en el texto de dicho artículo 48 donde se instauró la figura del Recurso de Amparo, al señalarse que:

[...] Art. 48.- Para mantener el goce de otros derechos consagrados en esta Constitución, a toda persona le asiste, además, el Recurso de Amparo [...]. (El resaltado es nuestro).

Cabe resaltar que, apenas dos años más tarde y con el objetivo de contar con una normativa que regulara todos los aspectos atinentes a la procedencia, regulación y procedimientos del novel Recurso de Amparo, la Asamblea Legislativa aprobó la denominada Ley de Amparo (1950), la cual fue reformada en 1952 por la Ley N.º 1495.

b) El control SÚPER-CONCENTRADO de Constitucionalidad

Desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas (1945), Costa Rica comenzó a suscribir una serie de tratados y acuerdos referentes al respeto de los Derechos Humanos, destacado a tal efecto tres de esos convenios en los que se hace mención expresa de los recursos de Habeas Corpus y Amparo como garantías fundamentales: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, artículos 3 y 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, artículos 2 y 9) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, artículos 7 y 25).

Después de la entrada en vigor (1978) del último de esos tratados, conocido también como Pacto de San José, se instaló en la capital costarricense la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979) y le correspondió al jurista Rodolfo Piza Escalante el honor de fungir como su primer presidente.

Así, el largo derrotero que Costa Rica había empezado a realizar desde antaño en materia constitucional, se vio ostensiblemente complementado con su activa participación en la defensa internacional de esa misma temática. Este fue el preámbulo para que se empezara a intercambiar pareceres en diversos estratos del país, sobre la posible

creación de un órgano a lo interno del Poder Judicial que se dedicara en exclusiva a conocer y pronunciarse sobre asuntos de constitucionalidad.

Por fin, en 1987 se presentó ante la Asamblea Legislativa el Proyecto de Ley N.º 10.401, el cual comenzó un largo período de dos años de debates e intensos intercambios de pareceres sobre su contenido, incluidos los manifestados por una comisión de juristas expertos que había sido creada por el Poder Ejecutivo para tal efecto (conformada por dos representantes del Poder Judicial, dos del Legislativo y dos del Ejecutivo, uno del Tribunal Supremo de Elecciones, uno del Colegio de Abogados y dos reconocidos jurisconsultos). Lo anterior devino en la emisión de la Ley N.º 7.128 (agosto, 1989) bajo el nombre de Reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, donde se dispuso:

[...] Art. 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público.

Art. 48.- Toda persona tiene el derecho al Recurso de Habeas Corpus para garantizar su libertad e integridad personales y al Recurso de Amparo para mantener o restablecer el goce de otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en la República.

Ambos recursos serán competencia de la Sala indicada en el artículo 10 [...].
(El resaltado es nuestro).

En paralelo, fue también en 1987, cuando se incoó ante el Congreso el proyecto de Ley N.° 10.273, el cual fue aprobado como Ley N.° 7.135 (octubre, 1989) con el apelativo de Ley de la Jurisdicción Constitucional, en cuyo texto se determinó:

[...] Art. 2.- Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

a) Garantizar, mediante los Recursos de Habeas Corpus y de Amparo, los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política y los Derechos Humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.

b) Ejercer el Control de Constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la Acción de Inconstitucionalidad y demás cuestiones de Constitucionalidad.

Art. 4.- La jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política.

Art. 113.- Derogase las siguientes leyes:

a) La Ley de Habeas Corpus, N.° 35, del 24 de noviembre de 1932.

b) La Ley de Amparo, N.° 1161, del 2 de junio de 1950

Los artículos 962 a 969 del Código de Procedimientos Civiles de 1933[...]. (El resaltado es nuestro).

Así, fue desde ese momento histórico en que se instauró en Costa Rica un Control SÚPER CENTRADO de Constitucionalidad, en razón del cual se le asignó dicha función a un cuarto órgano de magistrados del Poder Judicial bajo el nombre de Sala Constitucional. También, el antiguo apelativo del Recurso de Inconstitucionalidad fue correctamente modificado por el de Acción de Inconstitucionalidad. Mientras que las tres normativas especiales que habían regulado a los aspectos de estas materias por casi 60 años, fueron eliminadas.

De seguido, se procedió al nombramiento de los primeros siete magistrados del novel ente, designándose tal efecto a los juristas: Alejandro Rodríguez Vega (presidente), Juan L. Arias Arias, Rodolfo Piza Escalante, Jorge Baudrit Gómez, Jorge Castro Bolaños, Luis P. Mora Mora y Luis F. Solano Carrera.

Asimismo, el primer caso conocido por dicha Sala fue precisamente un Recurso de Habeas Corpus interpuesto por un individuo de apellidos Cordeiro Picado a favor de un hermano suyo, respecto de quien se alegaba que había sido ilegítimamente detenido por el delegado distrital del cantón de La Unión adscrito a la entonces existente Guardia de Asistencia Rural. Este asunto fue decidido el 29 de septiembre de 1989 bajo el voto 1-89, don-

de se ordenó el archivo del expediente en razón de que el supuesto agraviado había sido puesto en libertad desde hacía varios días.

Similar situación a la acontecida con la interposición del primer Recurso de Amparo dilucidado por la Sala Constitucional, cuyo recurrente fue un ciudadano de apellidos Zúñiga Leitón quien incoó dicho instrumento contra las autoridades de la Municipalidad de Montes de Oca. Empero, como dicho reclamante optó por desistir del recurso con posterioridad, el novel ente constitucional ordenó, el 3 de octubre de 1989, el archivo del expediente de cita por medio del voto 2-89.

También, ese mismo 3 de octubre, la Sala Constitucional, declaró sin lugar un Recurso de Habeas Corpus por vez primera, por medio del voto 5-89, mientras que el primero de esos recursos al que se declaró con lugar, se redactó el 6 de octubre de 1989 por medio del voto 9-89. Por su parte, el primer Recurso de Amparo declarado sin lugar se decidió el 25 de octubre de 1989 a raíz del voto 46-89, correspondiéndole al voto 49-89 erigirse en el primer Recurso de Amparo declarado con lugar.

Con posterioridad, el 15 de noviembre de 1989 y por voto 90-89, la Sala Constitucional dilucidó la primera Acción de Inconstitucionalidad que se sometió a su conocimiento, la cual se rechazó por improcedente, y el 23 de noviembre de ese mismo año y por voto 121-89, se pronunció sobre la primera Consulta Legislativa de Constitucionalidad que se le remitió.

Así, ya para finales de 1989 y tras sus primeros cuatro meses en funciones, la Sala Constitucional emitió un total de 206 votos sobre Recurso de Habeas Corpus y Amparo, Acciones de Inconstitucio-

nalidad y Consultas Legislativas, lo cual se erigió en la base de los eximios trabajos que protagonizaría a lo largo de las próximas tres décadas.

6. Conclusión

El término del presente artículo de investigación permite afirmar el indubitable hecho histórico de que, incluso antes de su inicio como nación autónoma, el territorio costarricense contó desde 1812 con un mecanismo que permitió la vigilancia y el resguardo de su primera Constitución Política, lo cual se erigió en el punto de comienzo de la aplicación del Control de Constitucionalidad en nuestra historia.

En ese sentido, dicho mecanismo de control (político) no sufrió menoscabo tras nuestra independencia, pues se mantuvo incólume en nuestras Constituciones Políticas decimonónicas hasta que, tras un lógico desarrollo jurídico, se conceptuó la necesidad de que dicha función fuese ejercida por órganos jurisdiccionales, tal y como ocurrió con la trascendente reforma que se verificó en 1888, cuando una nueva Ley Orgánica de Tribunales encomendó también a las personas funcionarias judiciales dicha fiscalización.

Empero y esto como propio de la mentalidad finisecular, no se derogó el control político preexistente, por lo que se mantuvieron vigentes ambas formas de Control de Constitucionalidad por el resto del siglo XIX y varios lustros de la centuria subsiguiente.

Con posterioridad y, sobre todo, por el influjo de nuevas teorías jurídicas, el citado control (judicial) terminó por imponerse a su similar político, lo cual sucedió primero a nivel normati-

vo (1938) y luego a nivel constitucional (1949), siendo por los próximos cuarenta años cuando los magistrados de la Corte Plena se erigieron en el órgano encargado de materializar dicha actividad. Lo anterior se transformó de modo radical con la creación de la Sala Constitucional (1989), pues dicho ente no solo se convirtió en el garante por antonomasia del respeto y del cumplimiento de la Constitución Política, sino que también redimensionó el elenco de derechos, garantías y prerrogativas de los y las costarricenses desde su fundación y hasta el presente año 2019 en el que se encuentra cumpliendo 30 años de egregia existencia.

7. Bibliografía

- ABBAGNANO, Nicola. (1963). Diccionario de Filosofía. México D.F.: FCE.
- ACOSTA SÁNCHEZ, José. (1998). Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Madrid: Editorial TECNOS.
- Actas de la Asamblea Nacional Constituyente. (1951). San José: Imprenta Nacional.
- AGUILAR BULGARELLI, Óscar. (1978). Evolución político-constitucional de C.R. San José: Imp. Lehmann.
- ARAYA POCHE, Carlos. (2005). Historia del Derecho Constitucional Costarricense. San José: EUNED.
- ARIAS RAMÍREZ, Bernal. (2001). Reformas Constitucionales. San José: IJSA.
- BLACK, Jeremy. (1997). La Europa del siglo XVI-II. Madrid: Ediciones Akal.
- Constitución Política de la Monarquía Española. (1812).
- Constitución de la República Federal de Centroamérica. (1824).
- Constitución Política del Estado de Costa Rica. (1844).
- Constitución Política, (1847)
- Constitución Política. (1848)
- Constitución Política. (1859)
- Constitución Política. (1869)
- Constitución Política. (1871)
- Constitución Política. (1917)
- Constitución Política. (1949)
- Corte Suprema de Justicia y Sala Constitucional. (2000). Jurisprudencia constitucional: recopilación de las sentencias de Constitucionalidad dictadas entre 1890 y 1990 por la Corte de Casación y la Corte Plena. (Tomo III: sentencia de Corte Plena 1983-1990). San José: EUNED.
- CHUST, Manuel. (2006). “Entre la insurgencia y el colonialismo: las Cortés de Cádiz y el autonomismo americano (1808-1837)”. Revista Historia y Sociedad, n.º 12.
- DE VATTEL, Emer. (1834). El Derecho de Gentes y Principios de la Ley Natural. Madrid: Imprenta Amarita.
- Decreto de Bases y Garantías (1841).
- ECHEGOYEN, Javier y otros. (2008). Historia de la Filosofía. Madrid: Ed. Marenostrum.
- FERNÁNDEZ, Rafael y BLACKMORE, Hazel. (2008). ¿Qué es Estados Unidos? México D.F.: FCE.
- FERNÁNDEZ GUARDIA, Ricardo. (1984). Cartilla histórica de C.R. San José: Imprenta Lehmann.
- FERRERES COMELLA, Víctor. (2011). Una defensa del modelo europeo de Control de Constitucionalidad. Madrid: Editorial Marcial Ponsa.

- FIX ZAMUDIO, Héctor. (1991). “La Justicia Constitucional”. *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 1.
- FOURNIER ACUÑA, Fernando. (1978). *Historia del Derecho*. San José: Ed. Juricentro.
- FRIEDRICH, Carl. (1964). *La Filosofía del Derecho*. México D.F.: FCE.
- GUIER ESQUIVEL, Jorge E. (1968). *Historia del Derecho*. San José: ECR.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Carlos J. (1979). *El funcionamiento del sistema jurídico*. San José: Ed. Juricentro.
- _____. (1985). “El subdesarrollo del Derecho Público”. *Revista Ciencias Jurídicas*, n.º 53.
- _____. (1988). “La Constitución norteamericana como ley importada”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 61.
- GUTIÉRREZ NÚÑEZ, Pedro. (1992). *Calendario histórico: 500 años de historia de Costa Rica*, San José: UACA.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. (1990). *Las libertades públicas en C.R.*, San José: Editorial Juricentro.
- _____. (1994). *El Derecho de la Constitución*. (Tomo II). San José: Editorial Juricentro.
- _____. (1995). *Derecho Procesal Constitucional*. San José: Editorial Juricentro.
- JIMÉNEZ MEZA, Manrique. (2017). *Filosofía del Derecho*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- JURADO FERNÁNDEZ, Julio. (2000). “El valor de la Constitución y el desarrollo constitucional costarricense”. *Revista de Historia (UCR-UNA)*, n.º 41.
- LASCARIS COMNENO, Constantino. (1983). *Desarrollo de las ideas filosóficas en Costa Rica*. San José: UACA.
- LEÓN O., Romero. (1951). *El Juicio de Amparo*. México D.F.: Edit. Constancia.
- Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica. (1825).
- Ley de la Jurisdicción Constitucional. (1989).
- Ley Orgánica del Poder Judicial. (1888). San José: Imprenta Nacional.
- Ley Orgánica del Poder Judicial. (1938). San José: Imprenta Nacional.
- Los Derechos Humanos en Costa Rica. (1999). San José: Ministerio de relaciones Exteriores.
- MALAVASSI, Guillermo y GUTIÉRREZ, Pedro. (1992). *Diccionario biográfico de Costa Rica*. San José: UACA.
- MIRANDA FONSECA, Héctor. (2017). *La Independencia jurídica de Costa Rica*. San José: EDI-NEXO.
- MONGE ALFARO, Carlos. (1955). *Historia de Costa Rica*. San José: Imprenta Las Américas.
- MONTENGERO, Wálter. (1956). *Introducción a las doctrinas político-económicas*. México D.F.: FCE.
- MORA MORA, Luis P. (2001). *Historia del Poder Judicial en la segunda mitad del siglo XX y sus retos futuros*. San José: EUNED.
- MORELLI COZZA, Francisco. (1957). “Jurisdicción Constitucional”. *Revista de Ciencias Jurídico-Sociales (Universidad de Costa Rica)*, n.º 2.
- OBREGÓN LORÍA, Rafael. (1981). *Hechos militares y políticos*, Alajuela: MHCJS.
- OBREGÓN QUESADA, Clotilde. (2007-2009). *Las Constituciones de Costa Rica*. (Tomo I-V). San José: EUCR.
- OROZCO SOLANO, Víctor. (2013). “El Control de Constitucionalidad en la Constitución de 1949: algunos antecedentes históricos”. En: DÍAZ REVORIO, Francisco y otros. *Reflexiones sobre la justicia constitucional en Latinoamérica*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.

_____. (2017). La fuerza normativa de la Constitución, México D.F.: Editorial Porrúa.

OROZCO SOLANO, Víctor y otros. (2013). El Recurso de Amparo en Costa Rica. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas.

OSSORIO, Manuel. (2008). Diccionario de Ciencias Jurídicas. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica. (1821).

PARKER, Philip. (2010). Historia mundial. Buenos Aires: Editorial El Ateneo.

PERALTA QUIRÓS, Hernán. (1962). Las Constituciones de Costa Rica. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

_____. El Pacto de Concordia. (1972). San José: Editorial Lehmann.

PICADO GUERRERO, Antonio. (1937). Explicación de las reformas al Código Procesal Civil. San José: Imprenta Nacional.

Primer Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica. (1823).

Revista de Jurisprudencia Constitucional, n.º 1(1989).

RIEU-MILLAN, Marie. (1988). “Los Diputados americanos en las Cortes de Cádiz: elecciones y representatividad”. Revista Quinto centenario, n.º 14.

RODRÍGUEZ RUÍZ, Armando. (1978). Administración González Flores. San José: EUCR.

RODRÍGUEZ VEGA, Eugenio. (1980). Biografía de Costa Rica, San José: ECR.

SÁENZ CARBONELL, Jorge. (1991). “Orígenes del Control de Constitucionalidad en Costa Rica”. Revista de Derecho Constitucional, n.º 1.

_____. (1999). “Inicios del Control Judicial de Constitucionalidad en Costa Rica: el fallo de la Sala de Casación en el caso Chinchilla vs. Ureña”. Revis-

ta de Ciencias Jurídicas, n.º 89.

_____. (2008). Los sistemas normativos de Costa Rica. Heredia: Editorial Chico.

_____. (2014). “Los textos jurídicos en la primera biblioteca universitaria de Costa Rica”. Ius Doctrina, n.º 7.

SÁENZ CARBONELL, Jorge F. y MASÍS PINTO, Mauricio. (2006). Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. San José: EDITORAMA.

SECCO, Óscar y ELLAURI, Pedro. (1972). Edad Media, Buenos Aires: Edit- Kapelusz.

_____. (1972). Edad Contemporánea. Buenos Aires: Edit. Kapelusz.

Segundo Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica. (1823).

SEGURA CARMONA, Jorge. (1982). La clase política y el Poder Judicial en Costa Rica. San José: EUNED.

_____. (1997). Costa Rica, las Naciones Unidas y los organismos internacionales, Heredia: UNA.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando. (2013). Las Constituciones de México. México D.F.: COLMEX.

VALDÉS, Clemente. (2005). “Marbury vs. Madison: un ensayo sobre el origen del poder d los jueces en los Estados Unidos”. Jurídica (Universidad Iberoamericana), n.º 4.

VIALES P., Randall (1994). “El sistema difuso de Control de Constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense”. Tesis de licenciatura en Derecho (UCR).

VOLIO BRENES, Marina. (1980). Costa Rica en las Cortes de Cádiz. San José: Editorial Juricentro.

ZELEDÓN MATAMOROS, Marco. (1941). Reseña histórica del régimen constitucional de Costa Rica. San José: Imprenta Nacional.

_____. (1946). Digesto Constitucional de C.R., San José: Colegio de Abogados.

LA SALA CONSTITUCIONAL 30 AÑOS DESPUÉS HISTORIA, LOGROS Y RETOS

Dra. Vilma Alpízar Matamoros*

RESUMEN

En este artículo, se hace un recorrido histórico de la creación de la Sala Constitucional y de la Ley de Jurisdicción Constitucional, así como de los retos y desafíos que la Sala enfrenta de cara al futuro, entre ellos el independizarse del Poder Judicial, siguiendo el modelo europeo y la elección de magistrados y magistradas, tema que incide en su funcionamiento y que fortalece el principio de independencia judicial.

Palabras claves: Sala Constitucional, creación, Ley de Jurisdicción Constitucional, independencia judicial.

ABSTRACT

This article provides a historical overview of the creation of the Constitutional Chamber and the Law on Constitutional Jurisdiction, as well as the challenges facing the Chamber for the future, including independence from the Judiciary following the European model and the election of Magistrates, a subject that affects its functioning and strengthens the principle of judicial independence.

Key words: Constitutional Chamber, creation, Law of Constitutional Jurisdiction, judicial Independence.

Recibido 24 de octubre de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019

* *Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica, abogada y notaria, doctora en Educación con Énfasis en Mediación Pedagógica de la Universidad De La Salle; profesora en la Universidad de Costa Rica de Historia del Derecho; profesora y coordinadora de la Cátedra de Derecho de Familia y Problemas Actuales de Derecho de Familia; profesora en la Maestría de Derecho Constitucional de la UNED y de la Maestría en Diplomacia del Ministerio de Relaciones Exteriores, exprofesora y exdecana de Derecho de la Universidad De La Salle; exintegrante de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas (2014-2015), directora de la Revista Judicial del Poder Judicial. valpizar@yahoo.com*

Celebramos en este acto solemne uno de los acontecimientos más relevante de la segunda mitad del siglo XX en nuestro Estado de Derecho, quizás sólo superado por la promulgación de la propia Constitución Política de 1949. La decisión de crear una jurisdicción constitucional accesible, celera, sumaria, dinámica, con fuerza vinculante de sus resoluciones —erga omnes—, constituye una de esas decisiones que marcan un antes y un después en la historia de nuestro país. Su mérito indiscutible, es el de haberle devuelto a la Constitución su lugar como instrumento jurídico y político supremo, y por lo tanto, coherencia a nuestro sistema democrático, entre lo que dice y lo que hace.

Dr. Luis Paulino Mora
Mora

expresidente de la
Corte Suprema de
Justicia¹

INTRODUCCIÓN

La Sala Constitucional es quizá la institución que más ha influenciado en la vida política y jurídica de nuestro país y, a la vez, ha impactado por sus múltiples resoluciones en la vida diaria de los costarricenses.

Por supuesto, como toda institución en manos de seres humanos, ha tenido para unos sus aciertos y, para otras, sus desaciertos. Sin embargo, me atrevo a afirmar que es imposible imaginarnos el resguardo de nuestra institucionalidad sin la existencia de ella.

En este año 2019, la Sala Constitucional cumple 30 años de existencia en un país convulso por una serie de cambios que no escapan de acontecimientos continentales y mundiales y que están transformando la fisonomía de los Estados y sus habitantes.

Desde su creación, la Sala ha tenido que resolver asuntos realmente intrincados, muchos de ellos polarizan a la población, ya que como es obvio, en temas polémicos es imposible encontrar la unanimidad o en asuntos tan cuestionados como la reelección presidencial.

Recientemente, temas como la fertilización in vitro, el matrimonio igualitario, el plan fiscal y, últimamente, la resolución en cuanto a la consulta sobre constitucionalidad del proyecto para regular las huelgas son claros ejemplos de esto.

Con motivo de esta fecha conmemorativa, considero que es conveniente hacer un pequeño recorrido histórico y adentrarnos en el origen y la naturaleza de nuestra Sala Constitucional a fin de contribuir a la preservación de la memoria histórica de un órgano tan importante en nuestra democracia.

LA CREACIÓN DE LA SALA Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Antes de 1989, existía una legislación diversa en materia constitucional. Cabe recordar que la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia de 1887 disponía que:

No podrán los funcionarios del orden judicial: [...] Aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos que sean contrarios a la Constitución².

Así se puede afirmar que, anteriormente, existía un sistema difuso de control de constitucionalidad, ejercido por el juez o la jueza común.

En 1937, se aprobaron las reformas al Código de Procedimientos Civiles y a la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la finalidad de eliminar la posibilidad de que el juez ordinario dejara de aplicar las normas que, a su criterio, tuvieran algún indicio de inconstitucionalidad. Con esto se instauraba un control concentrado de constitucionalidad en manos de un órgano judicial, la Corte Suprema de Justicia, aunque no especializado en la materia.

Además de resolver los asuntos de inconstitucionalidad, a la Corte le correspondía resolver los recursos de habeas corpus y los recursos de amparo³ regulados por leyes específicas y que en el caso de la Ley de Amparo, se establecía:

[...] que los recursos de amparo eran competencia de los jueces penales, exceptuando los casos en que los agravios se dirigieran contra miembros de los Supremos Poderes, pues, en tal caso, la competencia la asumía la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia⁴.

Esta dispersión legislativa no permitía aplicar principios generales a estos tres tipos de recursos, los cuales eran conocidos por tribunales diferentes: el de amparo por los jueces penales, salvo como el artículo anteriormente transcrito señala, en los casos de miembros de los supremos poderes que le correspondía a la Sala Primera, y el de habeas corpus y el de inconstitucionalidad que eran conocidos por la Corte en pleno.

Esta situación originó múltiples críticas, entre ellas, las del conocido jurista don Eduardo Ortiz Ortiz, al señalar que la jurisdicción jurisdiccional no estaba conformada por jueces especializados, sino por jueces de la jurisdicción ordinaria, en su mayoría de jurisdicciones civiles, laborales y penales, lo que implicaba que sus resoluciones no fueran a favor de la correcta aplicación de la Constitución, sino a favor de la ley que aplicaban, lo cual explicaba el pequeño número de acciones que se declaraban con lugar.

No solamente no existía un órgano único y especializado, sino que, como en los casos de amparo, los resolvían los jueces de diferentes despachos, lo cual provocaba que no hubiera una uniformidad de criterios⁵.

En la década de los ochenta, la idea de crear una Sala Constitucional y una ley de Jurisdicción Constitucional que la regulara provocó un proceso de discusión muy amplio en el que juristas muy connotados participaron y generaron proyectos, dictámenes, así como pronunciamientos de comisiones y de la Corte Plena.

Sin embargo, este gran esfuerzo no dio los frutos deseados, sino hasta que el entonces presidente de la república, Dr. Óscar Arias Sánchez, nombró una comisión⁶ para analizar proyectos de interés del Poder Judicial y que analizara y modificara proyectos con el fin de redactar iniciativas de ley para agilizar la Administración de Justicia.

Esta comisión estaba integrada por dos magistrados del Poder Judicial, Alejandro Rodríguez Vega y Daniel González Álvarez; dos diputados, Fernando Vellido Jiménez y Carlos Monge Rodríguez; el presidente del Tribunal Supremo de Elecciones, Gonzalo Brenes Camacho; el procurador general de la república, Luis Fernando Solano Carrera; el presidente del Colegio de Abogados, Enrique Rojas Franco; el decano de la Facultad de Derecho, Bernardo Van Der Laat Echevarría; Rodolfo Pizza Escalante como abogado especialista, y la coordinación a cargo de Luis Paulino Mora Mora como ministro de Justicia y Gracia.

El 26 de junio de 1980, la Corte Plena analiza una consulta realizada por la Comisión Especial de la Asamblea Legislativa, la cual estudia una

serie de reformas parciales a la Constitución y en donde ya se mencionaba por primera vez a la Sala Constitucional⁷.

El dictamen de la Corte fue negativo, entre otros aspectos, porque no le parecía que el criterio de inconstitucionalidad pasara de la opinión de 17 diputados al criterio de tres como disponía el proyecto, ya que la Sala estaría conformada por cinco magistrados, y las decisiones se tomarían por simple mayoría. También se opusieron al aumento del número de magistrados, ya que el proyecto proponía un aumento a 22, y no se indicaba cómo se afrontaría ese crecimiento y si los nuevos magistrados deberían conocer los juzgamientos de miembros de los supremos poderes.

Otro argumento que sostuvieron fue que, de los datos estadísticos, no se desprendía que fuera necesario crear un nuevo tribunal, ya que, en ese año de 1980, la Secretaría de la Corte solo había recibido una acción de inconstitucionalidad y once recursos de amparo, mientras que en 1979, habían recibido 16 recursos de amparo y 140 habeas corpus, puesto que la tramitación de los recursos de habeas corpus era rápida y, en las sesiones de los lunes, se resolvían los pendientes.

Concluyeron que la creación de la Sala Constitucional era innecesaria por los altos costos económicos que implicaba poner en funcionamiento un tribunal de este tipo y que, además, era conveniente esperar los resultados de la Ley de Reorganización de los Tribunales de ese mismo año que, entre otros casos, modificaba el nombre de la Sala de Casación por Sala Primera y, a la cual, se le encomendaba la resolución de los recursos de amparo.

Posteriormente, la Corte en 1983 dictaminó negativamente un proyecto del magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones, don Juan Rodríguez Ulloa, quien proponía la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales que resolviera los conflictos de poder y de competencia de los poderes del Estado y de estos con el Tribunal Supremo de Elecciones. Igual rechazo recibió otro proyecto del mismo año del presidente de la Comisión Especial Legislativa, Lic. Carlos Rivera Bianchini, quien proponía la reforma de los artículos 10, 48 y 128 constitucionales.

El Expediente Legislativo 10401 se inicia con una propuesta de reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política y una propuesta de adición del artículo 153 bis presentada por el diputado José Miguel Corrales Bolaños y otros diputados de la Comisión de Asuntos Especiales de la Asamblea Legislativa, presentada el 10 de mayo de 1987.

El 4 de junio de 1987, se acuerda nombrar una comisión especial que estudie el proyecto. Esta comisión estuvo integrada por José Miguel Corrales Bolaños, Jorge Rossi Chavarría, Carlos Luis Monge Sanabria, José María Borbón Arias y Óscar Ávila Solé. Además, participaron como asesores Rodolfo Piza Escalante, Juan Luis Arias Arias, Luis Paulino Mora Mora, Eugenia Zamora Chavarría, ministro y viceministra de Justicia y Gracia; Rubén Hernández Valle, Hugo Alfonso, Muñoz Quesada, José Miguel Villalobos y Mauro Murillo Arias. El 30 de junio de 1987, se le da dictamen afirmativo y se comisiona al diputado José Miguel Corrales Bolaños para la redacción.

Luego del trámite correspondiente a ese proyecto de ley, durante la segunda presidencia de la Corte Suprema de Justicia, por parte del Lic. Miguel Blanco Quirós, la Asamblea Legislativa aprobó una reforma parcial a nuestra Constitución Política, para establecer la jurisdicción constitucional, y creó una sala especializada de la Corte que se encargaría del conocimiento y la resolución de los vetos interpuestos por razones de inconstitucionalidad, de los conflictos entre los supremos poderes y de los recursos de amparo, habeas corpus e inconstitucionalidad, como se le denominaba en ese entonces y que hoy se conoce como acción de inconstitucionalidad.

La reforma operó mediante la Ley N.º 7128 del 18 de agosto de 1989, concretamente sobre los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución, y luego con su regulación en la Ley de la Jurisdicción Constitucional N.º 7135 del 11 de octubre de 1989.

Esta reforma dispuso:

ARTÍCULO 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.

Le corresponderá además:

a) Dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, inclui-

do el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley.

b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley.

(Así reformado por el artículo 1 de la Ley N.º 7128 de 18 de agosto de 1989).

ARTÍCULO 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

(Así reformado por el artículo 1º de la Ley N.º 7128 del 18 de agosto de 1989).

ARTÍCULO 128.- Si el veto se funda en razones de inconstitucionalidad no aceptadas por la Asamblea Legislativa, ésta enviará el decreto legislativo a la Sala indicada en el artículo 10, para que resuelva el diferendo dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha en que reciba el expediente. Se tendrán por desechadas las

disposiciones declaradas inconstitucionales y las demás se enviarán a la Asamblea Legislativa para la tramitación correspondiente. Lo mismo se hará con el proyecto de ley aprobado por la Asamblea Legislativa, cuando la Sala declare que no contiene disposiciones inconstitucionales.

(Así reformado por Ley N.º 7128 del 18 de agosto de 1989).

Asimismo, el artículo transitorio de dicha ley establece:

La sala que se crea en el artículo 10 estará integrada por siete magistrados y por los suplentes que determine la ley, que serán elegidos por la Asamblea Legislativa por votación no menor de los dos tercios de sus miembros. La Asamblea Legislativa hará el nombramiento de los miembros de la Sala dentro de las diez sesiones siguientes a la publicación de la presente ley; dos de ellos los escogerá de entre los miembros de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, cuya integración quedará así reducida.

Mientras no se haya promulgado una ley de la jurisdicción constitucional, la Sala continuará tramitando los asuntos de su competencia, aún los pendientes, de conformidad con las disposiciones vigentes.

El respetado jurista, don Rubén Hernández Valle, manifestó:

[...] es oportuno recordar a Fernando Coto Albán, [...] El convenció a la Corte Plena de apoyar la reforma constitucional y la promulgación de la Ley de la Jurisdicción constitucional, pues en esa época había mucha reticencia de la Corte para crear una sala especializada en materia constitucional y un código procesal constitucional. Si la Corte se hubiera opuesto, el proyecto habría naufragado en la Asamblea Legislativa⁸.

El artículo 10 de la Constitución la consagró como una “Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia”, con lo cual quedó incorporada en la organización del Poder Judicial. El nacimiento de la Sala Constitucional dio lugar a la inclusión de nuevos vocablos en nuestro argot popular, pues se introdujeron dos nuevas expresiones que son de uso común hasta nuestros días: “Sala Cuarta” y “salacuartazo”.

LOS PRIMEROS MAGISTRADOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL

El 27 de septiembre siguiente, la cámara eligió a los miembros propietarios de la nueva Sala⁹, el 27 de septiembre de 1989, quedando conformada de la siguiente forma:

Presidente:

- 1) Alejandro Rodríguez Vega
- 2) Luis Paulino Mora Mora.
- 3) Rodolfo Piza Escalante.
- 4) Luis Fernando Solano Carrera.

5) Jorge Castro Bolaños.

6) Jorge Baudrit Gómez.

7) Juan Luis Arias Arias.

Como magistrados suplentes para el periodo 1989-1990, fueron electos:¹⁰

1) Fernando Albertazzi Herrera (elegido el 27 de noviembre de 1989).

2) Raúl Marín Zamora (elegido el 27 de noviembre de 1989).

3) Danilo Elizondo Cerdas (elegido el 27 de noviembre de 1989).

4) Mauro Murillo Arias (elegido el 27 de noviembre de 1989).

5) Erick Thompson Piñeres (elegido el 27 de noviembre de 1989; renunció

el 23 de abril de 1990; Bernal Aragón Barquero (elegido el 8 de octubre de 1990¹¹; renunció el 31 de mayo de 1992).

6) Álvaro Fernández Silva (elegido el 27 de noviembre de 1989) elegido como magistrado propietario de la Sala Segunda el 23 de agosto de 1990¹²; Rubén Hernández Valle (elegido el 8 de octubre de 1990)¹³.

7) Fernando del Castillo Riggioni (elegido el 27 de noviembre de 1989).

8) José Luis Molina Quesada (elegido el 27 de

noviembre de 1989).

9) Manuel Emilio Rodríguez Echeverría (elegido el 27 de noviembre de 1989).

10) Alfonso Carro Zúñiga (elegido el 27 de noviembre de 1989).

11) Hernando Arias Gómez (elegido el 27 de noviembre de 1989).

12) Eduardo Sancho González (elegido el 27 de noviembre de 1989).

Un dato que es importante acotar es que, en 1993, fue nombrada la primera mujer magistrada de la Sala Constitucional, la exmagistrada Ana Virginia Calzada Miranda, esto, cuatro años después de su creación en 1989. Este hecho la llevó a ocupar en el 2008, el histórico puesto de ser la también la primera presidenta de la Sala Constitucional, al ser designada en dicho cargo en sustitución del exmagistrado Jorge Baudrit Gómez¹⁴.

A doña Virginia también le correspondió el honor de ser la primera presidenta de la Sala Constitucional, a raíz de la jubilación del exmagistrado Luis Fernando Solano Carrera, en el 2008.

A la fecha, han ocupado la presidencia de la Sala Constitucional por su orden los magistrados Alejandro Rodríguez Vega, Luis Paulino Mora Mora, Rodolfo Piza Escalante, Luis Fernando Solano Carrera, la magistrada Ana Virginia Calzada Miranda, los magistrados Gilbert Armijo Sancho, Ernesto Jinesta Lobo, Fernando Cruz Castro y Fernando Castillo Víquez.

La Ley de la Jurisdicción Constitucional actualmente dispone en el artículo 4 que la Sala estará

conformada por 7 magistrados propietarios y 12 suplentes:

Artículo 4. La jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política.

La Sala Constitucional está formada por siete magistrados propietarios y doce suplentes, todos elegidos por la Asamblea Legislativa en la forma prevista por la Constitución. Su régimen orgánico y disciplinario es el que se establece en la presente y en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Sala Constitucional no está sometida al plan de vacaciones establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en consecuencia, fijará las fechas en que sus miembros tomarán vacaciones, de manera que haya siempre una mayoría de magistrados propietarios.

Si la ausencia de propietarios fuere por licencia, se aplicará la regla anterior, excepto en los casos de enfermedad o de otro motivo justo.

La elección de las magistradas y los magistrados le corresponde a la Asamblea Legislativa por medio de una votación de las dos terceras partes del total de sus integrantes (mayoría calificada). El período de nombramiento es de ocho años con la posibilidad de reelección automática, en caso de que el Congreso no disponga lo contrario. El nombramiento de los suplentes es de 4 años.

En la práctica, tradicionalmente, se ha producido la reelección, solo en los casos del magistrado Fernando Cruz Castro, en el 2012 y, recientemente, con respecto al magistrado Paul Rueda, peligró la reelección. Sin embargo, en ambos casos, se dio la reelección, provocando amplios debates en relación con la defensa de la independencia judicial, aunado esto a la reacción de diferentes sectores que salieron en defensa de ese principio.

Actualmente, la Sala Constitucional está compuesta por las magistradas y los magistrados siguientes:

Magistrado Fernando Castillo Víquez

Presidente Sala Constitucional

Magistrado Fernando Cruz Castro

Magistrado Paul Rueda Leal

Magistrada Nancy Hernández López

Magistrado Luis Fernando Salazar Alvarado

Magistrado Jorge Araya García

Una magistrada o magistrado suplente¹⁵

LA LEY DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Con la aprobación de la reforma constitucional, se redactó un nuevo texto de la Ley de la Jurisdicción Constitucional; es decir, el marco normativo que requería la Sala. Ya una comisión¹⁶ había redactado un primer proyecto de la ley, previo a la creación de la Sala Constitucional, por lo cual este órgano ni siquiera se contemplaba. Según el

distinguido jurista, Dr. Rubén Hernández Valle:

[...] se decidió adaptar el primer proyecto con las reformas aprobadas en la Comisión de Jurídicos a la nueva realidad constitucional, es decir, a la existencia de un órgano especializado en materia constitucional dentro del ámbito del Poder Judicial que conocería de manera exclusiva de todos los procesos constitucionales y, por consiguiente, introducir nuevos institutos procesales no contemplados en la primera versión. Esta circunstancia permitió elaborar un proyecto más audaz y novedoso que el primero. El nuevo texto fue presentado a la corriente legislativa y enviado, como el anterior, a la Comisión de Asuntos Jurídicos, la cual estaba presidida por José Miguel Corrales. Aquí también se recibió una amplia colaboración de los diputados de las fracciones parlamentarias representadas en ella, quienes invariablemente aprobaron todas las mociones que proponíamos. Nos reuníamos con frecuencia en la oficina de Luis Paulino, reuniones a las que asistía también su asistente Mario Rucavado, quien luego fungió como primer Secretario de la Sala Constitucional. Sin embargo, las principales reformas introducidas al proyecto se fraguaron en la casa de Rodolfo Piza en Barrio Escalante por las noches¹⁷.

Don Rubén menciona entre los logros obtenidos dos de suma importancia que se dieron con la promulgación de la Ley de Jurisdicción Constitucional:

Recuerdo, con bastante claridad, la vez que redactamos el artículo 13 de la Ley, es decir, el que establece la vinculatorie-

dad de las resoluciones de la Sala erga omnes salvo para sí misma. [...] También recuerdo cuando Rodolfo sugirió que debíamos incorporar el control de convencionalidad en los artículos 1 y 2 de la Ley, lo cual en esa época era impensable hasta para el CIDH. Me parece que estas dos normas son de las mejor logradas que tiene la citada ley y constituye un orgullo para Costa Rica que nos adelantáramos 17 años a la CIDH para establecer el control interno de convencionalidad a nivel latinoamericano¹⁸.

El 5 de octubre de 1989, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley de la Jurisdicción Constitucional¹⁹ y entró en vigor el 11 de octubre de 1989²⁰.

Para don Rubén Hernández:

La más valiosa contribución de la Ley de la Jurisdicción Constitucional al derecho Procesal comparado es la creación del control de convencionalidad interno 17 años antes de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo hiciera por la vía jurisprudencial.

Esta innovación fue revolucionaria pues permitió que el derecho internacional de los derechos humanos entrara a formar parte del parámetro de validez de todos los actos en nuestro ordenamiento jurídico, incluidas las normas constitucionales, así como la jurisprudencia de la propia Sala²¹.

LA PRIMERA SENTENCIA DE LA SALA

Nace la leyenda

La labor que la Sala Constitucional ha cumplido en la defensa de los derechos de las personas y dentro del marco de los derechos humanos es un hecho innegable que debe reconocérsele. Por ello resalto las palabras del Dr. Fernando Castillo, presidente de la Sala, al señalar que la creación de la Sala Constitucional ha sido “La reforma política y jurídica más importante en 50 años”²².

Cuenta la Leyenda que hace unos treinta años, en la recepción de la flamante Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica fue presentada una hoja de papel arrancada de un cuaderno escolar en la que alguien había escrito, con letra infantil: Quiero estar con mi hermanito; y la Sala Constitucional tramitó la hoja de cuaderno como un recurso de amparo, cuyo actor era un escolar a quien el Patronato Nacional de la Infancia había separado de su hermano menor; y la Sala Constitucional acogió el recurso de amparo, y dispuso la reunión de los hermanos.

Muchos pensamos ahora que esa hoja de papel de cuaderno constituye el acta de nacimiento de la garantía constitucional de los derechos humanos en nuestro País: desde la inanidad y la vulnerabilidad de su condición de niño y de pobre, valiéndose del recurso más modesto que cabe imaginar, aquel liliputiense alcan-

zó de golpe la plenitud de la ciudadanía, cuando el más alto Tribunal de la República dispuso tutelar sus derechos²³.

El primer caso resuelto por la Sala Constitucional

El 27 de septiembre de 1989, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia inició labores formalmente y, el 8 de noviembre de 1989, la Sala, dictó su primera sentencia la n.º 00075-1989,²⁴ redactada por el magistrado Juan Luis Arias Arias, la cual correspondía a la resolución de un recurso de amparo, voto n.º 75-89, donde aparecía como recurrente el entonces diputado, José Miguel Corrales Bolaños junto con otro diputado y, como recurrido, aparecía el viceministro de Seguridad Pública, Rogelio Castro Pinto.

El amparo se interpuso en favor de Trinidad Fuentes Ortega y contra el viceministro de Seguridad Pública, por haber dispuesto el decomiso y la eliminación del puesto de un vendedor estacionario de copos en el lado este de la esquina formada por la Avenida Primera con la calle diecisiete. El desalojo se produjo en el gobierno del expresidente Oscar Arias Sánchez y con motivo de una reunión de presidentes de Iberoamérica, en el marco de la celebración de los Cien años de Democracia en Costa Rica.

En la resolución se indicó que:

el dieciséis de octubre del año en curso, la Comisión de Ventas Ambulantes y Estacionarias de la Municipalidad dicha dispuso, por razones de seguridad y ornato en esta ciudad a propósito de la Reunión de Presidentes Iberoamericanos que tuvo lugar los días veintisiete y veintiocho de ese mismo mes, es-

tablecer desde el diecinueve y hasta el veintinueve, un “cordón de seguridad” que implicó el retiro temporal de las ventas estacionarias y la prohibición de comerciar, en la zona que va de las avenidas primera a cuarta, y de las calles veintiuno a cuarenta y dos [...].

La Sala resolvió:

[...] Que una vez obtenida la licencia municipal para el ejercicio del comercio, esta solo puede suspenderse por incumplimiento de las leyes o reglamentos relativos a las actividades de esa índole, lo que no es el caso de autos como puede verse de los avisos publicados sin que mediara acuerdo del Concejo Municipal. En la especie, las razones que motivaron el acto impugnado más bien se relacionan con el ornato de la ciudad a propósito de la visita de personalidades muy distinguidas en el ámbito internacional, que la Sala no encuentra suficientes para legitimar el menoscabo a la libertad de comercio que garantiza el artículo 46 de la Constitución. Debe, pues, declararse con lugar el recurso con las accesorias de ley, como en efecto se dispone.

FUNCIONES Y COMPETENCIA

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es el tribunal que garantiza la dignidad, las libertades y los derechos fundamentales de las personas consagrados en nuestra Constitución Política y en los instrumentos internacionales de derechos humanos²⁵.

Uno de los temas más recurrentes cuando se habla de la Sala es la cantidad de asuntos que tiene que resolver y los asuntos que le competen.

En el artículo 2 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, se detallan las funciones de la Sala Constitucional:

Artículo 2. Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

a) Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.

b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.

c) Resolver los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, y los de competencia constitucional entre éstos y la Contraloría General de la República, las municipalidades, los entes descentralizados y las demás personas de Derecho Público

ch) Conocer de los demás asuntos que la Constitución o la presente ley le atribuyan.

En la página de la Sala, podemos encontrar un esbozo de lo que implica su labor:

Recurso de Amparo: recurso mediante el cual se garantizan los derechos y libertades fundamentales, consagrados en la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Se utiliza, por ejemplo, para reclamar que se cumpla el derecho a la educación, a la salud, a la libertad de expresión.

Puede ser presentado por cualquier persona gratuitamente y, mediante cualquier medio, sin mayores exigencias de forma y sin necesidad de ser autenticado por un abogado.

Recurso de Hábeas Corpus: este recurso garantiza la libertad e integridad de la persona humana, la protege de ser perturbada o de sufrir restricciones por actos y omisiones que cometa la autoridad, detenciones e comunicaciones ilegítimas. Además, resguarda la libertad de tránsito.

Acción de Inconstitucionalidad: procede contra las leyes y disposiciones generales que lesionen el Derecho de la Constitución, o cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite esencial indicado en la Constitución o establecido en el Reglamento de la Asamblea Legislativa.

Consulta Legislativa de Constitucionalidad: existen de 2 tipos. La primera de ellas, llamada preceptiva, es planteada por el Directorio de la Asamblea Legislativa,

cuando se trata de proyectos de reformas constitucionales o a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, así como aquellos proyectos de ley tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales. El segundo tipo de consulta es denominada facultativa, y por medio de ella un grupo de al menos 10 diputados, pueden solicitar a la Sala Constitucional su opinión previa de los proyectos legislativos a efecto de corroborar que no infringen el Derecho de la Constitución; además dispone la obligación de consultar a la Sala en relación con otros proyectos de ley. Asimismo, conforme lo dispuesto por el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes también podrán plantear una consulta, en los casos previstos por dicho numeral.

Consulta Judicial: esta clase de consultas son presentadas por los jueces ante la Sala, para aclarar sus dudas de constitucionalidad sobre una norma o acto que deban aplicar o de un acto, conducta u omisión que deban juzgar.

Conflicto Constitucional: relacionados con los conflictos de competencia o atribuciones constitucionales entre los Poderes del Estado y el Tribunal Supremo de Elecciones, o entre aquellos y la Contraloría General de la República, las entidades descentralizadas, municipalidades y otras personas de Derecho Público²⁶.

LOS RETOS DE LA SALA

Los retos que la Sala enfrenta son muchos y podrían analizarse desde diferentes perspectivas. Uno de los retos y con los que lucha día a día es el volumen de casos que conoce al año.

El Dr. Wálter Antillón manifestó que:

[...] ya en su primera década de vida la Sala empezó a sentir el agobio de una sobrecarga de trabajo inmanejable, que fue acentuándose en las décadas siguientes, hasta llegar a 162.716 casos entre el 2010 y el 2018. Veamos:²⁷

AÑO	PERIODO COMPRENDIDO	TOTAL
1989	27 de setiembre al 31 de diciembre	407
1990	01 de enero al 31 de diciembre	2.292
1991 a 1999	01 de enero de 1991 a 31 de diciembre de 1999	61.680
2000 a 2009	01 de enero 2000 a 31 de diciembre de 2009	149.924
2010 a 2018	01 de enero de 2010 a 31 de diciembre de 2018	162.716

De igual manera, entre los datos que el Dr. Antillón suministra, encontramos los asuntos votados en el 2018.

Asuntos Votados Sala Constitucional	Total
2018	
Con Lugar	6664
Con Lugar Parcial	894
Sin Lugar	4710

Rechazo por el Fondo	506
Rechazo de Plano	6264
Otras resoluciones	2817
Total	21855

La manera de dar una respuesta efectiva a esta demanda es una de las grandes preocupaciones que la Sala Constitucional enfrenta.

De las palabras del magistrado Fernando Castillo, actual presidente de la Sala Constitucional, se desprenden algunos de los retos que la Sala enfrenta:

En el contexto actual, la Sala aprobó el derecho al matrimonio igualitario, un asunto que polariza el ambiente político. Lo hizo en línea con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, pues otra de sus funciones es conectar la legislación local con los tratados internacionales reconocidos por el país.

Este tema fue uno de los que se le intentó cobrar en junio al magistrado Paul Rueda en su intento por reelegirse; un episodio que volvió a reflejar los intentos de los sectores políticos por castigar a los altos jueces por sus sentencias. Se recordó lo ocurrido en 2012 con el magistrado Fernando Cruz, cuando un intento similar de los diputados provocó una fuerte movilización del Poder Judicial en defensa del valor de independencia de los magistrados.

Ese es el dilema ahora: ¿cuánta independencia tiene o debe tener la Sala Constitucional? Así el cumpleaños 30 del tribu-

nal ha servido para aumentar la discusión sobre su futuro, pues algunos plantean reformas como convertirlo en una entidad independiente del Poder Judicial, similar al Tribunal Supremo de Elecciones.

Esto permitiría a los magistrados constitucionales deshacerse de las funciones administrativas que deben asumir por ser parte de la Corte Plena (gobierno del Poder Judicial) y del conflicto de interés que representa tener que tomar decisiones de carácter constitucional que afectan al Poder del cual ellos son autoridades también.

No a todos complace esta idea, pues sostienen que habría un riesgo de querer limitar a la Sala Constitucional por la vía del otorgamiento del presupuesto particular.

Otra decisión pendiente es la manera como se deben cambiar las condiciones de la elección de magistrados, con la posibilidad de prohibir la reelección, ampliar los plazos (ahora es de ocho años) o modificar el mecanismo que utilizan los diputados, aunque hay un sector político que se resiste siquiera a hacer públicas las votaciones.

De fondo está la Constitución Política misma, que cumplirá en noviembre los 70 años y no escapa de las propuestas de reformas profundas. Por ejemplo en el sistema político presidencialista actual, o en reforma parciales, como insisten desde un sector que clama por eliminar la confesionalidad católica del Estado²⁸.

Por otra parte, está el gran dilema de si la Sala debe de salir del Poder Judicial y constituirse en órgano al estilo de las Corte Europeas, tema que desde hace mucho se viene discutiendo y que hoy se vuelve cada día más necesario de dilucidar. Una de las grandes ventajas de esto sería que los magistrados de la Sala no tendrían que dedicar tanto tiempo, a temas administrativos o disciplinarios como lo hacen ahora y fortalecería también la independencia en sus decisiones ya que muchas veces tienen que resolver asuntos atinentes al Poder Judicial.

CONCLUSIONES

La creación de la Sala Constitucional recorrió un largo y difícil camino y sin duda es un parte aguas en el concepto de la Administración de Justicia. La creación de la Sala como órgano especializado creó la expectativa en las personas de que se podría entender mejor la defensa de sus derechos. De ahí surge la gran cantidad de recursos de amparo, habeas corpus y acciones de inconstitucionalidad que la Sala recibe anualmente. Pero sobre todo, como muchas personas señalan, el principal aporte es que nuestra constitución volvió a tomar vida propia. Gracias a ella, volvimos a apropiarnos de nuestra Constitución Política y a exigir el respeto y la garantía de nuestros derechos fundamentales.

Curiosamente, de los magistrados nombrados para conformar este órgano solo don Rodolfo Piza Escalante tenía estudios y amplios conocimientos en materia constitucional y de derechos humanos, por lo cual todos los demás fueron aprendiendo

de este ilustre jurista. Podríamos decir que don Rodolfo Piza, fue el arquitecto que poco a poco fue construyendo y dando forma este enorme edificio, que se afincaba fuertemente dentro de nuestra institucionalidad.

Hoy en día la Sala Constitucional cuenta con magistradas y magistrados conocedores de la materia y con un equipo de letrados y de personal especializado en los temas que conoce la Sala.

Sin embargo en 30 años solo ha tenido dos magistradas propietarias, la Magistrada Ana Virginia Calzada y la Magistrada Nancy Hernández López, quien inició su carrera judicial como letrada de la Sala Constitucional.

Para el futuro, se habla de la modernización de la Sala Constitucional, de lograr su fortalecimiento mediante el respeto del principio de independencia judicial que está ligado a la propuesta de un mejor sistema de elección de los magistrados y las magistradas.

Por otro lado, se plantea la idea de crear un tribunal constitucional independiente con la garantía de un porcentaje del presupuesto que le permita su funcionamiento e independencia. Con esto, se migraría a un modelo europeo que permitiría que las magistradas y los magistrados constitucionales no tuvieran que ocuparse de los asuntos de la Corte Plena y que versan generalmente sobre temas administrativos y disciplinarios.

Para lograr esto, se solicitarían una reforma constitucional y modificaciones a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la Ley de Jurisdicción Constitucional.

Los cambios políticos, los avances científicos y tecnológicos, entre otros, hacen que la Sala tenga que irse adaptando a las nuevas ideas y perspectivas que se presentan en el mundo y donde los derechos humanos juegan un papel preponderante.

Para concluir con los logros de la Sala, me permito transcribir las palabras del Dr. Rubén Hernández, uno de los grandes impulsores de la creación de la Sala y de la Ley de Jurisdicción Constitucional, las cuales reflejan el sentimiento que, en estos treinta años, ha logrado transmitir a los costarricenses:

La profundización de las garantías fundamentales ha sido uno de sus principales logros, al punto que los costarricenses tenemos más derechos construidos por la jurisprudencia de la Sala que los contenidos en la carta magna. Por eso se le llama justamente la Sala de la Libertad²⁹.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acta de la sesión de la Corte Suprema de Justicia del 27 de septiembre de 1989

Acuerdo n.º 2696 del 8 de octubre de 1990.

Acuerdo n.º 2681 del 23 de agosto de 1990.

Acuerdo n.º 2696 del 8 de octubre de 1990.

Acuerdo n.º 2837 del 21 enero de 1993.

ANTILLÓN MONTEALEGRE, WÁLTER. (29 de Agosto de 2019). Reflexiones generales sobre la justicia constitucional en Costa Rica. Diario El País,. <https://www.elpais.cr/2019/08/29/reflexiones-generales-sobre-la-justicia-constitucional-en-costa-rica/> Consultado el 2 de septiembre de 2019.

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. (21 de septiembre de 2019). La reforma política y jurídica más importante en 50 años. La Nación, pp. 15. En:

https://www.nacion.com/opinion/columnistas/pagina-quince-la-reforma-politica-y-juridica-mas/LF3NZQVIIZFAVFJAVT7AHCUSIE/story/?li_source=LI&li_medium=bottom_article&li_pl=c14ee158-cb2b-4532-9221-afbf7f2e-34fc&li_tr=bottom_article. Consultado el 24 de septiembre de 2019.

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Discurso del Dr. Luis Paulino Mora Mora con motivo de la conmemoración de los 20 años de creación de la Sala Constitucional en: <https://www.poder-judicial.go.cr/observatoriojudicial/vol96/discursos/dc01.htm> Consultado el 4 de octubre de 2019.

Decreto DE 18703 del 13 de diciembre de 1988.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. (20 de septiembre de 2019). Los 30 años de la Sala Constitucional. La Nación. p. 15, <https://www.nacion.com/opinion/columnistas/pagina-quince-los-30-anos-de-la-sala/CGXGNI5N6BC6JEWUWQIFZSM-3SU/story/> Consultado 24 de setiembre de 2019.

Historia de la Sala Constitucional: <https://es.slideshare.net/Trejitos/sala-constitucional-costarricense>. Consultado el 4 de octubre de 2019.

Expediente Legislativo Número 10401 sobre la Ley 7128

Funciones y competencia de la Sala Constitucional en <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/que-hace-la-sala-constitucional> 4 de octubre de 2019.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, op. cit., p. 15. Periódico La Nación.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. (2019). Reseña histórica sobre la creación de la Sala Constitucional. Revista de la Sala Constitucional. N.º 1, p.12. En: <https://revistasalacons.poderjudicial.go.cr/images/Catalogo/Articulo/PDF/Rese%C3%B1a%20hist%C3%B3rica%20sobre%20la%20creaci%C3%B3n%20de%20la%20Sala%20Constitucional.pdf> Consultado el 6 de octubre de 2019.

JINESTA L, Ernesto. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, p. 3. En [http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/SALA%20CONSTITUCIONAL%20DE%20LA%20CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20\(COSTA%20RICA\).PDF](http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/SALA%20CONSTITUCIONAL%20DE%20LA%20CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20(COSTA%20RICA).PDF) Consultado el 10 de octubre de 2019.

Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ley N.º 35 del 24 de noviembre de 1932, de habeas corpus.

Ley N.º 1161 del 2 de junio de 1950 de amparo.

Ley N.º 7135 del 5 de octubre de 1989.

MURILLO, Álvaro. (1º de octubre de 2019). La Sala Constitucional: la revolución se hace adulta. Semanario Universidad.

Qué hace la Sala Constitucional en: <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/que-hace-la-sala-constitucional> (Consultado el 4 de octubre de 2019).

SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco y SALAS PINTO, Mauricio. (2006). Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. 180 Aniversario 1826-2006. 1ª edición. San José, Costa Rica. Editorama.

Sentencia n.º 00075-1989, de las 17:10 minutos del 8 de noviembre de 1989. Expediente 97-89.

SOLÍS FALLAS, Alex. (1999). La dimensión política de la justicia constitucional. Revista Parlamentaria. 1ª. Edición, Asamblea Legislativa. Volumen 7.

Notas

- ¹ *Discurso del Dr. Luis Paulino Mora Mora con motivo de la conmemoración de los 20 años de creación de la Sala Constitucional en <https://www.poder-judicial.go.cr/observatoriojudicial/vol96/discursos/dc01.htm>*
- ² *Ley Orgánica del Poder Judicial.*
- ³ *Ley Número 35 del 24 de noviembre de 1932 regulaba los recursos de habeas corpus, y la Ley Número 1161 del 2 de junio de 1950, el de amparo.*
- ⁴ *JINESTA L, Ernesto. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, p. 3 en [http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/SALA%20CONSTITUCIONAL%20DE%20LA%20CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20\(COSTA%20RICA\).PDF](http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/SALA%20CONSTITUCIONAL%20DE%20LA%20CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20(COSTA%20RICA).PDF)*
- ⁵ *Al respecto, ver <https://es.slideshare.net/Trejitos/sala-constitucional-costarricense>*
- ⁶ *Decreto DE 18703 del 13 de diciembre de 1988.*
- ⁷ *Expediente Legislativo n.º 10401 sobre la Ley N.º 7128.*
- ⁸ *HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. (20 de septiembre de 2019). Los 30 años de la Sala Constitucional. La Nación, pp. 15. <https://www.nacion.com/opinion/columnistas/pagina-quince-los-30-anos-de-la-sala/CGXGNI5N6BC6JEWUWQIFZSM3SU/story/>*
- ⁹ *Acta de la sesión de la Corte Suprema de Justicia del 27 de septiembre de 1989.*
- ¹⁰ *Al respecto ver SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco y SALAS PINTO, Mauricio. (2006). Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. 180 Aniversario 1826-2006. 1ª edición. San José, Costa Rica: Editorama, pp. 309 a 3015.*
- ¹¹ *Acuerdo n.º 2696 del 8 de octubre de 1990.*
- ¹² *Acuerdo n.º 2681 del 23 de agosto de 1990.*
- ¹³ *Acuerdo n.º 2696 del 8 de octubre de 1990.*
- ¹⁴ *Acuerdo 2837 del 21 enero de 1993.*
- ¹⁵ *Pendiente de nombramiento por jubilación del magistrado Ernesto Jinesta en diciembre de 2018. Ley N.º 7135 del 5 de octubre de 1989.*
- ¹⁶ *Al respecto ver: HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. (2019). Reseña histórica sobre la creación de la Sala Constitucional. Revista de la Sala Constitucional. N.º 1, p. 12. La comisión estuvo conformada por Mauro Murillo, Hugo Muñoz, Enrique Pochet, Enrique Rojas, Carlos José Gutiérrez, Rubén Hernández Valle y, como invitado especial, don Fernando Coto Albán, en: <https://revistasalacons.poderjudicial.go.cr/images/Catalogo/Articulo/PDF/ReseC3%B1a%20hist%C3%B3rica%20sobre%20la%20creaci%C3%B3n%20de%20la%20Sala%20Constitucional.pdf>*
- ¹⁷ *HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Reseña histórica sobre la creación de la Sala Constitucional. op. cit., p.*
- ¹⁸ *CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. La reforma política y jurídica más importante en 50 años. La Nación, pp. 15, 21 de septiembre de 2019 en: https://www.nacion.com/opinion/columnistas/pagina-quince-la-reforma-politica-y-juridica-mas/LF3NZQVIIZFAVFJAVT7AHCUS5IE/story/?li_source=LI&li_medium=bottom_article&li_pl=c14ee158-cb2b-4532-9221-afb7f2e34fc&li_tr=bottom_article*

- ¹⁹ *ANTILLÓN MONTEALEGRE, WÁLTER. (29 Agosto, 2019). Reflexiones generales sobre la justicia constitucional en Costa Rica. Diario El País. <https://www.elpais.cr/2019/08/29/reflexiones-generales-sobre-la-justicia-constitucional-en-costa-rica/>*
- ²⁰ Sentencia 00075-1989, de las 17:10 minutos del 8 de noviembre de 1989, Expediente 97-89.
- ²¹ Funciones y competencia de la Sala Constitucional en <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/que-hace-la-sala-constitucional>
- ²² <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/que-hace-la-sala-constitucional>
- ²³ *ANTILLÓN MONTEALEGRE, WÁLTER. Reflexiones generales sobre la justicia constitucional en Costa Rica. Op. cit.*
- ²⁴ *MURILLO, Álvaro. (1° de octubre de 2019). La Sala Constitucional: la revolución se hace adulta. Semanario Universidad.*
- ²⁵ *HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Los 30 años de la Sala Constitucional. Op. cit.*

LOS DERECHOS INNOMINADOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Haideer Miranda Bonilla *

RESUMEN

El presente estudio analiza el tema de los derechos innominados, es decir, aquellos derechos que han sido reconocidos vía jurisprudencial por la Sala Constitucional, a través de la interpretación sistemática de la Constitución Política.

Palabras claves: Sala Constitucional de Costa Rica, derechos jurisprudenciales constitucionales, derechos fundamentales, interpretación constitucional.

ABSTRACT

This paper reviews the issue of unnamed rights, that is, those rights that have been recognized via jurisprudence by the Constitutional Chamber through the systematic interpretation of the Political Constitution.

Keyword: Constitutional Chamber of Costa Rica, jurisprudential constitutional rights, human rights, constitutional interpretation.

Recibido 7 de setiembre de 2019. Aprobado 24 de octubre de 2019

** Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia, tesis aprobada con distinción summa cum laude. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y especialista en Estudios Internacionales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Además, ha realizado una serie de estancias profesionales en la Corte Constitucional Italiana, en el Tribunal Constitucional Español, en la Corte Constitucional Colombiana, en la Suprema Corte de la Nación de México y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asesor del Despacho de la Presidencia del Poder Judicial de Costa Rica, Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos www.derechocomunitario.ucr.ac.cr. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho (UCR). Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.*

*** Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.*

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Los derechos innominados en el derecho constitucional. - 3. El reconocimiento de derechos innominados en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. - 3.1. El derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos. - 3.2. El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. - 3.3. El derecho a la salud. - 3.4. El derecho al agua. - 3.5. El derecho al olvido. - 3.6. El derecho de acceso a la información administrativa. - 3.7. El derecho a la paz. - 3.8. El acceso a internet. - 3.9. El derecho a la vivienda. - 3.9.1. El derecho de las personas adultas mayores a una vivienda digna. - 3.10. El derecho al patrimonio cultural. - 3.11. El derecho al matrimonio igualitario. - 4. Conclusiones. - 5. Bibliografía.

1. Introducción

En la historia constitucional de nuestro país, el 2019 marca un hito importante: el 70 Aniversario de nuestra Constitución Política y el 30 Aniversario de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior presupone una cierta madurez del órgano de justicia constitucional que se evidencia con las más de trescientas setenta mil sentencias emitidas¹, a través de las cuales el juez y la jueza constitucionales han dado fuerza normativa a la Constitución y han garantizado el respeto de los derechos fundamentales². En su jurisprudencia, se puede individualizar una serie de temáticas de gran actualidad en el ámbito de los derechos humanos como la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, la protección de grupos vulnerables, los límites al poder constituyente, el diálogo judicial con otras jurisdicciones constitucionales o supremas o con la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

el control de convencionalidad, así como el reconocimiento de una serie de derechos innominados que han extendido el catálogo de derechos reconocidos en la Constitución (1949)³.

El presente estudio pretende abordar esta última temática, sus características y determinar cuáles derechos fundamentales han sido reconocidos vía jurisprudencial por nuestra “jurisdicción de la libertad”⁴, a través de la interpretación sistemática de principios, valores y derechos reconocidos expresamente en la Constitución.

2. Los derechos innominados en el derecho constitucional

El tema de los derechos innominados es novedoso y de gran actualidad en el derecho constitucional universal⁵. En particular, es claro que los avances científicos y tecnológicos han tenido un impacto en la evolución de los derechos fundamentales. La expresión “derechos innominados, implícitos o nuevos derechos”⁶ hace referencia a uno de los más relevantes fenómenos destacados por el ordenamiento jurídico en las últimas décadas, como manifestación del principio pluralista. Este fenómeno consiste en el reconocimiento y la tutela que se lleva a cabo en los ordenamientos de situaciones jurídicas subjetivas no codificadas en el derecho positivo, en estrecho ligamen con las exigencias de responder a los nuevos “desafíos universales”; es decir, los nuevos grupos de interés que asumen de hecho relevancia marcan la evolución de la conciencia social, del progreso científico y tecnológico y de las propias transformaciones culturales⁷.

Los derechos innominados son aquellos que no están positivizados, sin embargo, han sido reconocidos como fundamentales, en particular por las jurisdicciones constitucionales o convencionales a través de la interpretación sistemática de principios, valores y derechos reconocidos en la Constitución. En este sentido, son derechos que están relacionados con intereses difusos o colectivos de la sociedad como, por ejemplo, el derecho al agua, el derecho a la paz, el derecho a la verdad, los derechos de la persona consumidora, la protección del medio ambiente, así como con temas relacionados con los avances tecnológicos como el acceso a internet y con el progreso de la ciencia en particular con cuestiones ligadas con la bioética.

La temática en estudio aparece ciertamente sugestiva, evocando inmediatamente aquella característica típica de los derechos constitucionales de ser al centro de un progreso histórico evolutivo, sin una solución de continuidad que lleva a una constante actualización y una continua redefinición de su catálogo y del contenido de cada uno de ellos⁸.

De hecho, la naturaleza cambiante de la materia hace que, en relación con la incorporación de los derechos, no se puede decir que llegó a un punto definitivo, más bien, la aparición constante de nuevos y diferentes casos requiere una actualización en curso del catálogo constitucional⁹. Se trata de fenómenos evolutivos que contradicen la idea de que los derechos humanos sean un complejo normativo cumplido y estático¹⁰.

Cuando hablamos de derechos no enumerados tenemos, por eso, que afrontar una doble implicitud: la de los derechos que no tienen norma de constancia, y la de muchos contenidos que confieren desarrollo a derechos enumerados y que van sumándose a los contenidos tradicionalmente conocidos¹¹. En este sentido, esta temática “dev’essere considerata, a un tempo accattivante e ambigua. Ci seduce con la promessa di una dimensione dei diritti sempre capace di rinnovarsi, di incontrare in ogni momento una realtà in continuo movimento”¹².

Esta terminología resulta también unívoca, porque la concepción generacional de los derechos no implica una sustitución global y completa de los “viejos” por “nuevos” derechos. En algunos casos, analiza la aparición de determinadas libertades que pretenden responder a los nuevos riesgos y asedios de los grandes valores de la persona y a su concreción en el derecho. Pero, en otras muchas ocasiones, la concepción generacional estudia la metamorfosis que afecta derechos ya existentes, motivada por las nuevas circunstancias que delimitan su ejercicio¹³.

El surgimiento de derechos innominados se debe a varios factores: 1) El fenómeno de la globalización económica y política¹⁴. 2) Los avances científicos y tecnológicos. 3) La internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados, aunque son los primeros garantes, de conformidad con el principio de subsidiaridad o complementariedad.

4) La tutela multinivel de los derechos fundamentales. 5) El diálogo judicial o jurisprudencial en derechos humanos. 6) Los cambios sociales y culturales. 7) La existencia de problemáticas comunes en el ámbito jurídico. En relación con el último, se puede mencionar el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al agua, el cambio climático, los derechos de las personas consumidoras, así como el matrimonio entre personas del mismo sexo, temáticas relacionadas con la bioética como el inicio y fin de la vida, símbolos religiosos, terrorismo internacional, derechos de los y las inmigrantes y el derecho de acceso a Internet que están presentes en todas las latitudes y a las cuales las jurisdicciones nacionales e internacionales han tenido que dar respuestas que no son siempre uniformes.

Esta temática presupone que se trata de derechos que han sido reconocidos jurisprudencialmente, o que han sido solo recientemente positivizados en textos normativos. Al respecto, el profesor ZOLO realiza una interesante clasificación sobre los tipos de derechos innominados o nuevos derechos que se pueden establecer:

a) i nuovi diritti che sono stati esplicitamente enunciati in recenti testi costituzionali o trattati internazionali e che godono di una effettività in qualche modo scontata, non opponendosi a interessi o ideologie prevalenti nel mondo occidentale e non minacciando gli interessi vitali delle grandi potenze politiche ed economiche; b) i nuovi diritti che pur enunciati formalmente in documenti nazionali o internazionali godono di fatto di una effettività molto li-

mitata; infine, c) i nuovi diritti che stanno emergendo, ma che non sono stati per ora formalmente enunciati in testi normativi o in trattati a causa delle notevoli resistenze che ne hanno impedito il riconoscimento giuridico, oltre che una minima effettività¹⁵.

La presente temática pone en evidencia que no todos los derechos fundamentales tienen que estar expresamente reconocidos en el texto constitucional. Al respecto, es muy ejemplificativo lo dispuesto en la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de América, la cual determina: “El hecho de que en la Constitución se enumeren ciertos derechos no deberá interpretarse como una negación o menosprecio hacia otros derechos que son también prerrogativas del pueblo”¹⁶.

Por otra parte, el rol de las cláusulas de apertura reconocidas en las cartas constitucionales ha tenido gran importancia en el reconocimiento de derechos innominados. Así, por ejemplo, es de particular interés el debate que se generó en Italia en relación con el carácter del artículo 2 de la Constitución¹⁷, el cual se ubica dentro del título «i principi fondamentali» y determina: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”¹⁸.

En un primer momento histórico, la doctrina constitucional y la propia Corte Constitucional sostuvieron que la cláusula “i diritti inviolabili dell’uomo” tenía un carácter cerrado, motivo por el cual, a través de ella, no se podían reconocer derechos que no se encontraban expresamente reconocidos en el texto constitucional. Al respecto, en la sentencia número 238/1975, se indicó: “l’articolo 2 si limita a proclamare in via generale l’inderogabile valore di quei diritti che formano il patrimonio inalienabile della persona umana, mentre nelle norme successive che essi sono poi presi singolarmente in considerazione e, come tali, garantiti e tutelati”¹⁹.

Posteriormente, esa tesis jurisprudencial fue superada y la Corte Constitucional reconoció, a través de la fórmula “i diritti inviolabili dell’uomo”, el derecho a la privacidad, libertad de conciencia y el derecho a la identidad sexual. En la sentencia n.º 98/1979 que reconoció este último, los jueces constitucionales determinaron: “[...] nella costante interpretazione della Corte, l’invocato art. 2 della Costituzione, nel riconoscere i diritti inviolabili dell’uomo, che costituiscono patrimonio irrinunciabile della sua personalità, deve essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali”.

Esta disposición constitucional constituye la afirmación de un medio (la garantía de los derechos) para el logro de un objetivo (el pleno desarrollo de la persona), tal de le-

gitimar (imponer *rectius*) una interpretación extensiva del catálogo de los derechos ²⁰. No obstante, la expresión derechos inviolables de la persona no debe tomarse literalmente y pensar en el fenómeno por el cual un derecho contemplado en el texto constitucional puede “crearse más o menos *ex novo* por el tribunal constitucional o los tribunales ordinarios”²¹. Ello significa que el artículo 2 constitucional:

da sé, non è sufficiente a far entrare nell’ordinamento i nuovi diritti, occorrendo che questi si possano comunque ricondurre, alla luce del pieno sviluppo della persona, a diritti esistenti, e che pertanto esso non costituisce il fondamento di queste situazioni soggettive, ma esprime il meccanismo attraverso il quale si giustifica l’ampliamento del catalogo dei diritti, valorizzando le potenzialità delle singole norme costituzionali anche oltre la lettera delle stesse²².

Lo anterior pone en evidencia la Constitución como “instrumento vivo y dinámico”, lo cual es caracterizado por la doctrina italiana como la “costituzione vivente”²³, pues no existe ningún derecho que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación de carácter legislativo, reglamentario o incluso jurisprudencial. Esto último plantea qué límites tiene el juez constitucional en su actividad interpretativa²⁴. Al respecto, para el constitucionalista

ROMBOLI, el juez no es un legislador. Por lo tanto, el problema es determinar cuáles son los límites en la actividad “creativa” de derecho por parte del juez. Con respecto a los límites acerca de la posición del juez (constitucional y ordinario) frente a la petición de la tutela de un derecho, surge una necesaria distinción entre: a) cuando un derecho fundamental está reconocido por la Constitución y b) cuando se basa en una elección del legislador, frente a disposiciones constitucionales que “permiten”, pero no “imponen”, el reconocimiento de un derecho. En este segundo caso, se puede hablar de un derecho “legal” frente a los “derechos constitucionales”, porque la Constitución no reconoce ni prohíbe el derecho, sino solo lo permite. En este caso, su realización depende de la elección de la mayoría parlamentaria y los poderes interpretativos y creativos del juez son más reducidos porque el derecho existe solo si el legislador decide reconocerlo²⁵.

3. El reconocimiento de derechos innominados en la jurisprudencia de la Sala Constitucional

En el presente apéndice, se analizará una serie de derechos que han sido reconocidos vía jurisprudencial por la Sala Constitucional en el ejercicio de sus competencias, a través de la interpretación sistemática de principios, valores y derechos reconocidos expresamente en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos²⁶.

3.1. El derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos

En la histórica sentencia n.º 2004 –5207, la Sala Constitucional determinó:

[...] es menester tomar en consideración que la Constitución Política recoge un derecho fundamental innominado o atípico que es el de los administrados al buen funcionamiento de los servicios públicos, el que se infiere claramente de la relación de los numerales, interpretados, contrario sensu, 140, inciso 8º, 139, inciso 4º y 191 de la Ley fundamental en cuanto recogen, respectivamente, los parámetros deontológicos de la función administrativa tales como el “buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, “buena marcha del Gobierno” y “eficiencia de la administración”. Este derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos le impone a los entes públicos actuar en el ejercicio de sus competencias y la prestación de los servicios públicos de forma eficiente y eficaz y, desde luego, la obligación correlativa de reparar los daños y perjuicios causados cuando se vulnere esa garantía constitucional. De esta forma, queda en evidencia que el constituyente originario recogió de forma implícita el principio de la responsabilidad de las administraciones públicas, el que, como tal, debe servir a todos los poderes públicos y operadores del Derecho como parámetro para interpretar, aplicar, integrar y delimitar el entero ordenamiento jurídico. Bajo esta inteligencia, un corolario

*fundamental del principio constitucional de la responsabilidad administrativa lo constituye la imposibilidad para el legislador ordinario de eximir o exonerar de responsabilidad a algún ente público por alguna lesión antijurídica que le cause su funcionamiento normal o anormal o su conducta lícita o ilícita a la esfera patrimonial y extramatrimonial de los administrados*²⁷.

En esa resolución, la Sala Constitucional utiliza por primera vez en su jurisprudencia el término derecho innominado y reconoce una tesis jurisprudencial consolidada que conlleva la obligación de las Administraciones públicas de prestar los servicios de forma continua, regular, celer, eficaz y eficiente.

3.2. El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado

El reconocimiento del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado se deriva de la interpretación sistemática y evolutiva de lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política, el cual indica que “la vida humana es inviolable,” y de lo dispuesto en el numeral 69 que hace mención a “la explotación racional de los recursos”, y en el artículo 89 que determina la protección de las “bellezas naturales entre los fines culturales de la República”. Al respecto, en la sentencia n.º 1992-240, se indicó: “El derecho a un medio ambiente sano, a la salud e integridad física también son derechos fundamentales que el Estado está en la obligación de proteger”. En el voto n.º 1993-2233, se determinó: “son cánones del orden constitucional, aquella protección y preservación, así como la explotación racional de los recursos que se han indicado”. Pos-

teriormente, mediante la reforma número 7413 del 3 de junio de 2014, se cambió el artículo 50 de la Constitución y se reconoció expresamente el derecho en cuestión. En este sentido, se agregaron los párrafos, segundo, tercero y cuarto, y actualmente ese numeral determina:

El Estado procurará el mayor bienestar de 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.

3.3. El derecho a la salud

En el texto de nuestra Constitución Política, no se encuentra tutelado expresamente el derecho a la salud²⁸. En este sentido, su protección ha sido reconocida por la Sala Constitucional a través de lo dispuesto en el artículo 21 constitucional, el cual indica: “La vida humana es inviolable”. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

[...] El derecho a la vida reconocido en el numeral 21 de la Constitución es la piedra angular sobre la cual descansan el resto de los derechos fundamentales de los habitantes de la república. De igual forma, en ese ordinal de la carta política encuentra asidero el derecho a la salud, puesto que, la vida resulta inconcebible si no se le ga-

*rantizan a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental*²⁹.

Además, en sentido similar, la jurisdicción constitucional ha determinado: “[...] la Constitución Política en su artículo 21 establece que la vida humana es inviolable y a partir de ahí se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella”³⁰. Con fundamento en esa tesis jurisprudencial y en lo dispuesto en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, se tutela cualquier infracción al derecho a la salud.

3.4. El derecho al agua

Por otra parte, la jurisdicción constitucional ha reconocido el agua potable como un derecho fundamental. Lo anterior ha sido derivado de los derechos a la vida, salud, medio ambiente sano, alimentación y vivienda digna. Al respecto, en la sentencia n.º 2003-4654, se dispuso:

[...] V.- La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica: así, figura explícitamente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14) y la Convención sobre

*los Derechos del Niño (art. 24); además, se enuncia en la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de El Cairo (principio 2), y se declara en otros numerosos del Derecho Internacional Humanitario. En nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el país se encuentra particularmente obligado en esta materia por lo dispuesto en el artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador” de 1988) VI.- Del anterior marco normativo se deriva una serie de derechos fundamentales ligados a la obligación del Estado de brindar los servicios públicos básicos, que implican, por una parte, que no puede privarse ilegítimamente de ellos a las personas, pero que, como en el caso del agua potable, no puede sostenerse la titularidad de un derecho exigible por cualquier individuo para que el Estado le suministre el servicio público de agua potable, en forma inmediata y dondequiera que sea, sino que, en la forma prevista en el mismo Protocolo de San Salvador, esta clase de derechos obligan a los Estados a adoptar medidas, conforme lo dispone el artículo primero del mismo Protocolo*³¹.

Con fundamento en lo anterior, la suspensión del suministro de agua potable por falta de pago es procedente mientras exista una fuente pública para proveer la necesidad del afectado y que este sea prevenido³².

Además, en reiterados pronunciamientos, se ha determinado que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (A y A), las municipalidades, o bien, las Asociaciones Administradoras de Acueductos y Alcantarillados (ASADAS), pueden denegar la disponibilidad de agua potable si existen razones técnicas que así lo justifiquen³³.

Por otra parte, es interesante como esa tesis jurisprudencial ha sido utilizada por la Corte Constitucional colombiana, lo que evidencia el surgimiento de un diálogo judicial con la Sala Constitucional quien también utiliza con cierta frecuencia la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana³⁴.

3.5. El derecho al olvido

Nuestra jurisdicción constitucional reconoció el derecho al olvido a partir de lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política, el cual dispone: “Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación”. Al respecto, en la sentencia número 2004-4626, el tribunal determinó:

[...] dentro de un régimen democrático -como el nuestro- en el cual todo el ordenamiento jurídico debe ser aplicado en consonancia con los principios que informan esa forma de vida, la persona es el centro y razón de ser del sistema y sus derechos deben ser respetados por esa sola condición, independientemente de su origen étnico, género, nacionalidad, creencias, etc., sin discriminaciones con-

trarias a su dignidad, cualesquiera sean las circunstancias en que se encuentre o se haya encontrado en el pasado. De esa concepción ha surgido en doctrina el denominado ‘derecho al olvido’, principio a tenor del cual ciertas informaciones deben ser eliminadas de los archivos oficiales transcurrido un determinado lapso desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado. En efecto, a juicio de esta Sala todo ser humano necesita que se le reconozca su capacidad para rectificar su vida, que es un ejercicio de la fuerza creadora de su libertad. Si al hecho negativo del error cometido se le agrega la imposibilidad de restauración y de una nueva creación, la vida de los seres humanos quedaría estancada y sin más posibilidades, en el momento de equivocarse [...].

Con fundamento en lo anterior, una sentencia judicial en firme no puede permanecer más de 10 años en el Archivo Criminal desde que fue cumplida la condena,³⁵ pues la permanencia de esos datos significaba la aplicación de una pena perpetua, lo cual se encuentra expresamente prohibido en el artículo 40 de la Constitución Política³⁶. Asimismo, ese criterio se mantuvo con relación a la información que consta en los archivos policiales. Al respecto, en la sentencia número 1998-8218, se indicó:

[...] la información y datos que pueden ser tenidos en los archivos del Centro de In-

formación Policial, relacionados con una persona a la que se le atribuyó la comisión de un hecho delictivo (incisos c) y e), es por un tiempo determinado, máximo de diez años a partir de su anotación, vencido el cual, esa información debe ser cancelada; y la información que se tiene en relación con las sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia (inciso d) del artículo 27), el plazo debe ser por el mismo que rige la tenencia de los datos en el Registro de Delincuentes del Organismo de Investigación Judicial, sea diez años a partir del cumplimiento de la condena [...].

Por otra parte, el derecho al olvido fue extendido del ámbito penal a la materia civil. En tal sentido, en la sentencia n.º 2006-1215, se determinó:

[...] Al respecto ha establecido que cuando se mantiene información en este tipo de bases de datos de protección crediticia de asuntos iniciados muchos años atrás o que estén archivados o terminados se viola también el derecho a la autodeterminación informativa y otros derechos fundamentales. Mantener sine die información de esa naturaleza en las bases de datos tienen efectos gravemente perjudiciales en los derechos fundamentales de las personas, ya que conducen irremediablemente a una situación equivalente a la de la muerte civil, por la que se privaba de derechos civiles, en virtud de la comisión de ciertos delitos, inhabilitando a las personas, en este caso, en forma perpetua, a obtener créditos, trabajo, alquilar bienes muebles o inmuebles y abrir cuentas

corrientes, entre otros. La situación revisite gravedad equivalente o, acaso mayor, que la de una condenatoria penal, que desaparece de cualquier base de datos al término de diez años, o de las sentencias penales de sobreseimiento o absolutorias, que ni siquiera se pueden consignar en las bases de datos.

Con fundamento en lo anterior, en numerosas sentencias, la Sala Constitucional ha ordenado a empresas privadas actualizar información crediticia³⁷ y, al Poder Judicial, a actualizar datos relativos a procesos judiciales³⁸.

Por otra parte, la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, Ley N.º 8968, creó un procedimiento especializado y un órgano, la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (PRODHAB), adscrita al Ministerio de Justicia para investigar infracciones relacionadas con el derecho al olvido y la protección de datos personales. Por este motivo, esas cuestiones actualmente no son competencia de la jurisdicción constitucional.

3.6. El derecho de acceso a la información administrativa

En la sentencia número 2003-2120, la jurisdicción constitucional reconoció y desarrolló el contenido del derecho de acceso a la información administrativa, a partir de lo dispuesto en el artículo 30 constitucional, el cual indica: “Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información de

asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado”. En la motivación de la sentencia, se indicó:

[...] II.- EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”, derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas. Es menester indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un

control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas. El contenido del derecho de acceso a la información administrativa es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes: a) acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; b) acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados –bases de datos ficheros-; c) facultad del administrado de conocer los datos

personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, d) facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos; e) derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales y f) derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos.

Sin lugar a dudas, esa histórica sentencia ha potenciado la transparencia administrativa, la rendición de cuentas por parte del aparato estatal, así como el derecho a la buena administración³⁹. Nótese incluso que el derecho de acceso a la información administrativa tiene una dimensión multinivel, pues ha sido reconocido en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comunitario en la Unión Europea en donde un sector de la doctrina lo ha caracterizado como un nuevo derecho⁴⁰.

3.7. El derecho a la paz

En nuestro ordenamiento jurídico, desde sus primeros años, la Sala Constitucional ha reservado una particular atención al derecho a la paz, a pesar de la ausencia de una disposición normativa en el texto constitucional. La sentencia n.º 1992-1739 es probablemente la primera resolución donde se hace expresamente referencia a este valor al determinar que:

las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar

la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad.⁴¹

Lo anterior implica su reconocimiento como un principio supremo de la Constitución. Posteriormente, en la sentencia n.º 1993-1313, el tribunal constitucional le concedió a la paz el rango de valor fundamental de la identidad costarricense, al igual que a la democracia, el Estado social de derecho, la dignidad esencial del ser humano y el sistema de libertad y justicia⁴². Lo anterior determina que la persona juzgadora constitucional ha considerado la paz como un principio y valor que empapa al derecho positivo, asumiendo, por lo tanto, un rol decisivo en la interpretación de todas las normas del ordenamiento, pues la coloca al vértice de la escala de valores constitucionales. Posteriormente, en la sentencia número 1995-782, la Sala determinó:

En nuestra Constitución Política, los constituyentes de 1949 trazaron las líneas maestras del civilismo costarricense, siendo una de ellas el “repudio al ejército como institución permanente”, quedando precisamente plasmado el rechazo legal y moral de nuestra sociedad a todo resabio de corte militar en la aplicación de nuestras leyes, aun las que regulan las fuerzas de policía.

3.8. El acceso a internet

En la sentencia número 2010-12790, la Sala Constitucional reconoció el acceso a internet como un derecho fundamental utilizando para ello el derecho comparado. En la motivación, se citó un precedente extranjero, la sentencia n.º 2009-580 DC del 10 de junio de 2009 del Conseil Constitutionnel que reconoció como un derecho básico el acceso a Internet, al desprenderlo, directamente de lo dispuesto en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁴³, al sostener lo siguiente:

Considerando que de conformidad con el artículo 11 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre: cualquier ciudadano podrá, por consiguiente, hablar, escribir, imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley»; que en el estado actual de los medios de comunicación y con respecto al desarrollo generalizado de los servicios de comunicación pública en línea así como a la importancia que tienen estos servicios para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones, este derecho implica la libertad de acceder a estos servicios; [...].

Ese precedente extranjero tuvo un peso en la ratio decidendi de la sentencia, pues la Sala Constitucional determinó que el retardo verificado en la apertura del mercado de las telecomunicaciones quebrantó no solo el derecho de justicia pronta y

cumplida, consagrado en el artículo 41 de la Constitución, sino también ha incidido en el ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales como la libertad de elección de los consumidores consagrada en el artículo 46, párrafo in fine, constitucional, el derecho de acceso a las nuevas tecnologías de la información, el derecho a la igualdad y la erradicación de la brecha digital (info-exclusión) –artículo 33 constitucional– el derecho de acceder a la internet por la interfase que la persona consumidora o usuaria elija y la libertad empresarial y de comercio. Se trata indudablemente de las más importante “sentenza tecnológica” dictada por un juez latinoamericano⁴⁴. Además, es un claro ejemplo de cómo las jurisdicciones constitucionales recurren con mayor frecuencia a la utilización del derecho comparado y de precedentes extranjeros en la resolución de casos complejos que indudablemente las hace ser actores privilegiados de ese judicial dialogue en el ámbito del constitucionalismo multinivel en la protección de los derechos fundamentales⁴⁵.

3.9. Derecho a la vivienda

Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido el derecho a la vivienda a través de una interpretación extensiva de lo dispuesto en el artículo 65 de la Constitución, el cual señala: “El Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador”. Al respecto, en la sentencia n.º 2010-702, la Sala Constitucional determinó los alcances del derecho a la vivienda:

[...] El modelo constitucional denominado Estado Social de Derecho tiene como uno de sus fines garantizar un sistema

económico que permita a todos sus habitantes el acceso a una vida digna. Pero la obligación de establecer los medios, mecanismos o instrumentos idóneos para la obtención de las condiciones que garantizan una vida digna no puede homologarse con la obligación de suministrarlos directamente. Concretamente sobre la vivienda, el artículo 65 de la Constitución Política establece este derecho, que está contenido dentro una norma programática que establece una directriz al Estado para la construcción de viviendas populares y en armonía con el artículo 50 referido a que el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país. Se puede concluir que lo que se está consagrando es el derecho a la vivienda para todos los habitantes de la República, pero no entendido en el sentido en que el Estado debe proveer de ésta a todos los habitantes sino en el sentido de que por un lado existiendo las instituciones estatales para tal fin todas las personas que reúnan los requisitos tienen el derecho de acceder a estas instituciones, sin que signifique que se le dará una solución a todo el que accese, sino que ello dependerá, entre otros aspectos, del presupuesto institucional, de la habilitación legal y de que el solicitante satisfaga a cabalidad todos los requisitos exigidos y por otro lado, en la obligación de establecer los mecanismos e instrumentos necesarios para que los habitantes de la República, con su propia acción y participación en los sistema de producción

y generación de capital, se garanticen el acceso a una vivienda digna. En conclusión, aunque la Constitución Política establece la obligación del Estado de promover la construcción de viviendas populares y la justa distribución de la riqueza, esto dista sustancialmente de la obligación de comprar terrenos y adjudicarlos a las personas que carecen de una casa de habitación y de solucionar directamente el problema de vivienda⁴⁶.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha precisado los alcances del derecho en cuestión de que:

[...] El Estado debe conjuntar esfuerzos para que las personas puedan acceder al derecho a una vivienda adecuada, en condiciones de legalidad, seguridad, de paz y de igualdad. Este derecho, por supuesto, es un derecho relativo que dependerá de las condiciones sociales e individuales; la norma constitucional se refiere a un contenido más que todo programático, aunque debe estar conforme a la progresividad de los derechos sociales. En general, el Estado debe ser un facilitador responsable del cambio social en esta materia, lo cual no solo debe ser entendido en un nivel esencial mínimo, sino también debe proporcionar los mecanismos jurídicos para que todas las personas puedan acceder a una vivienda digna, sea ésta arrendada o adquirida, mediante los programas asistenciales y de créditos a personas que califiquen con

tasas preferenciales, o en condiciones de un mercado libre para poseer o adquirir una vivienda acorde con sus condiciones personales. La obligación de un Estado plenamente responsable no cesa con programas asistenciales para un primer nivel de necesidad dirigida a los más vulnerables, sino que debe desarrollar una política más general, no discriminatoria que responda a una demanda de vivienda o a una proyección de la necesidad de la vivienda en general.

3.9.1. Calidad de vida y vivienda digna de las personas adultas mayores

En la temática en cuestión, tiene gran importancia la sentencia n.º 2016-5286 que reconoció el derecho a una vivienda digna a favor de las personas adultas mayores que se hallan bajo determinadas circunstancias de vulnerabilidad.

El recurso de amparo fue interpuesto por una persona adulta mayor de 79 años, pensionada del régimen no contributivo y con una ayuda social⁴⁷, la cual vivía con dos hijos diagnosticados con retardo mental (de 46 y 49 años) contra la actuación del Ministerio de Salud que declaró inhabitable la casa donde residía desde hace cuarenta años y ordenó su desalojo mediante una orden sanitaria. Lo anterior fue ordenado, pese a que no poseía recursos económicos para reparar o construir una vivienda nueva, por lo que, si se ejecuta el desalojo, ella y sus hijos quedarían en estado de indigencia.

En uno de los considerandos de la motivación de la sentencia, se desarrolló el nexo indisoluble que existen entre la dignidad humana

y las personas adultas mayores, indicando en lo que interesa:

IV.- DIGNIDAD DE LOS ADULTOS MAYORES, CALIDAD DE VIDA Y VIVIENDA DIGNA: Si bien en Costa Rica la Constitución Política no regula de modo expreso el derecho fundamental a una vivienda digna o adecuada, sí se impone, en el artículo 65 “El Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador”. Igualmente, la Convención Americana de Derechos humanos y el Protocolo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tutelan en particular a los grupos en condiciones de vulnerabilidad (protección de ancianos y de personas minusválidas, artículos 17 y 18), a los cuales también se les garantiza un nivel de vida adecuado y medios de subsistencia, entre ellos, el derecho a una vivienda digna o adecuada. Costa Rica fue el país anfitrión de la Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe. En dicha reunión, realizada en San José del 8 al 11 de mayo de 2012, los países participantes adoptaron la “Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe”. Este documento sintetiza los compromisos adquiridos por los países, incluidos Costa Rica, en materia de protección de las personas adultas mayores. Además de plasmar los acuerdos alcanzados en aspectos como seguridad social, salud, educación, servicios socia-

les, erradicación de diversas formas de discriminación en esta población, entre otros. La Carta de San José enfatiza la importancia de las adecuadas condiciones de vivienda que se les debe garantizar a estas personas. Precisamente en el punto 10 de este texto se dispone lo siguiente: “Trabajaremos por mejorar las condiciones de vivienda y del entorno de las personas mayores para fortalecer su autonomía e independencia, a través de: a. Realizar los mayores esfuerzos para que las personas mayores disfruten de una vivienda adecuada y tengan alta prioridad en la asignación de viviendas o tierras, en especial en situaciones derivadas de crisis, emergencia, desplazamiento o desalojo forzado; b. Propiciar que las personas mayores vivan en un entorno seguro y saludable, incluido el acceso a servicios y facilidades de transporte”. Tal compromiso resulta acorde al mandato constitucional del artículo 51 así como al Principio del Estado Social de Derecho, ya desarrollados por esta Sala conforme a la jurisprudencia supra citada, de manera que refuerza la obligación de las entidades públicas de nuestro país de evitar, en la medida de lo posible y acorde los recursos disponibles, que las personas adultas mayores carezcan de una opción digna donde vivir. Incluso, el citado numeral 10 de la Carta de San José prevé que cuando los adultos mayores puedan ser colocados en una situación de riesgo como el “desalojo forzoso”, se requiere de una mayor y especial

protección dedicada a dicha población. La intención es disminuir cualquier situación de desamparo o abandono de estas personas, quienes por su alta condición de vulnerabilidad muchas veces no cuentan con las mismas facilidades para proveerse vivienda propia. (Lo subrayado no corresponde al original).

3.10. El derecho al patrimonio cultural

En su jurisprudencia, la Sala Constitucional ha reconocido el patrimonio cultural como un derecho fundamental. Al respecto, en la sentencia n.º 2003- 3656, se indicó lo siguiente:

XX.- CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TUTELA AL PATRIMONIO CULTURAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL. El proceso de desarrollo cultural de la sociedad y el intercambio de bienes y expresiones culturales, motivan el surgimiento de un contexto de derechos y obligaciones ligados a situaciones sociales, políticas y económicas del mundo, tales como las crecientes necesidades socio-culturales de la población, la importancia cada vez mayor de la cultura como elemento esencial de la nacionalidad (identidad nacional), los problemas de la supervivencia de las culturas tradicionales, artesanales y folklóricas, y la importancia de los valores y expresiones del patrimonio cultural como factor fundamental de integración nacional, lo cual evidencia la necesidad de una adecuada regulación que involucre los intereses en juego. Bajo este contexto surge la tutela

o protección del patrimonio cultural a cargo del Estado, toda vez que se enmarca dentro de la configuración del Estado Social de Derecho, con todas sus implicaciones, en virtud de lo cual se le conceptualiza como un verdadero derecho fundamental, que deriva del derecho a la cultura; y por lo tanto es exigible frente a las autoridades públicas responsables de esta tutela, lo cual se traduce en la exigibilidad de actuaciones efectivas y concretas de la Administración que tutelen el patrimonio cultural. Este derecho tiene su sustento en la dignidad esencial de la persona humana, y en la necesidad de integrar este elemento con el desarrollo de la comunidad; de manera que comprende, no sólo el derecho de la persona a su autorrealización personal, sino también el derecho de la colectividad -población- a conformar su identidad cultural, toda vez que se constituye en un elemento esencial que coadyuva en esta importante tarea, por lo que también tiene implicaciones en la soberanía cultural de los Estados, concretamente en lo que respecta al resguardo de la personalidad cultural del país y a la exigencia de la cooperación internacional que al respecto pueda y deba darse. Es un derecho de la tercera generación, que se sustenta en el principio de solidaridad), por lo que se clasifica en la categoría de los derechos sociales, el cual tiene evidente trascendencia en tanto repercute en la vida en sociedad, por cuanto en virtud de éste se configura un derecho de todo individuo -como exigen-

cia de su dignidad esencial-, a participar en el patrimonio y en la actividad cultural de la comunidad a que pertenece; y genera el deber -responsabilidad- para las autoridades públicas de propiciar los medios adecuados de participación efectiva para garantizar el acceso y ejercicio de este derecho, en la medida en que los recursos de que disponga lo permitan. De este modo, la cultura se constituye en el elemento de conciencia más significativo para la salvaguardia del patrimonio esencial que define la identidad nacional en diversos niveles, y que comprende la protección del folklore, el estímulo de intelectuales y artísticas, el fomento del intercambio internacional, la protección del patrimonio cultural, el fomento del desarrollo de las artes, la educación artística y el fomento del libro. Es así como todo hombre tiene derecho a la cultura, del mismo modo que a la educación, al trabajo y la libertad de expresión, derechos fundamentales con los que guarda directa relación. En este sentido, son innumerables las resoluciones y declaraciones de orden internacional que reconocen formalmente el derecho a la cultura. Estos instrumentos internacionales han centrado sus esfuerzos en tres aspectos fundamentales: el desarrollo e incentivo a la cultura, la cooperación cultural internacional y el derecho a la cultura, los cuales adquieren plena coercitividad al derivar de tratados de derechos humanos debidamente ratificados por nuestro país.

3.11. El derecho al matrimonio igualitario

En la sentencia n.º 2018-12782, el tribunal constitucional reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo al declarar inconstitucional el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, el cual prohibía este tipo de uniones. Al respecto, en la motivación se indicó que:

la norma impugnada es inconstitucional por violación al derecho constitucional y convencional a la igualdad, la cual se expande sobre el sistema jurídico-positivo e impide el reconocimiento legal pleno de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo”. Por otra parte, se determinó que “la implementación cabal de un sistema de igualdad no puede limitarse a la simple anulación de la norma impugnada, debido a que deviene inexorable regular todos los alcances y efectos derivados del reconocimiento jurídico al vínculo entre parejas del mismo sexo.

En este sentido, a través de una sentencia exhortativa, la jurisdicción constitucional instó a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que, en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecúe el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y los efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. En el supuesto de que el Parlamento no actué la normativa en cuestión, deja de tener validez en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, en el voto número 2018-12783, los jueces y las juezas constitucionales

reconocieron el derecho a la unión de hecho entre personas del mismo sexo al declarar la inconstitucionalidad del artículo 242 del Código de Familia. Sin embargo, en los mismos términos de la resolución supra citada, exhortaron a la Asamblea Legislativa a adecuar el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y los efectos derivados de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo.

4. Conclusiones

La presente temática es novedosa y de gran actualidad en el ámbito del derecho constitucional contemporáneo. Los derechos innominados son aquellos que no están positivizados como tal en la Constitución. No obstante, han sido reconocidos como fundamentales, en particular por las jurisdicciones constitucionales y convencionales a través de la interpretación sistemática de principios, valores y derechos reconocidos en la Carta Magna, o se trata de derechos que han sido positivizados en textos normativos solo recientemente.

Esto pone en evidencia la Constitución como “instrumento vivo y dinámico”, es decir, lo que la doctrina italiana ha caracterizado como la *costituzione vivente*, pues no existe ningún derecho que sea inmutable o eterno. Esta temática además plantea qué límites tienen el juez y la jueza constitucionales⁴⁸ en su actividad interpretativa⁴⁹, pues en mi criterio el reconocimiento de nuevos derechos no puede ser ilimitado o irrestricto, sino debe derivarse de un principio, valor o derecho reconocido en el parámetro constitucional o convencional a través de una debida fundamentación o motivación de la resolución judicial.

El presente estudio demuestra cómo en el ejercicio de sus competencias, la Sala Constitucional ha reconocido en su vasta jurisprudencia una serie de derechos innominados que han ampliado el catálogo de derechos que nuestra Constitución Política prevé.

En este sentido, la sentencia número 2004-5207 es quizás la primera resolución en donde se hace alusión al término derecho innominado para reconocer el derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos.

Asimismo, la jurisprudencia ha reconocido el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado a través de la interpretación sistemática y evolutiva de lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución que indica: “la vida humana es inviolable”, en relación con el numeral 69 que hace mención a “la explotación racional de los recursos” y en el artículo 89 que determina la protección de las “bellezas naturales entre los fines culturales de la República”.

Por su parte, el derecho a la salud fue reconocido a través de lo dispuesto en el artículo 21 constitucional, el cual señala: “La vida humana es inviolable”. La protección del derecho al agua como derecho fundamental se deriva de los derechos a la vida, salud, medio ambiente sano, alimentación y vivienda digna.

Por otra parte, en la histórica sentencia 2003-2120, la Sala Constitucional reconoció y desarrolló el contenido del derecho de acceso a la información administrativa, a partir de lo dispuesto en el artículo 30 constitucional. El derecho al olvido fue reconocido en el artículo 40 de la Constitución, el cual indica: “Nadie será so-

metido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación”.

En la protección del acceso a internet como un derecho fundamental, se evidencia la utilización del derecho comparado, pues en la motivación de la sentencia, se hizo referencia a la sentencia n.º 2009-580 DC del 10 de junio de 2009 del Conseil Constitutionnel, la cual reconoció como un derecho básico el acceso a internet, al desprenderlo, directamente de lo dispuesto en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido una serie de derechos innominados sociales como el derecho a la vivienda y el patrimonio cultural, cuyas principales características son su carácter prestacional y progresivo.

Finalmente, en las sentencias 2018-12782 y 2018-12783, se reconoció el matrimonio y la unión de hecho, respectivamente como derechos fundamentales al declararse la inconstitucionalidad de la normativa nacional que las prohibía.

5. Bibliografía

BIDART CAMPOS Bidart. Los derechos “no enumerados” y su relación con el derecho constitucional y derecho internacional. En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/16978/17277>

CAPELLETTI Mauro. (1955). *La giurisdizione costituzionale della liberta: primo studio sul ricorso costituzionale, con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco*. Ed. Giuffrè,

CARVAJAL PÉREZ Marvin, MIRANDA BONILLA Haideer, SALAZAR MURILLO Ronald, OROZCO SOLANO Víctor (Coords). (2009). *Constitución y justicia constitucional: veinte años de justicia constitucional (1989-2009)*. Ed. Colegio de Abogados, Sala Constitucional y Poder Judicial de Costa Rica,

CASTILLO VÍQUEZ Fernando. Derecho a la salud recientes evoluciones en la jurisprudencia constitucional. En curso de publicación.

DAL CANTO Francesco. I nuovi diritti. pp. 488 ss. En ROMBOLI Roberto, LABANCA CORREA DE ARAUJO Marcelo (Coord.). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdiccional dos Direitos Fundamentais*. Ed. Arraes, Belo Horizonte, Brasil, 2015.

FERRARESE Maria Rosaria. (2000). *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Milán: Ed. Il Mulino.

MALFATTI Elena, PANIZZA Saulle, ROMBOLI Roberto. (2010). *Giustizia Costituzionale*. Turín:

Ed. Giappichelli.

MIRANDA BONILLA Haideer. (2016). *Diálogo judicial interamericano (entre constitucionalidad y convencionalidad)*. Bogotá, Colombia: Ed. Nueva Jurídica.

- (2015). *Derechos fundamentales en América Latina. Colección sobre Integración Regional y Derecho Comunitario, volumen IV*. San José, Costa Rica: Ed. Jurídica Continental.

- (Enero de 2017). La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional. En *Revista Judicial*. Número 120, San José, Costa Rica. Corte Suprema de Justicia, pp. 257-284.

PANIZZA Saulle y ROMBOLI Roberto (curatori). (2016). *La Costituzione italiana*. Pisa: Ed. Pisa University Press.

RODOTÀ Stefano. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Bari: Ed. Laterza.

ROMBOLI Roberto, LABANCA CORREA DE ARAUJO Marcelo (coord.). (2015). *Justiça constitucional e tutela jurisdiccional dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte, Brasil: Ed. Arraes.

-Los derechos fundamentales entre juez y legislador. (Enero de 2017). En *Revista Judicial*. San José, Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. N.º 120, pp. 15- 26.

PÉREZ LUÑO Antonio Enrique. (2012). *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Ed. Universitas.

PIZZURUSSO Alessandro. (2008). *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Turín: Ed. Giappichelli.

ZOLO Danilo. *Nuovi diritti e globalizzazione*. En <http://www.treccani.it>

Notas

- ¹ *Estadísticas brindadas en fecha 24 de julio de 2019 por la Administradora de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, a quien agradezco enormemente por la información facilitada.*
- ² Cfr. CARVAJAL PÉREZ Marvin, MIRANDA BONILLA Haideer, OROZCO SOLANO Víctor, SALAZAR MURILLO Ronald, (coordinadores). (Noviembre de 2009). *Constitución y justicia constitucional*. San José: Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Colegio de Abogados y Abogadas.
- ³ La doctrina constitucional utilizada como sinónimos derechos emergentes, en expectativa, implícitos, innominados, no enumerados, jurisprudenciales o nuevos derechos.
- ⁴ Cfr. CAPELLETTI Mauro. (1955). *La giurisdizione costituzionale della libertà: primo studio sul ricorso costituzionale, con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco*. Ed. Giuffrè,
- ⁵ ZAGREBELSKY Gustavo. Jueces constitucionales. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Número 117, México: UNAM. Discurso pronunciado frente al presidente de la República, el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50 Aniversario de la Corte Constitucional Italiana.
- ⁶ En la doctrina constitucional sobre el tema, se pueden consultar: AGUILAR-BARRETO Clara Paola, AGUILAR-BARRETO Andrea Johana, LÓPEZ-VARGAS Samuel Leonardo, PÉREZ GARCÍA Elizabeth, ORDÓÑEZ MAHECHA Erika Nathalia. *Derechos fundamentales innominados: evolución, concepto y aplicación*, pp. 113-131. En AGUILAR-BARRETO. A.J., BERMÚDEZ-PIRELA V. y HERNÁNDEZ PEÑA, Y.K. (editores). (2018). *Sociedad y derecho*. Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar, Cúcuta. ALONSO Juan Pablo. (2018). *Principios jurídicos implícitos*. Ediciones Jurídicas y Sociales. Ed. Marcial Pons, Madrid, DAL CANTO Francesco. *I nuovi diritti*. pp. 488 ss. En ROMBOLI Roberto, LABANCA CORREA DE ARAUJO Marcelo (Coord.). (2015). *Justiça constitucional e tutela jurisdiccional dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte, Brasil: Ed. Arraes. GARZÓN BUENAVENTURA Édgar Fabián. Derechos innominados en el sistema interamericano. (Agosto, 2016). En *Revista DIXI* 18, n.º 24, Bogotá. MOGUGNO Franco. (1995). *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*. Turín: Ed. Giappichelli. PAZ Marta Cecilia Paz. Derechos fundamentales innominados como parte de las garantías del derecho a la salud. El caso colombiano. En *Gaceta Médica de México*, n.º 148, pp. 406-410. SCAGLIARINI Simone. *Diritti sociali nuovi e diritti social in fieri nella giurisprudenza costituzionale*. En www.gruppodipisa.it ZOLO Danilo. *Nuovi diritti e globalizzazione*. En <http://www.treccani.it>
- ⁷ DAL CANTO Francesco. *I nuovi diritti*. pp. 488 ss. En ROMBOLI Roberto, LABANCA CORREA DE ARAUJO Marcelo (coord.). (2015). *Justiça constitucional e tutela jurisdiccional dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte, Brasil: Ed. Arraes.
- ⁸ D'ALOIA Antonio. (2003). *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale. En ID (a cura di), Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*. Ed. Giuffrè, Milano.
- ⁹ SCAGLIARINI Simone. *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*. En www.gruppodipisa.it
- ¹⁰ ZOLO Danilo. *Nuovi diritti e globalizzazione*, p. 2. En <http://www.treccani.it>
- ¹¹ BIDART CAMPOS Bidart. *Los derechos “no enumerados” y su relación con el Derecho Constitucional y Derecho Internacional*. En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/16978/17277>
- ¹² RODOTÀ Stefano. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Bari: Ed. Laterza, p. 71.
- ¹³ PÉREZ LUÑO Antonio Enrique. (2012). *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Ed. Universitas, p. 18.

- ¹⁴ Para la jurista Maria Rosaria Ferrarese “*l’esplosione dei diritti, nonostante alcuni suoi aspetti molto positivi, si è affermata in parallelo con due fenomeni altamente problematici, caratteristici del processo di globalizzazione economico-politica: l’indebolimento del potere legislativo degli Stati nazionali e l’espansione del potere dei giudici, sia all’interno degli Stati sia in ambito internazionale*”. En ID. (2000). *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Milán: Ed. Il Mulino.
- ¹⁵ ZOLO Danilo. *Nuovi diritti e globalizzazione*, op. cit., p. 5.
- ¹⁶ Las diez primeras enmiendas fueron ratificadas efectivamente el 15 de diciembre de 1791.
- ¹⁷ En la doctrina constitucional, la tesis del carácter restrictivo o cerrado del artículo 2 de la Constitución italiana fue sostenida por Alessandro Pace en su obra *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, 20 ss. Por su parte, a favor de la tesis del carácter abierto de esa norma, se puede consultar el comentario de Augusto Barbera al artículo 2 en, BRANCA Giuseppe (a cura di). (1975). *Commentario alla Costituzione. Bologna-Roma, 80 ss.*
- ¹⁸ PANIZZA Saulle y ROMBOLI Roberto (curatori). (2016). *La Costituzione italiana*. Pisa: Ed. Pisa University Press.
- ¹⁹ El texto integral de las sentencias de la Corte Constitucional Italiana puede ser consultado en el siguiente sitio: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>
- ²⁰ SCAGLIARINI Simone. *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in feri nella giurisprudenza costituzionale*. En www.gruppodipisa.it
- ²¹ ROMBOLI Roberto. (Enero de 2017). Los derechos fundamentales entre juez y legislador, p. 16. En *Revista Judicial*. San José, Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. N.º 120.
- ²² SCAGLIARINI Simone. *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in feri nella giurisprudenza costituzionale*. En www.gruppodipisa.it
- ²³ Cfr. PANIZZA Saule, ROMBOLI Roberto. (2016). *La Costituzione italiana*. Ed. Pisa University Press.
- ²⁴ Ese tema fue desarrollado en la conferencia “*La funzione interpretativa del giudice costituzionale e del giudice comune*”, impartida por el catedrático en derecho constitucional Roberto Romboli, el lunes 21 de enero de 2013, en el ámbito de la II edición de *la Especialidad en justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos* impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia del 14 de enero al 1 de febrero de 2013.
- ²⁵ ROMBOLI Roberto. *Los derechos fundamentales entre juez y legislador*, op. cit. p. 23.
- ²⁶ En las sentencias número 3435-1992 y 2313-1995, la Sala Constitucional reconoció que los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica tenían no solamente un valor similar a la Constitución, sino que, en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la norma fundamental.
- ²⁷ *En sentido similar, se puede consultar la sentencia n.º 2004-7532. El texto integral de los votos de la Sala Constitucional puede ser consultado en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>*
- ²⁸ CASTILLO VÍQUEZ Fernando. *Derecho a la salud recientes evoluciones en la jurisprudencia constitucional*. En curso de publicación.
- ²⁹ *Sala Constitucional, sentencias números 1992-1915, 1995-5892, 2002-8325, 2003-11222, 2003-11382, 2003-13863, 2004-659, 2004-2427, 2004-4871, 2004-4872, 2004-2427, 2004-4872, 2004-6515, 2004-6559, 2004-*

7532, 2004-6515, 2007-4610, 2007-16434, 2007-16436, 2007-16482, 2008-13420, 2011- 3683, 2017-1782, 2017-1789, 2017-1798, 2017-1876, 2017-1885.

³⁰ Sala Constitucional, sentencia n.º 1994-5130.

³¹ Votos números 2000-04595, 2003-04654, 2004-2093, 2004-3494, 2004-3711, 2004-12263, 2006-1254, 2006, 1468, 2006-2268, 2006-4654, 2006-4798, 2006-5102, 2006-5104, 2006-5606, 2006-6535, 2006-6529, 2006-7593, 2006-7983, 2006-11088, 2006-16382, 2006-016774, 2006-17292, 2006-17424, 2006-17872, 2006-17424, 2006-06-17872, 2006-18441, 07-998, 2007-1274, 2007-1334, 2007-2154, 2007-4452, 2007-4466, 2007-5004, 2007-5190, 2007-8217, 2007-8683, 2008-5810, 2014-14669, 2015-6424 y 2015-7340.

³² Sala Constitucional, sentencias números 1991-1535, 1991-1220, 1992-2159, 1993-389, 1993-5478, 1993-6240, 1994-3679, 1994-5186, 1994-6126, 1995-4984, 1995-4860, 1995-4919-1995, 1997-465.

³³ En este sentido, el voto n.º 2009-3825 indicó: “[...] Se entiende entonces, que si bien existe un derecho fundamental al agua que puede ser exigido a la administración correspondiente, la prestación del servicio bien puede sujetarse al cumplimiento de los requisitos establecidos para su otorgamiento y a que exista posibilidad material de suministro, esto es, que no existan situaciones técnicas que imposibiliten o desaconsejen a la administración a brindar el servicio de agua potable, situación que determina que la administración carece de la obligación de prestar el servicio de agua potable en caso de existir razones técnicas que lo desaconsejen o imposibiliten, debiendo informar adecuadamente al gestionante las razones por las cuales no puede atenderse su solicitud”. En igual sentido, se pueden consultar los votos números 2016-5326 y 17-1667.

³⁴ MIRANDA BONILLA Haideer. (Enero de 2017). La utilización de precedentes constitucionales extranjeros por la Sala Constitucional. En *Revista Judicial*. Corte Suprema de Justicia, n.º 120, pp. 279-283.

³⁵ Sala Constitucional, sentencia n.º 2006-2813. Por otra parte, mediante reforma legal, se incorporó al artículo 11 de la Ley del Registro y Archivos Judiciales, Ley N.º 6723, la disposición de cancelar los asientos de los sentenciados, bajo los siguientes parámetros: “a) Cuando la condena fuere entre 3 y 5 años, se borrará al año, después de haberse cumplido la misma; b) Entre 5 a 10 años, se borrará o cancelará a los tres años, después de cumplida la condena; c) Tratándose de delitos contra la función pública, crimen organizado, sexuales, etc., hasta los diez años, posterior al cumplimiento de la condena”.

³⁶ Sala Constitucional, número 2004- 4626.

³⁷ Sala Constitucional, sentencias números 2008- 16296, 2008-17086, 2008-17211, 2008-17610, 2009- 11958, 2009-12035, 2009-14775, 2009-17996, 2010-4126, 2010-4133, 2010-4162, 2010-4933, 2010- 7891 2010- 21511, 2011-691, 2013-12013, 2013-13940, 2014- 19255, 2015- 8931, 2016-1020.

³⁸ Votos números 2012-4633, 2012-6004 y 2013-12013.

³⁹ JINESTA LOBO Ernesto. (Septiembre–octubre de 2013). *Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa*. En *Revista Ivstitia*. San José. Año 17, n.º 201-202.

⁴⁰ GARIN Aurora. (2017). *Le droit d'accès aux documents: en quête d'un nouveau droit fondamental dans l'Union européenne*. París: Ed. Pedona.

⁴¹ Sentencia n.º 1992-1739.

⁴² Voto n.º 1993-1313.

- ⁴³ *El citado caso es un ejemplo de diálogo judicial, pues la Sala Constitucional utilizó un precedente extranjero que tuvo un gran peso en la toma de la decisión. Sobre el diálogo judicial, concepto, tipos, características, se puede consultar MIRANDA BONILLA Haideer. (2016). Diálogo judicial interamericano (entre constitucionalidad y convencionalidad). Bogotá, Colombia: Ed. Nueva Jurídica.*
- ⁴⁴ NANNIPIERI Lorenzo. *Profili costituzionali dell'accesso ad internet*, p. 16. En www.gruppodipisa.it
- ⁴⁵ *Sobre el tema del diálogo judicial en materia de derechos fundamentales en América Latina, se puede consultar a MIRANDA BONILLA Haideer. (2016). Diálogo judicial interamericano (entre constitucionalidad y convencionalidad). Bogotá, Colombia: Ed. Nueva Jurídica. ID. Diálogo judicial interamericano: una visión teórico-práctica, pp. 533-568. En MIRANDA BONILLA Haideer (coordinador). (2017). Constitucionalismo costarricense: homenaje al profesor Rubén Hernández Valle. San José: Ed. Juricentro.*
- ⁴⁶ Sentencias números 2000- 921 y 2000-1452.
- ⁴⁷ *Sobre el tema se puede consultar: MIRANDA BONILLA Haideer. (Enero-junio de 2016. La dignidad humana en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Número 25, México: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.*
- ⁴⁸ *Sobre el rol de los jueces constitucional en el siglo XXI, se puede consultar el estudio del expresidente de la Corte Costituzionale ZAGREBELSKY Gustavo. Jueces constitucionales. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 117, UNAM, México. Discurso pronunciado frente al presidente de la República, el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50 aniversario de la Corte Constitucional Italiana*
- ⁴⁹ *Sobre la interpretación constitucional, se puede consultar AZZARITTI Gaetano (coord.) (2007). Interpretazione costituzionale. Turín: Ed. Giappichelli, p. 17 ss.*

INTERRELACIONES ENTRE LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL JUEZ ORDINARIO LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

MS.c. Maricruz Barquero Kepfer*

MS.c. Fernando Castro Padilla**

RESUMEN

El propósito de este artículo es exponer, en términos generales, las posibles relaciones que se pueden trabar entre la Sala Constitucional y los demás órganos jurisdiccionales del Poder Judicial respecto al control de constitucionalidad y de convencionalidad, así como la forma en que se conjugan en el resguardo de los derechos fundamentales, de acuerdo con las principales líneas jurisprudenciales de la Sala Constitucional.

Palabras claves: Control de constitucionalidad, control de convencionalidad, justicia constitucional, jurisdicción constitucional.

ABSTRACT

The purpose of this article is to explain, in general terms, the possible relations that can be locked between the Sala Constitucional and the other jurisdictional organs of the Poder Judicial regarding the control of constitutionality and conventionality, as well as the way in which they are conjugated in the protection of fundamental rights. The foregoing, in the light of the main jurisprudential lines of the Sala Constitucional.

Keywords: Constitutionality control, conventionality control, constitutional justice, constitutional jurisdiction.

Recibido 31 de julio de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019

* Letrada de la Sala Constitucional desde el 2005, a la fecha. Actualmente labora como profesional asistente de la Presidencia de la Sala Constitucional. Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Especialista y máster en Derecho Constitucional y Justicia Constitucional de la Universidad Castilla La Mancha, España. Graduación de honor en el Magíster de Derecho Constitucional, en la Universidad de Costa Rica. Diploma de Estudios Avanzados del Programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad Castilla-La Mancha, España. mbarquero@poder-judicial.go.cr

** Letrado de la Sala Constitucional desde 1999, a la fecha. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España). Tesis doctoral aprobada con la máxima distinción sobresaliente cum laude. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Cuenta, además, con una maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia, una maestría en Justicia Constitucional por la Universidad de Costa Rica, un máster en Derecho y Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España) y un máster en Ciències Jurídiques por la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España). fcastro@poder-judicial.go.cr

1.- De la supremacía y eficacia de la Constitución

Al indagarse sobre el papel del juez ordinario ante la Constitución Política, deben contestarse dos interrogantes: ¿Es la Constitución una auténtica norma jurídica? y ¿la Constitución vincula directamente a todos los poderes o solo al legislador?

Ante tales cuestionamientos, procede indicar que, actualmente, en la mayoría de las democracias occidentales prevalece el reconocimiento de la Constitución como auténtica norma jurídica. Esta norma se caracteriza por ser fundamental y suprema. La Constitución es:

- i. Norma fundamental del Estado, en tanto fija las reglas básicas del sistema político y jurídico. Establece la arquitectura esencial del Estado para el cumplimiento de sus tareas, define los principales deberes, fines, valores y principios a los que los poderes públicos y los propios particulares deberán sujetarse en su actuación, y reconoce y garantiza los derechos y libertades fundamentales de las personas.
- ii. Norma suprema del Estado, se sitúa por encima del resto de normas de producción interna y prevalece sobre estas. Es la norma que goza de mayor potencia y resistencia jurídica (mayor fuerza activa y pasiva) dentro del sistema normativo estatal. Se constituye en parámetro de validez e interpretación del resto de componentes del ordenamiento jurídico nacional, y es la disposición normativa interna que vincula de manera más intensa a los distintos operadores jurídicos.

De esta manera, la Constitución impone un marco normativo compuesto por un conjunto de valores, principios, reglas, fines, derechos y deberes, todos ellos fundamentales y jurídicamente vinculantes, al que están sometidos todas las autoridades públicas y los mismos particulares. Así García de Enterría lo expone (1988, p. 49):

La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos.

Ángel Garronera (2011, pp. 89 a 94), por su parte señala que la Constitución despliega las siguientes manifestaciones de eficacia normativa:

- i. Constitución como norma para la producción de normas. La Constitución es la norma normarum. Le corresponde regir el proceso de creación de las demás normas, determinando quién, cómo y bajo qué formas puede crearlas.

- ii. Constitución como norma para juzgar la inconstitucionalidad de las demás normas. Si se entiende que la Constitución es la norma superior del orden jurídico estatal, entonces es lógico deducir de ahí la necesidad que las demás normas se atengan a sus dictados a la hora de ser elaboradas y, en cuanto a derecho inferior a esta que no puedan contradecirla, por lo que deben ser declaradas nulas o inaplicables en caso de que así lo hagan.
- iii. Constitución como norma para la interpretación del resto de las normas. Si la Constitución es la norma que, desde su superioridad, pone los fundamentos y fija las opciones primarias del resto del orden jurídico nacional, entonces es posible entender que esta contiene la raíz de contenido de tal entramado jurídico. La Constitución funciona como referente o matriz de sentido al momento de establecer el significado de las demás disposiciones normativas.
- iv. Constitución como norma de aplicación directa. En diversos sistemas constitucionales, la última cota de eficacia alcanzada por las normas constitucionales ha sido su reconocimiento como norma de eficacia directa con capacidad para ser aplicada sobre los hechos, para resolver casos concretos, sin necesidad de esperar a que una ley u otra norma la desarrolle. Esto debe complementarse con el principio de vinculación más fuerte que obliga a todos los operadores jurídicos a hacer primar la obediencia a tales preceptos constitucionales

les por encima de cualquier otro mandato jurídico de producción interna.

En el caso costarricense, puede afirmarse que el principio de supremacía constitucional se encuentra recogido –entre otros– en el artículo 10 de la Constitución Política, en el cual se establece que corresponde a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar la inconstitucionalidad “de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público”.

El que exista un órgano jurisdiccional que sea competente para declarar la inconstitucionalidad “de las normas de cualquier naturaleza” presupone que la propia Constitución es auténtica norma jurídica y, además, es norma fundamental y suprema, cuya observancia incluso puede ser jurisdiccionalmente garantizada.

La Sala Constitucional ha señalado que el principio de supremacía constitucional “exige que todas las normas del ordenamiento jurídico se dicten conforme a las normas y principios constitucionales, por ser éstos los de mayor rango e importancia” (voto n.º 2000-3446) y debe tenerse a la Constitución como “la norma suprema, de mayor rango en el ordenamiento jurídico y por ser ésta la base de todo el ordenamiento” (voto n.º 2001-8731). Pero, además, la Constitución Política tiene valor normativo directo e inmediato, como así se desprende de sus artículos 10, 11, 18, 154 y 197. La propia Sala Constitucional lo ha reconocido y ha indicado:

Si la Constitución Política tiene un carácter normativo supremo, debe efectivamente conformar y condicionar la validez y eficacia de toda norma

inferior o subordinada, y sirve de parámetro para legitimar o no la actuación de cualquier autoridad pública y hasta de los sujetos privados [...]. El principio de supremacía de la Constitución, en el caso costarricense, no solamente lo tenemos expresamente consagrado en el artículo 10, sino que de modo clarísimo, complementado respecto del órgano encargado de mantenerla o preservarla, según lo que adelante analizaremos. Esto que hemos expresado hasta ahora gira alrededor de que la Constitución tiene una eficacia directa y vincula sin necesidad de intermediación de ninguna otra norma. Y, es por ello, que toda autoridad, en general, tiene capacidad y poder para aplicar, desarrollar y expandir los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política. Si esto no fuera así, toda la argumentación acerca de la jerarquía de las normas, principios y valores constitucionales, caería convertida en una fantasía insubsistente. Sería mera ciencia ficción, una entelequia, en la que simultáneamente existen dos mundos jurídicos ubicados en planos diferentes y sin comunicación entre sí. (Sentencia n.º 1995-1185).

Si la Constitución vincula directamente a todos los poderes públicos y a los propios particulares, esto implica que todos los operadores jurídicos deben ajustar su actuación a lo dispuesto por esta. Así sucede en el caso específico de las juezas y los jueces ordinarios, ya que el artículo 154 de la

Constitución Política dispone expresamente que “[e]l Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley”.

2.- Del Derecho de la Constitución y el control de convencionalidad

Debe agregarse, asimismo, el peso que se ha otorgado en Costa Rica al derecho internacional aplicable en el país y, muy en particular, al Derecho internacional de los derechos humanos, con sustento en lo dispuesto en los artículos 7 y 48 de la Constitución Política, de acuerdo con los ordinales 1, 2 y 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. De la relación de tales numerales, se puede derivar que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en Costa Rica se constituyen en fuente de reconocimiento de derechos subjetivos que gozan de las mismas garantías jurisdiccionales que los derechos positivizados en el texto constitucional (sentencia n.º 1997-1319) y, además, tales instrumentos internacionales se constituyen en parámetro de constitucionalidad (sentencia n.º 1998-8858).

De esta forma, es posible sostener que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en Costa Rica se integran y conjugan a fin de conformar un bloque normativo que se constituye en cúspide o vértice del resto del ordenamiento jurídico patrio. En palabras de la Sala Constitucional, tales instrumentos internacionales forman parte del Derecho de la Constitución.

En la sentencia n.º 1992-3495, la Sala sostuvo que el Derecho de la Constitución está “compuesto tanto por las normas y principios constitucionales, como por los del Internacional y, particu-

larmente, los de sus instrumentos sobre derechos humanos, en cuanto fundamentos primarios de todo el orden jurídico positivo [...]”. Y en la sentencia n.º2000-7818, la Sala reiteró que el Derecho de la Constitución “comprende, no sólo las normas, sino también, y principalmente, si se quiere, los principios y valores de la Constitución y del Derecho Internacional y Comunitario aplicables, particularmente del Derecho de los Derechos Humanos. [...]”.

Lo anterior debe complementarse, necesariamente, con el instituto o figura del control de convencionalidad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido desarrollando jurisprudencialmente¹. Según la Sala Constitucional explica, el:

[...] control de convencionalidad es una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la “supremacía convencional” en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado “parámetro de convencionalidad”, conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de

consolidar el “Estado convencional de Derecho”, anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediablemente, el “bloque de convencionalidad [...]”.(Voto n.º 2013-4491).

La Sala ha reconocido que el referido control de convencionalidad es de acatamiento obligatorio, tanto para ella (voto n.º 2014-12703) como para los demás jueces de la República (voto n.º 2013-6120). De hecho, en la sentencia n.º 2013-16141, la Sala destacó el papel del Poder Judicial como “último baluarte” para resguardar los derechos humanos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando las demás autoridades han fallado en su respeto e implementación².

3.- De la justicia y la jurisdicción constitucional

Se constata, así, la normatividad del Derecho de la Constitución que incorpora, como ya se indicó, el “bloque de convencionalidad” o “parámetro de convencionalidad” y su consecuente vinculación por parte de la jurisdicción ordinaria o común. Esto supone, en general, la obligación de todo juez y toda jueza de ajustar su conducta al Derecho de la Constitución y velar por su debida observancia por parte de los demás operadores jurídicos. Esto puede implicar, como se detallará más adelante, que:

- i. En el ejercicio de sus competencias, el juez ordinario o la jueza ordinaria tiene la obligación primaria de abstenerse de incurrir en conductas incompatibles o violatorias de los derechos subjetivos re-

conocidos por el Derecho de la Constitución y, asimismo, al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, debe velar por el respeto y la garantía de tales derechos a favor de sus titulares.

- ii. Debe interpretarse y aplicarse todo el ordenamiento jurídico de conformidad con el Derecho de la Constitución. Esto tiene sustento no solo en el reconocimiento de su valor normativo supremo, sino también en la noción sistemática del ordenamiento jurídico. Así, en el proceso de determinación de significado de las distintas disposiciones normativas, el juez o la jueza debe descartar las posibles interpretaciones contrarias al Derecho de la Constitución y debe elegir la más ajustada a sus contenidos y consecuencias. En el caso costarricense, se encuentra condicionado por aquellas interpretaciones previamente realizadas por la Sala Constitucional (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).
- iii. Debe examinar la compatibilidad de las distintas disposiciones normativas que deba aplicar respecto del Derecho de la Constitución, no propiamente para rechazar por sí mismo la validez o aplicación de tales disposiciones –por existir un sistema concentrado de control de constitucionalidad–, pero sí para someter el tema al juicio del órgano que puede hacerlo, como lo es la Sala Constitucional. En esta medida, el juez o la jueza colabora con la jurisdicción constitucional en el control de constitucionalidad y de con-

vencionalidad del ordenamiento jurídico (artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

En atención a lo ya dicho, es posible abordar el tema de la justicia constitucional y la jurisdicción constitucional. La justicia constitucional hace referencia, grosso modo, a las:

formas de administración de Justicia –valga decir, de ejercicio de la función jurisdiccional del Estado– que tienen por objeto o producen como resultado actuar el Derecho de la Constitución, tanto si se realizan por medio de tribunales y mediante procesos y procedimientos específicamente constitucionales, como si lo son por los tribunales y mediante los procesos de la Jurisdicción común; reservando, así, el concepto de Jurisdicción Constitucional a los primeros, esto es, a los procesos o procedimientos específicamente constitucionales ante una Jurisdicción Constitucional especializada –Tribunales Constitucionales– o especial –Tribunales Supremos u otros, en cuanto órganos de esa Jurisdicción. (Piza, 2004, p. 64).

En un modelo concentrado de control de constitucionalidad, dentro de la justicia constitucional, se instala o inserta la jurisdicción constitucional: el control de constitucionalidad de las normas jurídicas encomendado a una jurisdicción especializada o a un órgano especial, cuya función o competencia definitoria es tal control. Sin embargo, la

justicia constitucional es un concepto amplio que remite a la idea de que las juezas ordinarias o los jueces ordinarios o comunes también participan, dentro del respectivo ámbito de su competencia, de la tutela y la garantía de la Constitución (y demás componentes del bloque de constitucionalidad, incluidos –particularmente– los derechos fundamentales y humanos reconocidos por el Derecho de la Constitución).

Ahora bien, en el marco del funcionamiento de dicha justicia constitucional, se pueden entablar distintas relaciones entre la Sala Constitucional y la jurisdicción ordinaria, a saber: de cooperación, de control y de complementariedad. De seguido, se examinarán tales relaciones.

4.- Relaciones de cooperación

La primera inquietud que puede surgir es si el reconocimiento de la eficacia directa e inmediata de la Constitución supone que la jueza ordinaria y el juez ordinario pueden rechazar por sí mismos aquellas disposiciones normativas, incluso de rango legal que estimen como incompatibles con esta³. Dicho tema ya fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Constitucional, en la sentencia n.º1995-1185, cuando analizó lo dispuesto –en su momento– en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ):

Los funcionarios que administran justicia no podrán:

1. Aplicar leyes u otras normas o actos de cualquier naturaleza que sean contrarios a la Constitución Política.

Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, deberán hacer la consulta correspondiente a la jurisdicción constitucional. Tampoco podrán interpretarlos o aplicarlos de manera contraria a los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Esto motivó que se planteara una consulta judicial de constitucionalidad (expediente.º94-000747-0007-CO), en la que el juez consultante alegó que de ese ordinal parecía derivarse la potestad del juez común u ordinario para pronunciar la inconstitucionalidad de una norma jurídica con efectos in casu et inter partes, cuando no tuviera dudas sobre su inconstitucionalidad. Esto podía ser, a su vez, contradictorio o violatorio del artículo 10 de la Constitución Política. La Sala, al analizar esa norma, concluyó:

- i. Que a ella le corresponde en exclusiva el ejercicio del control de constitucionalidad, por ende, debe interpretarse el inciso 1º, párrafo primero, del artículo 8 de la LOPJ en el sentido que si un juez de la jurisdicción común considera inconstitucional una norma que deba aplicar, lo que procede es que formule la correspondiente consulta judicial a la Sala, sin que pueda desaplicarla por propia autoridad.

- ii. Sin embargo, en lo que se refiere al párrafo tercero de ese mismo inciso, en cuanto al valor vinculante de los precedentes y jurisprudencia de la Sala para los Tribunales ordinarios, aquí sostuvo

la Sala que los jueces ordinarios están vinculados por estos, por lo que están en el deber de acatarlos, interpretando y aplicando las normas en conformidad con ellos, aun si para hacerlo haya que desaplicar las leyes o cualesquiera otras normas de rango infraconstitucional.

Con posterioridad, ese numeral fue reformado mediante la Ley N.º 7728 del 15 de diciembre de 1997, por lo que actualmente establece:

Artículo 8.- Los funcionarios que administran justicia no podrán:

1.- Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país.

Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional.

Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional. (El destacado no corresponde al original).

Según Ernesto Jinesta explica (2014, p. 451), con el referido voto n.º 1995-1185, se confirmó

la existencia en el ordenamiento jurídico costarricense de un sistema concentrado de control de constitucionalidad en grado máximo y, por ende, en el caso de los jueces ordinarios, no pueden desaplicar, para un caso concreto y con efectos inter partes (relativos), un acto o norma presuntamente inconstitucional que deba aplicarse al caso concreto. Este criterio se ha venido manteniendo en el tiempo. Así, por ejemplo, en la sentencia n.º 2008-11926, la Sala reiteró que:

[...]la función de este Tribunal en las consultas de constitucionalidad no es la de sustituir al juez en su labor decisoria, sino el control de constitucionalidad de las normas susceptibles de aplicación en los casos sometidos a su conocimiento, en razón del carácter concentrado del sistema que rige en nuestro país. Dado que el juez no está legitimado para desaplicar las normas en el caso concreto, se ve en la obligación de plantear la consulta ante la Sala, a fin de que sea ésta la que determine si existe o no alguna infracción al Derecho de la Constitución.

Debe añadirse, ahora, lo referente al control de convencionalidad y sus consecuencias para el juez ordinario y la jueza ordinaria. La Sala ha indicado que el control de convencionalidad impone a los jueces y las juezas de la República el deber de “aplicar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos” e “integrar las normas y

principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos a las resoluciones que dicten en los asuntos sometidos a su conocimiento” (voto n.º 2013-6120). Ahora bien, la Sala también ha resuelto en el voto n.º 2013-16141 que:

[...]Este Tribunal trae a la atención que, dentro de sus fines corresponde garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación (artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). La jurisdicción constitucional, por ser una jurisdicción concentrada, con características muy definidas de control especializado y en monopolio de la regularidad constitucional de las normas, para el resguardo de los derechos fundamentales, lo ejerce con efectos erga omnes, de igual manera, esta[sic] llamada a ejercer el control de convencionalidad por infracción a los principios como derechos derivados de las normas de derecho internacional. En este sentido, la autoridad para conocer de las infracciones a las normas constitucionales, como las convencionales de derechos humanos, debe ser ejercida por la jurisdicción constitucional,

porque se complementan unas y otras, naturalmente se atraen (doctrina que se evidencia en la sentencia de la Sala Constitucional No. 1995-2313), y, en consecuencia, los mismos mecanismos que tienen los jueces para elevar consultas de constitucionalidad, pueden utilizarse para las consultas por convencionalidad (según los criterios señalados en la sentencia de la Sala Constitucional No. 1995-1185). En estos casos, los artículos 102 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, transmutan para dar cabida al control de convencionalidad cuando la norma de derecho nacional se opone al corpus iuris interamericano u otros compromisos internacionales de derechos fundamentales.

Después agregó:

[...]En este sentido, la necesidad de contar con pronunciamientos judiciales congruentes y uniformes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y la de darle contenido a los pronunciamientos dictados por el intérprete principal de la Convención Americana, es que esta Sala decide resolver de esta manera, reiterando el reconocimiento de la autoridad máxima, que es, la Corte Interamericana cuando interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, el juez estará legitimado para consul-

tarle a la Sala cuando tuviere dudas fundadas sobre la convencionalidad de una norma o acto que deba aplicar; o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento⁴.

Como corolario de lo anterior, se verifica la relevancia de la consulta judicial de constitucionalidad como mecanismo de cooperación entre la Sala Constitucional y la jurisdicción ordinaria en la fiscalización y depuración del ordenamiento jurídico ante posibles infracciones al Derecho de la Constitución.

En concreto, el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional prevé que todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.

Como la Sala Constitucional ha explicado en el voto n.º1997-1617, de dicha norma se puede derivar una serie de elementos condicionantes y fundamentales para la procedencia de la consulta, a saber:

- i. que sea formulada por un juez. Lo que implica que las consultas deben ser planteadas por “autoridades dotadas de poder jurisdiccional, lo cual excluye las consultas formuladas por tribunales administrativos, pero sí incluye las que hagan los árbitros en el marco de los asuntos sujetos a su decisión (nótese que lo relevante en todos los casos es que se esté ante el trámite de un proceso conducente al dic-

tado de una sentencia o laudo arbitral, dotados de la autoridad de la cosa juzgada)” y, además, “el juzgador debe estar, al momento de formular la consulta, debidamente habilitado para ejercer esa competencia (ya que mal podría pensarse que una resolución que sea inválida en el proceso en cuestión pueda surtir el efecto de dar inicio a un trámite que, como éste, posee un carácter puramente incidental).

- ii. deben existir “dudas fundadas”, lo que supone “que el cuestionamiento debe ser razonable y ponderado” y “no puede versar sobre aspectos sobre cuya constitucionalidad la Sala ya se haya pronunciado”.
- iii. debe existir un caso sometido al conocimiento del juzgador o tribunal, por cuanto, la consulta no debe formularse en “el vacío o por mero afán académico, sino que ella debe ser relevante para la decisión o resolución” del asunto previo o asunto base.
- iv. en ese asunto previo o base debe, necesariamente, aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión que suscite la duda de constitucionalidad, esto es, la “consulta judicial no procede ante la mera eventualidad de que acaezcan esas circunstancias, ya que -como se explicó arriba- esta concepción equivaldría a que se inviertan los recursos de la jurisdicción constitucional en un simple ejercicio académico o doctrinario. Para que la consulta sea viable, el juzgador debe estar enfrentado, con certidumbre y

en tiempo presente, a la aplicación de la norma o al juzgamiento del acto, conducta u omisión que le suscite una duda de constitucionalidad.

5.- Relaciones de control

Según se ha venido indicando, el juez ordinario se encuentra sometido o vinculado al Derecho de la Constitución, incluida la jurisprudencia de la Sala Constitucional⁵. Es posible que, en determinados supuestos, la Sala controle el cumplimiento de tal obligación, en particular, si por acción u omisión se ha infringido algún derecho fundamental. Cabe examinar tales posibilidades en relación con los diversos procesos que se pueden sustanciar ante la Sala Constitucional.

a) Recurso de habeas corpus

Conforme a lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales. En el desarrollo de tal precepto constitucional, el numeral 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que procede el habeas corpus para tutelar los referidos derechos fundamentales “contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial”, lo mismo que “contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio”.

Adicionalmente, en atención a lo dispuesto en el ordinal 16 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala también puede revisar—en la vía de habeas corpus y por conexidad—si se ha

incurrido en infracción a otros derechos fundamentales, siempre que tales violaciones “tengan, necesariamente, una estricta incidencia sobre la libertad, su restricción efectiva o la amenaza de su restricción” (voto n.º 2015-16216). Eso sí, la Sala ha acotado que no es cualquier amenaza a la libertad la que debe ser conocida en esta vía, sino que la “misma debe ser precisa, grave, cierta, actual, concreta e inminente, pues de no ser así se estaría en presencia de un futuro incierto que podría no ocasionar ninguna violación a ese preciado derecho constitucional y por ende incapaz de ser protegida por el instituto del Hábeas Corpus” (voto n.º 1994-1142).

En su artículo 24, la propia Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone cuál debe ser el control que la Sala realiza respecto de las conductas jurisdiccionales, a saber: a) si la autoridad recurrida tenía competencia para dictar la restricción de la libertad o la medida impuesta; b) si la detención se ordenó ilegítimamente o contra lo dispuesto en el artículo 37 de la Constitución Política; c) si existió auto de detención o prisión preventiva legalmente decretada, o si la pena que se está descontando es la impuesta por sentencia firme; d) si en caso de que estén suspendidas las garantías constitucionales, la resolución se dictó dentro de las limitaciones de la Constitución Política; e) si por algún motivo es indebida la privación de libertad o la medida impuesta; f) si efectivamente hubo o existe amenaza de violación de los derechos protegidos por el recurso; g) si la persona ha sido ilegítimamente incomunicada o si esta, pese a ser decretada de forma legítima, se mantiene por un plazo superior al autorizado por la Constitución Política; h) si la detención, prisión o medida acordada se cumplen en condiciones legalmente prohibidas; i) si el hecho que se le imputa está previsto por ley preexistente o no.

Por lo demás, la Sala ha aclarado que:

[...] no le corresponde actuar como una suerte de instancia más en los diversos procesos penales, a fin de fiscalizar, en general, la regularidad o procedencia de todas y cada una de las actuaciones de los distintos órganos jurisdiccionales, ni tampoco le corresponde sustituir a los jueces penales en ejercicio de sus funciones, en abierta contradicción con el artículo 153 de la Constitución Política. (Voto n.º 2015-16216).

En consonancia con lo anterior, la Sala ha resuelto de manera consistente que valorar la validez o mérito de una sentencia penal condenatoria es ajeno al ámbito de su competencia⁶.

Por otra parte, en el caso particular de los procesos por pensión alimentaria que también pueden tener incidencia en la libertad personal del deudor alimentario –ante la posibilidad de decretar apremio corporal– la Sala ha resuelto que, en principio, no le corresponde determinar la procedencia o no de una pensión alimentaria a cargo de una persona, o bien, establecer su correcto monto conforme a la adecuada apreciación del material probatorio existente. La Sala sí ha fiscalizado de forma reiterada el tema de la debida fundamentación de las pensiones alimentarias provisionales, en resguardo de los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa, en relación con la libertad personal, (ver voto n.º 2008-8645).

b) **Recurso de amparo**

En cuanto al recurso de amparo, el inciso b) del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional señala que no procede tal recurso contra “las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial”. Lo que la Sala ha estimado, en distintas oportunidades, como compatible con el Derecho de la Constitución (voto n.º 2013-5091). Lo que sí se ha admitido es la posibilidad de revisar eventuales casos de mora judicial; sin embargo, a partir del voto n.º 2011-12644, la Sala determinó –como regla general– que solo admitirá procesos de amparo interpuestos por presuntas violaciones al artículo 41 de la Constitución Política (derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida) y al ordinal 8º, párrafo 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho a un proceso en un plazo razonable: sin dilaciones indebidas o retardos injustificados), cuando “el proceso jurisdiccional haya concluido por virtud de sentencia con autoridad de cosa juzgada emitida por la última instancia procedente”. Lo anterior procede con sustento en el siguiente orden de consideraciones:

- La Sala indicó, en primer lugar, que los justiciables han empleado la práctica de plantear tantos recursos de amparo en un proceso jurisdiccional, como veces estimen que se ha infringido el derecho a una justicia pronta. Esto ha producido que, en un solo proceso jurisdiccional, se puedan presentar múltiples amparos en diversos estadios procesales, contra supuestas inercias jurisdiccionales. De forma tal, el derecho a una justicia pronta o a un proceso sin dilaciones indebidas se ha fracturado y, además, ha transformado a la Sala Constitucional en una instancia más de los procesos de la jurisdicción ordinaria para gestionar el

pronto despacho o resolución célere de los asuntos. Esta práctica ha sometido a la Sala Constitucional a un ingente circulante y a tener que valorar, cualquiera que sea la etapa procesal, si se ha producido o no un retardo injustificado en la Administración de Justicia, lo que se complica si se considera que el Poder Judicial enfrenta elevados circulantes, en particular, en ciertas materias.

- La Sala agregó, en segundo lugar, que en el derecho procesal constitucional comparado –en la experiencia de los tribunales constitucionales del mundo encargados de la jurisdicción de la libertad e, incluso, de la cortes regionales que tienen a su cargo la tutela de los derechos humanos– la infracción del derecho a un proceso en un plazo razonable procede ser conocida y resuelta cuando el respectivo proceso jurisdiccional ha concluido definitivamente, pues solo así es posible valorar si hubo o no dilaciones indebidas o retardos injustificados atribuibles al Poder Judicial y al Estado en sentido amplio. Esto ha sido así, por cuanto, se debe valorar todo el iter procesal, de manera que hay que analizar la conducta endoprocesal de las partes, la complejidad de la pretensión deducida o cuestión conocida, el tipo de proceso y la conducta de las autoridades jurisdiccionales durante la sustanciación del proceso. Incluso, se debe ponderar si fueron decretadas medidas cautelares o no durante el desarrollo del proceso para conjurar el peligro en la mora (*periculum in mora*), como ha sido la práctica de la Corte Europea de Derechos Humanos. Un tribunal constitucional puede hacer todo ese ejercicio, únicamente, después de concluido, definitivamente, el proceso y no antes.
- La Sala señaló, adicionalmente, que la mayoría de las legislaciones sectoriales de carácter procesal, actualmente, han incorporado mecanismos para acelerarlos, tales como

el “pronto despacho”. Asimismo, el Poder Judicial ha implementado mecanismos de queja de los justiciables ante la Inspección Judicial y la Contraloría de Servicios.

- Por lo que, finalmente, concluyó –como ya se indicó– que la Sala solo admitiría los procesos de amparo interpuestos por violación del numeral 41 de la Constitución Política, 8, párrafo 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando el proceso jurisdiccional haya concluido por virtud de sentencia con autoridad de cosa juzgada emitida por la última instancia procedente. Aunque matizó que tal “regla podrá ser valorada, en cada caso concreto, de manera, que la Sala Constitucional podría conocer y resolver un amparo sobre esta materia, aunque el proceso no haya llegado al estado indicado, cuando estime que existe una infracción grosera que debe ser atendida”.

La Sala sigue conociendo de supuestos de mora judicial cuando puedan tener incidencia en la libertad personal, hipótesis donde conoce del asunto mediante la vía del *habeas corpus*.

c) **Acción de inconstitucionalidad**

El artículo 10 de la Constitución establece, expresamente, que: “No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial”. El ordinal 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional lo reitera al disponer que: “No cabrá la acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdicciones del Poder Judicial”. En consecuencia, la Sala ha sostenido de forma consistente que:

Están exentas del control de constitucionalidad las resoluciones concretas o específicas dictadas por los

órganos del Poder Judicial en ejercicio de su función jurisdiccional”.
(Sentencia n.º 2018-20763).

A la luz del numeral 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala Constitucional sí ha aceptado el control de constitucionalidad respecto de la jurisprudencia, entendida como:

fuente material o no escrita del ordenamiento jurídico, y que se refiere al entendimiento reiterado que se ha hecho de una norma escrita por parte de los órganos jurisdiccionales, en el ejercicio de su función jurisdiccional de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico. (Sentencia n.º 2014-4582).

Ahora bien, la Sala ha exigido que en tal supuesto se cumpla una serie de requisitos, a saber:

- i. En primer lugar, ha señalado que tal jurisprudencia debe ser comprendida como: “[...]la reiteración de un criterio jurídico que genera una línea interpretativa con efecto normativo” (sentencia n.º 2019-1079).
- ii. Además, esa pauta jurisprudencial debe: “[...]emanar de la última instancia ordinaria o común de interpretación y aplicación, como es el caso de las Salas de Casación y los Tribunales que resuelven, definitivamente, en una materia, sin posibilidad de recurso extraordinario de casación” (sentencia n.º 2019-1079).
- iii. Finalmente, la Sala ha indicado que, para efectos de acreditar la existencia de una efectiva línea jurisprudencial, debe demostrarse que: “[...]existen al menos tres pro-

nunciamientos concordantes dictados en procesos distintos en los que se mantenga la tesis impugnada [...]” (sentencia n.º 2012-1583). En este caso, la Sala ha aclarado que resulta improcedente citar, como parte de la jurisprudencia cuestionada, resoluciones dictadas dentro del mismo asunto base que se invoca en el proceso de inconstitucionalidad: tales resoluciones no pueden servir como parámetro para establecer la línea jurisprudencial impugnada, pues, en tal caso, la acción se convertiría en una suerte de recurso paralelo dentro del proceso jurisdiccional que le sirve de base (voto n.º 2018-20763).

Resulta oportuno mencionar, finalmente, que la Sala ha sido clara en que no procede impugnar su propia jurisprudencia –ya sea mediante una acción de inconstitucionalidad o de una consulta judicial de constitucionalidad– (voto n.º 2008-9578), pues tal jurisprudencia constituye más bien un parámetro de constitucionalidad, además que sus precedentes jurisprudenciales son vinculantes erga omnes e irrecurribles (artículos 11 y 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional).

d) **Consulta judicial de constitucionalidad**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Constitución Política, en relación con los numerales 74 y 106 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala ha resuelto que no procede ejercer el control de constitucionalidad –vía consulta judicial– respecto de actos jurisdiccionales concretos o específicos emitidos por otros órganos jurisdiccionales (voto n.º 2008-14924). Lo que sí resulta posible –de forma análoga a la

acción de inconstitucionalidad— es el control de constitucionalidad de la jurisprudencia.

6.- Relaciones de complementariedad

Se ha hecho expresa referencia a la existencia de relaciones de cooperación y de control entre la Sala Constitucional y la jurisdicción ordinaria. Existe, también, la posibilidad de que se traben relaciones de complementariedad.

Un claro ejemplo de lo anterior es el artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que prevé la posibilidad de interponer un recurso de amparo contra las conductas —acción u omisión— de los sujetos de derecho privado, a efecto de proteger o tutelar los derechos reconocidos por el Derecho de la Constitución, cuando tales sujetos “actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos” para garantizar tales derechos.

A contrario sensu, si no se configura alguno de los citados presupuestos normativos, un eventual conflicto entre sujetos de derecho privado que pueda relacionarse con la infracción o amenaza de infracción a un derecho fundamental, deberá conocerse en la vía ordinaria. Como Ernesto Jinesta lo explica (2014, pp. 254 y 255), el amparo contra sujetos de derecho privado tiene un carácter eminentemente subsidiario o residual, y la regla es que la protección efectiva de los derechos fundamentales en las relaciones entre tales sujetos se encuentra en manos del juez ordinario o común⁷.

Cabe hacer mención a otro tipo de conflictos, relacionados con conductas imputables a órganos o sujetos de derecho público, en que la Sala ha estimado que tales controversias —cuyo conocimiento, en algún momento, se ha residenciado en la jurisdicción constitucional, por su vinculación con el resguardo de algún derecho fundamental— deben ser remitidas a la jurisdicción común u ordinaria, normalmente, en razón de una reforma normativa que ha creado o habilitado una vía procesal más idónea para su adecuada o debida resolución. Se pueden citar los siguientes ejemplos:

- a) El juez o la jueza de ejecución de la pena como garante de derechos fundamentales de las personas sentenciadas

En primer lugar, es preciso remitir a la figura del juez o de la jueza de ejecución de la pena, a quien la Sala le ha reconocido —a partir de la promulgación del Código Procesal Penal (Ley N.º 7594 del 10 de abril de 1996)—su papel como “autoridad jurisdiccional a la que le compete justamente velar por la tutela de los derechos de los privados de libertad, fiscalizar el debido cumplimiento del régimen penitenciario, y garantizar el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena” (voton.º 2005-1231).

Se dispone lo anterior con sustento en las amplias facultades que le han sido otorgadas para ejercer un control sustancial sobre el debido cumplimiento de la pena y para garantizar el respeto de los derechos de las personas sentenciadas, lo que incluye la posibilidad de conocer —mediante un procedimiento

jurisdiccional de tipo sumario, informal y célere— las peticiones o quejas que las personas condenadas formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecten sus derechos (actuales artículos 478 y 482 del Código Procesal Penal)⁸.

- b) La jurisdicción contencioso-administrativa y el derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido

Posteriormente, tenemos el ejemplo de la tutela del derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido. Tradicionalmente, la Sala Constitucional conocía por el fondo los procesos de amparo mediante los cuales se reprochaba una dilación de la Administración en resolver algún tipo de pretensión que debía ser resuelta mediante un procedimiento administrativo.

Sin embargo, con la reforma operada en la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley N.º 8508 del 24 de abril de 2006), la Sala optó por declinar de su competencia a efecto de que este tipo de conductas omisivas o tardías sean conocidas ante la jueza o el juez ordinario. A partir del voto n.º 2008-2545, la Sala ha estimado que deben remitirse a la jurisdicción contencioso-administrativa, con algunas excepciones, aquellos asuntos en los que:

[...]se discute si la administración pública ha cumplido o no los plazos pautados por la Ley General de la Administración Pública (artículos 261 y 325) o las leyes sectoriales para los procedimientos administrativos especiales, para resolver por

acto final un procedimiento administrativo—incoado de oficio o a instancia de parte— o conocer de los recursos administrativos procedentes.

La Sala señaló que tal discusión supone una cuestión de legalidad ordinaria que puede ser resuelta ante la jurisdicción contencioso-administrativa, con la aplicación de los principios que nutren la jurisdicción constitucional, tales como los de la legitimación vicaria, la posibilidad de la defensa material—esto es de comparecer sin patrocinio letrado— y de gratuidad para el recurrente.

En este caso, se debe tomar en consideración que—en razón de los principios y características introducidas mediante la Ley N.º 8508—la nueva jurisdicción contencioso-administrativa constituye un cauce idóneo para el amparo y la protección efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados en las que se requiera recabar prueba o definir algunas cuestiones de legalidad ordinaria⁹.

Sin embargo, la propia Sala, atendiendo a condiciones de vulnerabilidad y fragilidad de las personas amparadas, o bien, su íntima relación con la protección de otros derechos fundamentales, ha admitido algunas excepciones que sí se han reservado a la jurisdicción constitucional; como por ejemplo, las denuncias o los procedimientos relacionados con la tutela y resguardo al medio ambiente (sentencias n.º 2014-1880 y n.º 2014-1922); los procedimientos tendientes a investigar situaciones de posible corrupción (sentencias n.º 2018-11425 y n.º 2018-14163); pago de salarios (sentencias 2016n.º-9028 y n.º 16-13640); pago de prestaciones por jubilación (sentencia

n.º 2019-9768); pago de prestaciones por renuncia (sentencia n.º 2019-11323); procedimientos y pretensiones de las personas privadas de libertad (sentencias n.º 2014-12960 y 2014-13133); procedimientos administrativos que beneficien a las personas con discapacidad (sentencias n.º 2015-1325 y n.º 2015-12591); pensiones del régimen no contributivo y pensiones de parálisis cerebral profunda (sentencias n.º 2012-13900 y n.º 2012-16298); pretensiones relacionadas con personas menores de edad (sentencias n.º 2015-10586 y 2015-10619); acceso a servicios públicos como agua potable (sentencia n.º 2017-2006) y electricidad (sentencia n.º 2018-17806); personas indígenas (sentencia n.º 2016-8511); pago de licencia de maternidad (sentencias n.º 2018-16585 y 2019-2607); solicitudes de aseguramiento ante la Caja Costarricense de Seguro Social (sentencia n.º 2019-1801); gestiones relacionadas con la vida, seguridad o integridad física de los amparados (sentencia n.º 2018-18671) y hostigamiento sexual (sentencia n.º 2016-1742).

Debe enfatizarse, asimismo, que la Sala ha resuelto que, si ya definió la competencia para conocer de un caso concreto, apuntando que corresponde ser ventilado en la jurisdicción ordinaria, el órgano jurisdiccional designado no puede declinar su competencia de nuevo hacia la Sala, en atención a lo dispuesto por los artículos 7 y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (voto n.º 2016-4837).

c) De la Reforma Procesal Laboral y la protección de los derechos laborales constitucionales

En atención a la promulgación de la Reforma Procesal Laboral (Ley N.º 9343 del 25 de enero

de 2016), en la sentencia n.º 2017-17948, la Sala resolvió que:

[...] todos los reclamos relacionados con esos derechos laborales, derivados de un fuero especial (por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica, así como cualquier otra causal discriminatoria contraria a la dignidad humana), tienen un cauce procesal expedito y célere, por medio de un proceso sumarísimo y una jurisdicción plenaria y universal, para su correcto conocimiento y resolución, en procura de una adecuada protección de esos derechos y situaciones jurídicas sustanciales, con asidero en el ordenamiento jurídico infra constitucional, que tiene una relación indirecta con los derechos fundamentales y el Derecho de la Constitución. Iguales razones caben aplicar para las personas servidoras del Estado, respecto del procedimiento ante el Tribunal de Servicio Civil que les garantiza el ordenamiento jurídico, así como las demás personas trabajadoras del Sector Público para la tutela del debido proceso o fueros semejantes a que tengan derecho de acuerdo con el ordenamiento constitucional o legal. En fin, el proceso sumarísimo será de aplicación, tanto del sector público como del privado,

en virtud de un fuero especial, con goce de estabilidad en el empleo o de procedimientos especiales para su tutela, con motivo del despido o de cualquier otra medida disciplinaria o discriminatoria, por violación de fueros especiales de protección o de procedimientos, autorizaciones y formalidades a que tienen derecho, las mujeres en estado de embarazo o periodo de lactancia, las personas trabajadoras adolescentes, las personas cubiertas por el artículo 367, del Código de Trabajo, las personas denunciantes de hostigamiento sexual, las personas trabajadoras indicadas en el artículo 620, y en fin, de quienes gocen de algún fuero semejante mediante ley, normas especiales o instrumentos colectivos de trabajo.

La Sala argumentó que esta nueva legislación (Ley N.º 9343):

[...]incorpora, en el ordenamiento jurídico, una serie de novedosos mecanismos procesales: como plazos más cortos para la realización de los actos procesales, una tutela jurisdiccional más eficaz, asistencia legal gratuita, implementa la oralidad en los procedimientos; y, como consecuencia, incluye los sub-principios de concentración, inmediatez y celeridad, tasa de forma expresa las situaciones en las que cabe ejercer los medios de impugnación, entre otros institutos, todo lo cual

tiende a la realización de una eficaz tutela judicial en materia laboral, como garantía de protección de los derechos laborales constitucionales, dadas las nuevas características de simplicidad, celeridad y prontitud de los procesos laborales, lo que constituye una mayor garantía para la efectiva protección de las situaciones jurídicas sustanciales que involucren aspectos laborales y en las que, para su debida tutela, se requiera recabar elementos probatorios o zanjar cuestiones de mera legalidad. De modo, que las pretensiones deducidas en este recurso de amparo, son propias de ser conocidas a través de los nuevos mecanismos procesales que prevé la citada Reforma Procesal Laboral o, en su caso, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad con lo resuelto por esta Sala en la Sentencia N° 2008-002545 de las 8:55 horas del 22 de febrero de 2008, motivo por el cual, lo procedente es rechazar de plano el recurso y remitir a la parte interesada a la jurisdicción competente, para que sea allí donde reciba, en forma plena, la tutela judicial que pretende.

7.- Conclusiones

En Costa Rica, existe un sistema concentrado de control de constitucionalidad, como así la Sala Constitucional lo ha confirmado, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Política. Sin embargo, esto no significa que las juezas y los jueces ordinarios o comunes no participen o colaboren en la fiscalización y depuración del ordenamiento jurídico ante posibles infracciones al Derecho de la Constitución –incluido lo referente, específicamente, al ejercicio del control de convencionalidad–, a través de la consulta judicial de constitucionalidad.

Por lo demás, las juezas y los jueces ordinarios también están obligados a abstenerse de incurrir en conductas incompatibles o violatorias de los derechos subjetivos reconocidos por el Derecho de la Constitución. Asimismo, al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, deben velar por el respeto y la garantía de tales derechos a favor de sus titulares.

En determinados casos, la Sala Constitucional puede ejercer un control respecto al debido cumplimiento de tal obligación. Finalmente, en ciertos supuestos, la propia Sala ha potenciado el papel de la jueza y del juez de legalidad como garantes de los derechos fundamentales, al estimar que ciertas controversias relacionadas con tales derechos deben ser remitidas a la jurisdicción común u ordinaria por existir una vía procesal más idónea para su adecuada o debida resolución.

8.- Referencias bibliográficas

De Otto, Ignacio. (1987). Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Barcelona: Editorial Ariel, S. A.

García de Enterría, Eduardo. (1988). La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas, Sociedad Anónima.

Garronera Morales, Ángel. (2011). Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Jinesta Lobo, Ernesto. (2014). Derecho Procesal Constitucional. San José: Ediciones Guayacán.

Piza Escalante, Rodolfo. (2004). La justicia constitucional en Costa Rica. San José: IJSA.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia en el caso “Almonacid Arellano y otros c/. Chile”, del 26 de septiembre de 2006.

Sentencia en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/. Perú”, del 24 de noviembre de 2006.

Sentencia en el caso “Cabrera García y Montiel Flores c/. México”, del 26 de noviembre de 2010.

Sentencia en el caso “Gelman c/. Uruguay”, del 24 de febrero de 2011 (de fondo y reparaciones).

Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Voto n.º1992-3495 de las 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992.

Voto n.º1995-1185 de las 14:33 horas del 22 de marzo de 1995.

Voto n.º1997-1319 de las 14:51 horas del 4 de marzo de 1997.

Voto n.º1997-1617 de las 14:54 horas del 17 de marzo de 1997.

Voto n.º1998-8858 de las 16:33 horas del 15 de diciembre de 1998.

Voto n.º2000-3446 de las 15:21 horas del 26 de abril de 2000.

Voto n.º2000-7818 de las 16:45 horas del 5 de septiembre de 2000.

Voto n.º2001-8731 de las 16:13 horas del 29 de agosto de 2001.

Voto n.º2003-10982 de las 13:10 horas del 26 de septiembre de 2003.

Voto n.º2005-1231 de las 14:29 horas del 14 de febrero de 2005.

Voto n.º2006-10243 de las 16:46 horas del 19 de julio de 2006.

Voto n.º 2008-2545 de las 8:55 horas de 22 de febrero de 2008.

Voto n.º2008-8645 de las 17:36 horas del 21 de mayo de 2008.

Voto n.º2008-9578 de las 14:10 horas del 11

de junio de 2008.

Voto n.º2008-11926 de las 15:17 horas del 30 de julio de 2008.

Voto n.º2008-14924 de las 14:57 horas del 8 de octubre de 2008.

Voto n.º2011-12644 de las 15:03 horas del 21 de septiembre de 2011.

Voto n.º2012-1583 de las 14:50 hrs. de 8 de febrero de 2012.

Voto n.º2012-13900 de las 14:30 horas del 3 de agosto de 2012.

Voto n.º2012-16298 de las 9:05 horas del 27 de noviembre de 2012.

Voto n.º2013-4491 de las 16 horas del 3 de abril de 2013.

Voto n.º2013-5091 de las 14:30 horas del 17 de abril de 2013.

Voto n.º2013-6120 de las 15:05 horas del 8 de mayo de 2013.

Voto n.º2013-16141 de las 15:45 horas del 4 de diciembre de 2013.

Voto n.º2014-1880 de las 9:30 horas del 14 de febrero de 2014.

Voto n.º2014-1922 de las 9:30 horas del 14 de febrero de 2014.

Voto n.º2014-4582 de las 14:30 horas del 2 de abril de 2014.

Voto n.º2014-12703 de las 11:51 horas del 1 de agosto de 2014.

Voto n.º2014-12960 de las 14:45 horas del 8 de agosto de 2014.

Voto n.º2014-13133 de las 9:05 horas del 14

de agosto de 2014.

Voton.°2015-1325 de las 9:05 horas del 30 de enero de 2015.

Voto n.°2015-10586 de las 9:20 horas del 17 de julio de 2015.

Voto n.°2015-10619 de las 9:20 horas del 17 de julio de 2015.

Voto n.°2015-12591 de las 9:05 horas del 14 de agosto de 2015.

Voto n.°2015-15737 de las 10:20 horas del 9 de octubre de 2015.

Voto n.°2015-16216 de las 9:30 horas del 16 de octubre de 2015.

Voto n.°2016-1742 de las 10:20 horas del 5 de febrero de 2016.

Voto n.°2016-4837 de las 13:05 horas de 8 de abril de 2016.

Voto n.°2016-8511 de las 9:05 horas del 24 de junio de 2016.

Voto n.°2016-9028 de las 9:05 horas del 1 de julio de 2016.

Voto n.°2016-13640 de las 10:20 horas del 23 de setiembre de 2016.

Voton.°2017-2006 de las 9:30 horas del 10 de febrero de 2017.

Voton.°2017-17948 de las 9:15 horas del 8 de noviembre de 2017.

Voto n.°2018-11425 de las 14:30 horas del 14 de julio de 2018.

Voto n.°2018-14163 de las 9:20 horas del 31 de agosto de 2018.

Voto n.°2018-16585 de las 9:15 horas del 5

de octubre de 2018.

Voto n.°2018-17806 de las 9:20 horas del 26 de octubre de 2018.

Voto n.°2018-18671 de las 9:20 horas del 9 de noviembre de 2019.

Voto n.°2018-20763 de las 9:30 horas del 12 de diciembre de 2018.

Voto n.°2019-1079 de las 9:20 horas del 23 de enero de 2019.

Voto n.°2019-1801 de las 9:20 horas del 1 de febrero de 2019.

Voto n.°2019-2607 de las 9:30 horas del 15 de febrero de 2019.

Voto n.°2019-9768 de las 9:20 horas del 31 de mayo de 2019.

Voto n.°2019-11323 de las 9:30 horas del 21 de junio de 2019.

Notas

- ¹ Ver, al efecto, sentencias de los casos “*Almonacid Arellano y otros c/. Chile*”, del 26 de septiembre de 2006, “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/. Perú*”, del 24 de noviembre de 2006, “*Cabrera García y Montiel Flores c/. México*”, del 26 de noviembre de 2010, y “*Gelman c/. Uruguay*”, del 24 de febrero de 2011 (de fondo y reparaciones).
- ² Así, en la sentencia n.º 2013-16141, la Sala indicó que el control de convencionalidad: “[...]vincula a los jueces, quienes normalmente conocen de último, como instancia revisora de las decisiones de los Poderes legislativo y ejecutivo, las normas y prácticas que no solo deben estar ajustadas a la Constitución Política, sino que también al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de modo que, los jueces conocen de todas las controversias de orden interno sobre el derecho aplicable a un caso concreto. De ahí que, de conformidad con el principio de derecho internacional *effet utile*, debe haber un ejercicio razonable de análisis sobre el caso concreto. Todo esto es, una precisión que podía sobre entenderse, pues desde los inicios de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se anunciaba que ninguna autoridad se escaparía de la vinculatoriedad de la Convención Americana de Derechos Humanos, como tratado *self-executing* [...]”. Luego añadió: “[...]El respeto y resguardo que deben ejercer los jueces de la República, por medio del control de convencionalidad, es imperativo para los intereses del país. El orden internacional tiene un carácter subsidiario sobre el sistema jurídico nacional, de manera que los Estados Partes, como un todo, están obligados por los objetivos y alcances de la normativa que libremente aceptan[...].”
- ³ En cuanto a este punto, ver *De Otto* (1987, pp. 76 a 78).
- ⁴ Posición reiterada, luego, en el voto n.º 2015-15737, con ocasión de la interposición de una consulta judicial de constitucionalidad, oportunidad en que la Sala insistió que ella es: “[...]el único tribunal competente en el país para desaplicar normas del derecho interno en razón del control de convencionalidad según el numeral 2 inciso b de la Ley de Jurisdicción Constitucional”.
- ⁵ Así: *El principio de la supremacía constitucional, según la más calificada doctrina del Derecho Constitucional, significa que la Constitución es la fuente primaria de validez positiva del orden jurídico, que habilita la creación sucesiva y descendente de ese mismo orden en cuanto a la forma y en cuanto al contenido del sistema normativo, a la vez que obliga que el orden jurídico sea congruente y compatible con ella, de manera que descalifica e invalida cualquier infracción que se produzca contra ella. Precisamente, en virtud de la supremacía o prioridad jerárquica de la Constitución, todos los operadores jurídicos y, en especial los jueces, están obligados a interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico de conformidad con las reglas, principios, valores constitucionales y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, elementos que, sin duda alguna, sirven como parámetros de interpretación. A partir de este principio de supremacía constitucional, se deriva, además, el carácter vinculante erga omnes de las resoluciones de la jurisdicción constitucional.* (Voto n.º 2016-004837).
- ⁶ En cuanto a este punto, ha señalado:[...]Esta Sala no es una instancia más en el proceso penal, ni le corresponde sustituir a los jueces penales en el ejercicio de sus funciones. Por lo que este Tribunal ha señalado consistentemente que no procede revisar en esta sede la procedencia o validez de una sentencia penal particular. Tampoco procede examinar si la condenatoria impuesta por el Tribunal de Juicio obedece a una correcta apreciación del material probatorio existente, ni determinar en concreto la validez de dicha sentencia ante posible inobservancia o errónea aplicación de la normativa que rige la materia. [...]Por lo tanto, los reparos que pueda tener el recurrente con la sentencia dictada en su contra son propios de plantearse en la sede penal, mediante los recursos y ante las instancias previstas al efecto(voto 2003-10982).
- ⁷ “En ambas hipótesis –sea, que el conflicto se conozca y resuelva en la jurisdicción constitucional o en la jurisdicción común-, debe tenerse presente, necesariamente, el valor normativo de la Constitución en las relaciones inter privados y la denominada *eficacia horizontal de los derechos fundamentales*”. (Jinesta, 2014, p. 246).

⁸ Se puede citar también, a modo de ejemplo, el voto n.º 2006-10243, en el que se resolvió: “[...]Debe indicarse, en primer lugar, que conforme a lo dispuesto por los artículos 453 y 454 del Código Procesal Penal, el Tribunal de Ejecución de la Pena es la autoridad jurisdiccional competente para conocer de los incidentes de ejecución que tengan relación directa con la sustitución, modificación o extinción de la pena o de las medidas de seguridad, así como los relativos a la libertad anticipada. Además, el artículo 458 del Código Procesal Penal establece que corresponde al Tribunal de Ejecución de la Pena controlar el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad. En tal sentido, se establece como de su competencia el mantener, sustituir, modificar o hacer cesar la pena y las medidas de seguridad, así como las condiciones de su cumplimiento; visitar los centros de reclusión, por lo menos una vez cada seis meses, con el fin de constatar el respeto de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos, y ordenar las medidas correctivas que estimen convenientes; resolver con aplicación del procedimiento previsto para los incidentes de ejecución, las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecten sus derechos; resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias y aprobar las sanciones de aislamiento por más de cuarenta y ocho horas en celdas. Como se puede observar, todo lo relativo al correcto devenir en el cumplimiento de las penas y las condiciones en las cuales se cumplen, corresponde por Ley conocerlas, tramitarlas y resolverlas al Tribunal de Ejecución de la Pena que conoce de los asuntos del centro en que se encuentra reclusa una persona. De allí que esta Sala haya señalado que “la figura del Juez de Ejecución de la Pena emerge como un garante de que la pena de prisión o la medida de seguridad se cumpla de conformidad con las finalidades constitucional y legalmente dispuestas. No resulta ocioso señalar que con la emergencia de este órgano de control de la ejecución penal, se cierra el círculo de protección que el ordenamiento ha otorgado al sometido a proceso penal, aun en esta etapa sobre la cual hubo despreocupación en el pasado” (ver sentencia número 2000-3862 de las diez horas cuarenta y siete minutos del nueve de mayo del dos mil). Por lo que queda claro que nuestro ordenamiento jurídico sí prevé una instancia jurisdiccional diseñada expresamente para velar por la tutela de los derechos de los privados de libertad, fiscalizar el debido cumplimiento del régimen penitenciario y garantizar el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena”.

⁹ En cuanto a este punto, en el citado voto n.º 2008-2545, se indicó “[...]I.- **NUEVA JUSTICIA ADMINISTRATIVA MECANISMO CELERE Y CUMPLIDO PARA LA PROTECCIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS SUSTANCIALES DE LOS ADMINISTRADOS.** La Sala Constitucional, desde su fundación, ha utilizado criterios amplios de admisibilidad en vista de la ausencia de cauces procesales expeditos y céleres para la protección de las situaciones jurídicas sustanciales que tienen asidero en el ordenamiento jurídico infra-constitucional o parámetro de legalidad, que guardan conexión indirecta con los derechos fundamentales y el Derecho de la Constitución. Sobre el particular, no debe perderse de perspectiva que la Constitución por su supremacía, súper-legalidad y eficacia directa e inmediata da fundamento indirecto a cualquier situación jurídica sustancial imaginable de las personas. No obstante, bajo una mejor ponderación y ante la promulgación del Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley No. 8508 de 24 de abril de 2006) y su entrada en vigencia a partir del 1º de enero de 2008, ha quedado patente que ahora los justiciables cuentan con una jurisdicción contencioso-administrativa plenaria y universal, sumamente expedita y celeres por los diversos mecanismos procesales que incorpora al ordenamiento jurídico esa legislación, tales como el acortamiento de los plazos para realizar los diversos actos procesales, la amplitud de la legitimación, las medidas cautelares, el numerus apertus de las pretensiones deducibles, la oralidad –y sus subprincipios concentración, inmediatez y celeridad-, la única instancia con recurso de apelación en situaciones expresamente tasadas, la conciliación intra-procesal, el proceso unificado, el proceso de trámite preferente o “amparo de legalidad”, los procesos de puro derecho, las nuevas medidas de ejecución (multas coercitivas, ejecución sustitutiva o comisarial, embargo de bienes del dominio fiscal y algunos del dominio público), los amplios poderes del cuerpo de jueces de ejecución, la extensión y adaptación de los efectos de la jurisprudencia a terceros y la flexibilidad del recurso de casación. Todos esos institutos procesales novedosos tienen por fin y propósito manifiesto alcanzar la economía procesal, la celeridad, la prontitud y la protección efectiva o cumplida de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados, todo con garantía de derechos fundamentales básicos como el debido proceso, la defensa y el contradictorio. En suma, la nueva jurisdicción contencioso-administrativa es un cauce idóneo, por sus nuevas características de simplicidad, celeridad y prontitud para el amparo y protección efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados en las que se requiera recabar prueba o definir algunas cuestiones de legalidad ordinaria”.

¿JUZGAR A LOS JUZGADORES? ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DEL JUICIO POLÍTICO CONTRA JUECES

DR. ALFONSO HERRERA GARCÍA *

RESUMEN:

Este artículo tiene por propósito analizar el juicio político dirigido a los jueces a partir de dos problemáticas contemporáneas: la incidencia de ese enjuiciamiento en la dimensión individual de los jueces, que cuentan con el derecho al debido proceso, especialmente cuando se les acusa por responsabilidad política. Por otro lado, se encuentra la dimensión objetiva de la rama judicial, que está construida sobre garantías de independencia, autonomía e inamovilidad de los jueces frente a otros poderes públicos y, fundamentalmente, frente a los poderes políticos. Se concluye que el juicio político contra jueces es un resabio histórico y, por tanto, una institución encaminada a su desaparición en su concepción clásica.

Palabras clave: Juicio político, jueces, poder judicial, independencia judicial, debido proceso legal.

ABSTRACT:

This article aims to analyze the impeachment against judges based on two contemporary issues: the impact of that prosecution on the individual dimension of the judges, who have the right to due process of law, especially when they are accused of a politics responsibility. On the other hand, there is the objective dimension of the judicial branch, which is built on guarantees of independence, autonomy and immobility of judges, against other public powers and, fundamentally, against political powers. It is concluded that the impeachment against judges is a historical relic and, therefore, an institution that could disappear, at least in its classical conception.

KEYWORDS: Impeachment, judges, judiciary, judicial independence, due process of law.

Recibido 6 de febrero de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019.

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Posgrado en la Universidad Panamericana y de la Universidad Iberoamericana (Cd. de México). Investigador Nacional nivel I del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). Twitter: @jAlfonsoHerrera

SUMARIO: I. Caracterización del juicio político. II. El juicio político como procedimiento punitivo. III. El juicio político contra jueces en la jurisdicción interamericana: III.1. Estándares; III.2. Las sutiles incertezas respecto a la extensión de los estándares; III.3. ¿Particularidades de los jueces de altas Cortes Constitucionales? IV. Replanteando el juicio político contra jueces: IV.1. La conversión de un ortodoxo control político a un heterodoxo control jurídico; IV.2. El control interamericano como control de constitucionalidad; V. Consideración final.¹

I. Caracterización del juicio político

El juicio político tradicionalmente se ha construido bajo la perspectiva originalista del constitucionalismo anglosajón. Su explicación histórica se ha contextualizado desde la introspección del orden político, propia de los Estados-nación. El juicio político contra jueces no ha escapado a esa caracterización, al menos en los países que se han inspirado en el modelo del impeachment.²

En esta temática aparecen frecuentemente en la doctrina dos constataciones contundentes: que su propósito siempre ha sido hacer frente a la “mala conducta” de los jueces en el ejercicio de su función, dada la posibilidad de que incurran en delitos graves, negligencia, o actos relacionados con traición o cohecho, por ejemplo; y su escasa utilización práctica en los países que tienen reconocida esa insti-

tución en sus ordenamientos, al grado en que se ha considerado como caída en desuso.³

El juicio político también ha podido verse como una garantía de la Constitución, esto es, como mecanismo para su defensa. Fix-Zamudio, por ejemplo, considera que el procedimiento para determinar una responsabilidad política:

[...] debe considerarse como una garantía constitucional, puesto que tiene por objeto reprimir y sancionar las violaciones a las disposiciones fundamentales, que son las que señalan los límites a que deben sujetarse los propios titulares de los órganos del poder; con independencia del órgano al que se encomienda el enjuiciamiento, que se desarrolla por medio de un procedimiento jurisdiccional, y en el cual figura como acusado el alto funcionario a quien se atribuye la extralimitación de las atribuciones que le encomienda la carta fundamental.⁴

Lo cierto es que el juicio político dirigido a los jueces plantea problemáticas conceptuales a la luz del constitucionalismo contemporáneo, al menos por dos poderosas razones: la clase de incidencia que ese enjuiciamiento tiene en la dimensión individual de los jue-

ces que cuentan con un derecho fundamental al debido proceso incluso, o especialmente, cuando sobre ellos pesa una acusación por responsabilidad política.

Por otro lado, se encuentra la dimensión objetiva de la rama judicial al que pertenecen, la cual está montada sobre robustas garantías de independencia, autonomía e inamovilidad frente a otros poderes públicos, y, de nuevo, fundamentalmente frente a los políticos.

Las Constituciones contemporáneas invariablemente establecen ambos niveles de garantía, los cuales, a menudo son reforzados (si los Estados se han comprometido a ello en el orden externo) con instrumentos internacionales de los derechos humanos, que además reconocen como elementos básicos de los sistemas de democracia representativa a la independencia judicial y los derechos humanos, justamente.⁵

En otras palabras, la noción actual del juicio político no resiste una explicación a partir del contexto de un aislado constitucionalismo, sino que tiene cobijo en otro, sustancialmente diverso, caracterizado por la pertenencia del Estado a una comunidad jurídica internacional.⁶ En este escenario, el juicio político contra jueces ha dejado de tener un sentido si lo explicamos como un control puramente “político”, pese al carácter contraintuitivo que esta expresión pudiera tener.

En la actualidad —pero acaso ha sido así desde sus orígenes—, el impeachment resulta una categoría que no enlaza adecuadamente con la idea democrática de la independencia judicial, y tampoco con la concepción más acabada del derecho al debido proceso de quienes se sujetan a ese procedimiento.

De este modo, el juicio político contra jueces es quizá una de las manifestaciones más antagónicas de esta clase de enjuiciamientos, fundamental y precisamente debido a la relación incompatible que supone poner en la palestra de la responsabilidad política a detentadores de la función judicial del Estado.

II. El juicio político como procedimiento punitivo

Otra vertiente a considerar en la evolución del juicio político en los tiempos del Estado constitucional de Derecho, es observarlo como un procedimiento punitivo, en manos de órganos políticos de enjuiciamiento. Pero ¿en qué medida este juicio tiene ese carácter?

En los remotos orígenes ingleses del juicio político, a fines del siglo XVII, el impeachment era un proceso penal muy particular, en forma de excepcional juicio parlamentario. Sin embargo, por una evolución propia del sistema parlamentario inglés, el impeachment llegó a carecer de sentido porque la censura del funcionario integrante del poder ejecutivo tenía ya por efecto la propia remoción del funcionario.⁷

En cambio, en los sistemas presidencialistas como el estadounidense, donde la distinción de facultades entre el ejecutivo y el legislativo es una característica distintiva, la responsabilidad política del funcionario se mantuvo como objeto del juicio político instrumentado entre la cámara baja y el Senado, al que se le reconoció una función material y excepcionalmente jurisdiccional.⁸

En ese proceso de traslación a la Constitución de los Estados Unidos, el juicio político perdió las características de proceso penal que definían conceptualmente al impeachment británico, transformándose en un proceso que Alexis de Tocqueville calificó de administrativo.⁹

El cariz punitivo del juicio político sale también frecuentemente a relucir en la reflexión de nuestros días. En un análisis detenido sobre las garantías judiciales penales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor concluye que es evidente el carácter punitivo del juicio político.¹⁰ Si el juicio político tiene por finalidad dilucidar la remoción o destitución de los jueces, en esa medida se manifiesta la característica punitiva o sancionadora del procedimiento.

Considerar al juicio político como un procedimiento cuyo propósito es analizar la imposición de una pena o una sanción punitiva no

penal, tiene apreciables consecuencias prácticas. Si esa es la teleología del juicio, se actualiza la necesidad de aproximarlos a las estrictas garantías procesales aplicables al proceso penal, de manera similar a cómo esas garantías han evolucionado extensivamente hacia el terreno del procedimiento administrativo sancionador, y otras tantas materias.¹¹

Desde un punto de vista democrático, la ventaja que se advierte a esta representación del juicio político es que facilita el traslado de formas procesales de tutela a favor de quien se ve sometido al mismo. El juicio político se ha sustraído de márgenes unilaterales de decisión de los poderes políticos, para sujetarlos a métodos propios de la democracia constitucional, en la cual la actuación de dichos poderes no puede sustraerse de fundamentos del sistema, como son los derechos fundamentales y la independencia judicial.¹²

En este contexto, no hay sitio para las viejas e intocables fórmulas monárquicas y parlamentarias del juicio político, debiéndose sustituirse por contemporáneas garantías, cuya vulneración, por tanto, puede ser motivo de un control judicial de regularidad.

Así, la aplicabilidad de los estándares del proceso penal al proceso político, tal como se consideran extensivamente aplicables al proceso administrativo sancionador —matizada o flexiblemente—, adquiere un más razona-

ble sentido tutelador. Hacia ese punto se ha encaminado la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se verá a continuación.

III. El juicio político contra jueces en la jurisdicción interamericana

III.1. Estándares

Los juicios políticos han merecido una atención específica en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Desde luego, estos casos han surgido de denuncias motivadas por alegaciones de indebido apego a estándares interamericanos propios de la Convención Americana. Pero, en realidad, las circunstancias fácticas detonantes de las violaciones alegadas han provenido del incumplimiento de las propias normas internas que los regían.

Los leading cases que han llevado ese análisis ante la Corte son conocidos: Tribunal Constitucional vs. Perú (2001),¹³ y Tribunal Constitucional vs. Ecuador (2013).¹⁴ En estos casos, los planteamientos de las víctimas fueron sustancialmente coincidentes en el sentido de que, en su condición de jueces constitucionales, esto es, de integrantes de tribunales de última instancia jurisdiccional en la interpretación de sus Constituciones, fueron sujetos de juicios de responsabilidad política por cámaras legislativas.

En ambos casos, se ha tratado de magistrados constitucionales que han perdido la titularidad de su función como consecuencia de determinaciones de los Congresos a favor de su destitución, por supuestamente haber incurrido en hechos que ameritaron su responsabilidad política.

Es destacable el apuntalamiento inicial que la Corte Interamericana realizó del artículo 8° de la Convención Americana en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, básicamente en un cuádruple orden de consideraciones:¹⁵

- a) La no limitación de las “garantías judiciales” a que expresamente se refiere el artículo 8°, a recursos judiciales en sentido estricto, sino que se trata de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan ejercer su derecho de defensa adecuada, ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos;
- b) A pesar de que el artículo 8° no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo, se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de

materias las personas tienen también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal;

- c) Si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo; es decir, cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, ya sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas; por esta razón, cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención; y
- d) Además, en cuanto al ejercicio de las atribuciones de un Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público —incluso, y diría yo, especialmente los jueces—, la Corte recordó que toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado, debe contar con la garantía de

que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial, y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.¹⁶

Ahora bien, por el lado de las garantías interamericanas sobre la independencia de los jueces, también la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana es prolija, las cuales sobresalen inmediatamente cuando éstos enfrentan una responsabilidad política.

La triple faceta de la independencia judicial, que en esta temática cobra especial relevancia, son: la institucional; la personal, como prerrogativa de los propios jueces; y como derecho de los justiciables y consecuente precondition de una tutela judicial efectiva. La Corte ha destacado consistentemente esa tríada, en casos en los que, en general, se dilucida sobre alguna clase de responsabilidad de los jueces —no sólo la política—.

En sintonía con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que cita en este aspecto, la Corte Interamericana también apunta tres elementos fundamentales de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento, inamovilidad en el cargo, y garantía contra presiones externas.¹⁷ Puede asumirse que la idea del juicio político que pretenda instaurarse contra ellos, incide de modo decisivo en las tres.

Tanto en el caso del TC vs. Perú,¹⁸ como en el del TC vs. Ecuador,¹⁹ la Corte estimó que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto, y permitir el ejercicio del derecho de defensa, incluso —más allá, especialmente, tendría que decir— cuando se juzga su supuesta responsabilidad política.

Tan es así que, en el caso del Perú, la Corte llegó a determinar que “no se cumplió con el requisito de la imparcialidad del juzgador”, pues “el Poder Legislativo no reunió las condiciones necesarias de independencia e imparcialidad para realizar el juicio político contra los magistrados del Tribunal Constitucional”.²⁰

En el caso del TC contra el Ecuador, en el 2013, es apreciable una prudente evolución constructiva de los derechos al debido proceso y de adecuada defensa de magistrados constitucionales sujetos a juicio político, si lo comparamos con el entusiasmo y la robustez de los enarbolados en el caso contra Perú, en el 2001.

En efecto, en el caso contra Ecuador, dado que las violaciones alegadas fueron marcadamente intempestivas, al haber sido motivadas por el desmantelamiento de tres altas Cortes del Estado por los poderes políticos, pudieron haberse elaborado otras distintas manifesta-

ciones del derecho al debido proceso de los magistrados constitucionales. Se trató de una oportunidad para continuar una superación más convincente de perspectivas clásicas u ortodoxas de los juicios políticos.

III.2. Las sutiles incertezas respecto a la extensión de los estándares

El resultado del corpus interpretativo elaborado por la Corte Interamericana es, por un lado, una apreciable zona interpretativa de certeza en torno a la tutela reforzada que implica que los jueces enfrenten un juicio político, y los órganos competentes para ello. Por otro lado, en esa evolución se advierte una zona de sublime incerteza, en cuanto hace a la efectiva extensión de vertientes más precisas, y acaso más incisivas, del debido proceso en estos casos.

En el caso contra el Ecuador, pudieron haberse declarado violaciones autónomas a diversas manifestaciones del derecho al debido proceso de los jueces-víctimas, tales como el derecho a ser oído en el juicio político que culminó con su cese; o explorar si les asistía un derecho a la doble instancia, si consideramos la analogía —que señalábamos más arriba— entre el derecho penal y el derecho punitivo que intrínsecamente caracteriza a este juicio.

Asimismo, parecía momento oportuno para reflexionar si los juicios por responsabilidad política deben formar parte de las actuacio-

nes del Estado que ameritan la impugnabilidad de esas decisiones mediante un recurso judicial rápido y efectivo, en los términos del artículo 25 de la Convención.²¹

En este sentido, el análisis pudo haber caminado hacia la cuestión relativa a si ese recurso debe enlazarse con el derecho de acceso a la jurisdicción, esto es, el derecho a un pronunciamiento judicial material y formalmente considerado, o incluso, con el derecho a recurrir el fallo congresual, ambos con fundamento en el artículo 8.1 y 8.2, inciso h), de la propia Convención.²²

De similar manera, si bien la Corte sí ha considerado exigible la imparcialidad e independencia de las cámaras legislativas en un juicio político, esa incipiente determinación acaso puede desenvolverse de forma más precisa. Sobre todo en cuanto hace en la necesidad de demostrar en estos casos que el talante partidista de las élites políticas no puede superar el orden jurídico preestablecido. En un contexto de no afinidad con el poder judicial, el poder legislativo debiera demostrar una neutralidad y conveniente distancia del ejecutivo, de cara a la tramitación de las decisiones que rodean al juicio político contra jueces.

Ello implica, desde luego, un escrupuloso cumplimiento de las hipótesis sustantivas y procedimentales de estos juicios, que acredite, en todos sus extremos, la ausencia de

una arbitrariedad congresual. Finalmente, también implicaría una profundización en la jurisprudencia de la distinción entre una imparcialidad eminentemente jurisdiccional, de una imparcialidad jurídica del órgano representativo en esa actuación.²³

III.3. ¿Particularidades de los jueces de altas Cortes Constitucionales?

Ahora bien ¿existen particularidades destacables en los juicios políticos contra jueces que pertenecen a altas Cortes Constitucionales? La Corte Interamericana estima que es necesaria la garantía de independencia de cualquier juez en un Estado de derecho, y especialmente, la de los jueces constitucionales “en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento”.²⁴

De acuerdo con lo hasta aquí visto, todo indica que el mejor esquema para responder a la custodia de las garantías procesales que se han construido en torno al juicio político contra jueces, las responsabilidades que con motivo de éste se dilucidan, debieran ser juzgadas en sedes y por órganos igualmente jurisdiccionales.

Existen destacados modelos europeos en ese sentido, como el francés, el alemán o el austriaco.²⁵

Cuando se trata de jueces de altas cortes, las cámaras legislativas que tienen a su cargo ese enjuiciamiento están compelidas, primeramente, por las normas internas del procedimiento. Esto es, están llamadas al cumplimiento del principio de constitucionalidad y legalidad, entendido como la ejecución irrestricta de las formalidades de la tramitación del juicio político contra jueces.

En esa actuación, deben seguirse igualmente los estándares internacionales del debido proceso, y las edificadas garantías que reclama la independencia judicial, que se han apuntado. El acceso a la jurisdicción internacional se justifica porque se trata de establecer responsabilidades políticas justamente al órgano judicial de garantía constitucional o suprema de los Estados.

Ante la eventualidad del incumplimiento de esos estándares, dado que se trata de magistrados que ejercen una jurisdicción terminal o irrevocable, se deja como subsidiaria puerta abierta el control internacional de dichos estándares, en caso de sus violaciones, a la luz de las normas regionales. Esto es significativamente así en el caso de los Estados parte del sistema interamericano de los derechos humanos.

Hay que admitir que los jueces constitucionales se ubican en una posición más proclive a enjuiciamientos que típicamente abren la responsabilidad política, en comparación con los jueces ordinarios.

Los jueces constitucionales, al no contar con una instancia de la revisión jurisdiccional en sede interna, esperarían alguna vía abierta de impugnación frente a un Estado que permita, avale o impulse esos juicios. Esto es, cuando, a través de poderes políticos, el Estado extralimite su competencia constitucional y legal en la materia, o que incluso incurra en abuso de poder frente a los integrantes de los órganos de la jurisdicción constitucional.

Estas garantías institucionales se dosifican aún más cuando la remoción o destitución de los jueces constitucionales es intempestiva, como ocurrió en el caso del Ecuador. Este caso de despido masivo de jueces constitucionales, supremos y electorales, fue declarado por la Corte Interamericana como un atentado, no sólo contra la independencia judicial, sino también, desde luego, en contra del orden democrático en su conjunto.²⁶

IV. Replanteando el juicio político contra jueces

IV.1. La conversión de un ortodoxo control político a un heterodoxo control jurídico

Llegados a este punto, puede afirmarse que el juicio político implica un genuino control jurídico y, en los tiempos que corren, no otra pudiera ser su caracterización a la luz de las normas internas e internacionales que le aplican y lo rigen.

En ese estado de la cuestión, pueden reconstruirse los cuestionamientos circundantes al modelo tradicional de impeachment: ¿Es posible juzgar a un juez por motivaciones de carácter puramente político, por un órgano esencialmente político como es una cámara parlamentaria que, por definición, no ejerce profesionalmente funciones jurisdiccionales? ¿Puede pensarse en un modo objetivo para evaluar la actuación de un juez, a partir de un enjuiciamiento político? ¿Un juzgamiento político puede apartarse del juzgamiento constitucional y convencional? En fin, ¿puede un juicio político ser un juicio apartidista, genuinamente imparcial e independiente, para juzgar la actuación de juzgadores?

En caso de respuestas afirmativas al respecto, esa actuación parlamentaria, que ejerciera una jurisdicción material ¿puede o debe ser analizada posteriormente en sede material y formalmente jurisdiccional?

Los casos interamericanos son un ejemplo muy preciso y contundente a estos respecto como consecuencia de haber determinado la aplicabilidad de aspectos centrales del artículo 8.2 de la Convención Americana a los juicios políticos contra jueces. El juicio político muta a un juicio jurídico, por estar forzosamente sujeto a estándares normativos infranqueables, cuyo incumplimiento arrojaría la responsabilidad internacional de un Estado, fundamentalmente cuanto éste se ha dirigido contra jueces constitucionales.

Al estar sometido a una jurisdicción internacional, y al imponerse los estándares que, en dicha jurisdicción o, en general, en el propio sistema interamericano, se han construido alrededor del juicio político, ese control confirma su carácter jurídico.

En la actualidad, el juicio político no culmina, ni su determinación puede sustraerse, del deber de juridicidad. Al estar sujeto a esas normas, y a la revisión de que éstas se hayan cumplido por un órgano jurisdiccional, esos estándares del juicio político —que en el primer constitucionalismo norteamericano se consideraba una función materialmente jurisdiccional de un Senado— se convierten en estándares jurídicos, con vocación además expansiva en la tutela de los derechos de los jueces enjuiciados.

Esta manera de caracterizar el juicio político en los órdenes jurídicos contemporáneos se debe a la construcción de estándares de debido cumplimiento, exigibles a los órganos que llevan a cabo esos juicios. Por tanto, no resulta de ningún modo un contrasentido afirmar que el juicio político se sujeta a un control jurídico.

IV.2. El control interamericano como control de constitucionalidad

El juicio político está sujeto a un control jurídico desde un orden exterior. Pero también, de manera sustancialmente significativa, desde el propio orden interno. Esto es una consecuencia inmediata de la aplicabilidad del

principio de subsidiariedad que impera en el sistema interamericano de derechos humanos, en los Estados parte de este sistema.

En el caso contra el Ecuador, la Corte en realidad ejerció como custodio del derecho constitucional interno, porque las razones centrales de las violaciones se actualizaron a partir de la acreditación de violaciones del orden jurídico ecuatoriano: el juzgamiento político por los fallos emitidos en el marco de la competencia del Tribunal Constitucional, lo cual estaba expresamente prohibido por la legislación interna, que implicó que los vocales fueran sancionados por acciones que no estaban expresamente indicados en la legislación doméstica.²⁷

Algo similar puede afirmarse en el caso del TC vs. Perú, en el cual se acreditó un cambio en el objeto de la indagatoria de una comisión de investigación, lo cual —determinó la Corte— no sólo transgredió el mandato expreso y la prohibición de revisar las actuaciones jurisdiccionales del tribunal de garantías establecidas por el Congreso, sino que, además, su actuación supuso que se violentaran las mismas normas de procedimiento interno que garantizaban el derecho de defensa de las víctimas.²⁸

V. Consideración final

El avance del control de constitucionalidad y de convencionalidad excluye, por sí mismo, la posibilidad de un control exclusivamente “político” mediante un “juicio” confiado a

cámaras legislativas. El control político ha cedido terreno al control jurídico, y, en ese sentido, se advierte una tendencia creciente de subsunción de los pocos aspectos políticos del enjuiciamiento, en robustos y florecientes aspectos jurídicos del mismo.

Por ello, puede afirmarse que la escala creciente de garantías en torno a la institución condiciona la naturaleza del órgano que debe ser responsable de ese enjuiciamiento. Esto es, apuntala la reflexión acerca de si éste debe seguir siendo un órgano parlamentario, como lo indica la ortodoxia constitucional americana. O si ese órgano debiera estar revestido de la función jurisdiccional desde un punto de vista técnico.

Podría incluso advertirse una contradicción en términos: la imposibilidad jurídica que debería actualizarse de juzgar a jueces en la vía política. Con la negación de este escenario, no se trata de excluir las hipótesis que desencadenarían el juicio, sino orientar la naturaleza del órgano de juzgamiento, y, acaso, reubicar al juicio político en un verdadero juicio de responsabilidad constitucional.

El juicio político se revela entonces, efectivamente, como un resabio histórico, y, lo que es más, como una institución tendencialmente encaminada a su desaparición, al menos en su concepción clásica.²⁹ De otra manera, el juicio político cabría en la categoría de “cuestiones políticas no justiciables”, que colocaría en una suerte de

zona de inmunidad a la actuación congresual en el desarrollo de estos procedimientos. Esta sería una opción alejada de la evolución en la construcción de los elementos de garantía que indudablemente han crecido y madurado en torno a la institución, a lo largo de los últimos tiempos.

BIBLIOGRAFÍA

Berger, Raoul, *Impeachment: The Constitutional Problems*, 2ª ed., Cambridge, Harvard University Press, 1999

Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, trad. Samuel Amaral, Lima, Communitas, 2009

Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 2: Estudios jurídicos [Gerardo Esquivel, Francisco Ibarra Palafox y Pedro Salazar Ugarte, coords.], México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, 2017

Delgado del Rincón, Luis Esteban, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, CEPC, 2002

Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa / UNAM, 2011.

Hamilton, Alexander; Madison, James; y Jay, John, *El Federalista*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 277-280 [este artículo fue publicado originalmente el 7 de marzo de 1788].

Hidalgo, Enrique, *Controles constitucionales sobre funcionarios y magistrados. Un estudio sobre el juicio político y el Consejo de la Ma-*

gistratura en la República argentina, Buenos Aires, Depalma, 1997

Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012,

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La aplicación extensiva de las garantías judiciales penales: un ejercicio de Derecho comparado para el sistema interamericano de derechos humanos y México”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, números 27-28, enero-diciembre de 2016

CASOS Y SENTENCIAS.

Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268.

Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266

Caso del TC vs. Perú, párrafo 75, transcrito en el caso del TC vs. Ecuador

Sentencia de la Corte IDH: Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311

Notas

- ¹ *Este texto tiene su origen en las ideas desarrolladas durante la “conferencista magistral” dictada en el marco de las III Jornadas Nacionales sobre Derechos Fundamentales, mesa temática “Debido proceso y juicios políticos”, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a invitación de dicha Facultad y la Asociación Civil Themis; Lima, Perú, el 3 de octubre de 2018.*
- ² *Como es sabido, la construcción constitucional del juicio por responsabilidad política proviene de la tradición inglesa, como una potestad parlamentaria para hacer frente al abuso gubernamental del poder. De ahí que su análisis casi siempre se encuentre ligado al del equilibrio o la división de poderes que, en su origen, por supuesto, nada tenía que ver con compromisos internacionales de los Estados. Para un análisis muy provechoso acerca de los antecedentes ingleses del impeachment, puede verse: Berger, Raoul, *Impeachment: The Constitutional Problems*, 2ª ed., Cambridge, Harvard University Press, 1999, en especial, pp. 7-56.*
- ³ *Véase, por todos: Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, trad. Samuel Amaral, Lima, Communitas, 2009, p. 64.*
- ⁴ *Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa / UNAM, 2011, p. 191.*
- ⁵ *La muestra más acabada de ello probablemente sea la Carta Democrática Interamericana, cuyo artículo 3º dispone, a su letra: “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos” (cursivas añadidas).*
- ⁶ *Algo similar ocurre, a mi juicio, con la regulación del Estado de excepción en una Constitución nacional: al encontrarse los Estados inmersos en una lógica regional de derechos humanos, es jurídicamente imposible (si no han opuesto reservas a los tratados) sustraerse a las obligaciones internacionales al respecto; pese a que la noción de las emergencias o urgencias que conducen a la suspensión de derechos, tiene una raíz propia de derecho interno. Hemos desarrollado este tema en el trabajo: “La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de Derecho comparado y desde la Convención Americana de Derechos Humanos” (en coautoría con Eduardo Ferrer Mac-Gregor), en el libro: *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 2: Estudios jurídicos* [Gerardo Esquivel, Francisco Ibarra Palafox y Pedro Salazar Ugarte, coords.], México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, 2017, pp. 105-129.*
- ⁷ *Cfr. Hidalgo, Enrique, *Controles constitucionales sobre funcionarios y magistrados. Un estudio sobre el juicio político y el Consejo de la Magistratura en la República argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 16-17.*
- ⁸ *Véase la defensa que Alexander Hamilton hace de este rol del Senado para la Constitución norteamericana en ciernes, en el capítulo LXV de *El Federalista*, en: Hamilton, Alexander; Madison, James; y Jay, John, *El Federalista*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 277-280 [este artículo fue publicado originalmente el 7 de marzo de 1788].*
- ⁹ *Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 112-116 [la primera*

versión en francés de esta obra es de 1835]. El juicio político como proceso administrativo en la narrativa de Tocqueville se destaca en: Hidalgo, Enrique, cit., supra nota 5, pp. 43-45.

- 10 *Véase la nota 70 en su voto razonado a la sentencia de la Corte IDH: Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311.*
- 11 *Esa es una tesis defendida en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La aplicación extensiva de las garantías judiciales penales: un ejercicio de Derecho comparado para el sistema interamericano de derechos humanos y México”, en Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, números 27-28, enero-diciembre de 2016, en especial, pp. 70-71.*
- 12 *Ambos, derechos e independencia, como se vio, elementos esenciales de un sistema de democracia representativa; tal como lo establece el citado artículo 3° de la Carta Democrática Interamericana; véase supra nota 4.*
- 13 *Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.*
- 14 *Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268. Este asunto está, desde luego, vinculado con el caso: Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, dictada cinco días antes.*
- 15 *Párrafos 69 a 71 y 77. Estos párrafos fueron transcritos y ratificados por la Corte en el caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador, doce años después, en el 2013 (véase, párrafo 166).*
- 16 *La Corte Interamericana finalmente constató en este caso las numerosas violaciones procesales siguientes: i) a la comisión de investigación se le dio el mandato expreso de que no podía conocer de ningún asunto relacionado con el ejercicio de la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional, y dicha comisión en su informe hizo caso omiso a este mandato y señaló que hubo irregularidades durante la adopción de diferentes actos jurisdiccionales de dicho Tribunal; ii) que los magistrados víctimas del caso no fueron citados nuevamente ante esta comisión, con lo cual cuando ésta rindió su informe dio por cierto lo afirmado por otros dos magistrados del Tribunal Constitucional, sin brindar la oportunidad a las víctimas para que ejercieran su derecho a presentar pruebas de descargo; iii) los inculcados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían y se les limitó el acceso al acervo probatorio; iv) el plazo otorgado para ejercer su defensa fue extremadamente corto una vez que las víctimas tuvieron conocimiento de la acusación constitucional en su contra; v) no se les permitió contrainterrogar a los testigos en cuyos testimonios se habían basado los congresistas para iniciar el procedimiento de acusación constitucional y concluir con la consecuente destitución, y vi) que la resolución mediante la cual se aprobó la destitución no tenía fundamentación alguna (véanse párrafos 80 y 83).*
- 17 *Véase: Caso del TC vs. Perú, párrafo 75, transcrito en el caso del TC vs. Ecuador, párrafo 82.*
- 18 *Párrafo 74.*
- 19 *Párrafo 189.*

20 *Párrafo 80.*

21 *Si bien en el caso del TC vs. Ecuador, la Corte declaró la violación del artículo 25.1 de la Convención, en relación con el 1.1, al haberse demostrado que los vocales se encontraban impedidos para hacer valer un recurso de amparo, y que el recurso de inconstitucionalidad no resultaba idóneo y efectivo para proteger sus derechos (véase el párrafo 238 de la sentencia); la construcción argumentativa referida no ha sido considerada en los términos aquí propuestos.*

22 *En esta tesitura, desde mi punto de vista, es sostenible la inconventionalidad del artículo 61, fracción VII, de la vigente Ley de Amparo en México, que dispone que este juicio es improcedente: “contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones Permanentes, en declaración de procedencia y en juicio político, así como en elección, suspensión o remoción de funcionarios en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana o discrecionalmente”. La contradicción de la Ley de Amparo mexicana en este punto, a la jurisprudencia interamericana, resulta patente, al tratarse de un caso negativo en el cumplimiento legislativo de la Convención, en términos de su artículo 2°.*

23 *La imparcialidad del órgano congresual enjuiciante fue determinada, por ejemplo, en el caso del TC vs. Perú, en el cual la Corte Interamericana observó que varios congresistas que enviaron una carta al Tribunal Constitucional solicitando que se pronunciara sobre la inconstitucionalidad o no de una ley relativa a la reelección presidencial, participaron posteriormente en las diferentes comisiones y subcomisiones que se nombraron en el proceso de destitución, y en contravención al reglamento del Congreso, algunos miembros de la comisión permanente participaron en la votación del pleno sobre la destitución constitucional. Con base en ello, la Corte consideró que “no aseguró a los magistrados destituidos la garantía de imparcialidad requerida por el artículo 8.1 de la Convención Americana” (párrafo 78 de la sentencia).*

24 *Sentencia al caso del TC vs. Perú, párrafo 75.*

25 *Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, cit. supra nota 2, pp. 191-193; Delgado del Rincón, Luis Esteban, Constitución, Poder Judicial y responsabilidad, Madrid, CEPC, 2002, pp. 97-99. De hecho, una competencia originaria del primer Tribunal Constitucional austriaco, en la Constitución de ese país, de 1920, fue precisamente decidir sobre la responsabilidad política de altos funcionarios de la Federación y de las entidades federadas (art. 142). De manera más precisa, a efectos del tema que nos ocupa, en el caso de la vigente Ley Fundamental de Bonn, su art. 98, párrafos 2 y 5, establece que los jueces federales o estatales pueden ser enjuiciados por el Tribunal Constitucional Federal alemán, si contravienen los principios de esa Ley Fundamental o el orden constitucional de los Estados, ya sea en funciones oficiales, o no.*

26 *Véase la sentencia en el caso TC vs. Ecuador, párrafos 207, 212 y 221.*

27 *Por ello, el voto parcialmente disidente del juez Ferrer Mac-Gregor en este caso hace hincapié en que la sentencia debió haber declarado la responsabilidad del Estado por violación autónoma al artículo 9, en relación con el 1.1 de la Convención, esto es, al principio de legalidad. Véase el punto IX de ese voto.*

28 *Véase el párrafo 82 de la sentencia, y las violaciones específicas transcritas supra, en la nota 13.*

29 *Esa tendencia la demuestran modelos jurídico-constitucionales de ciertas democracias occidentales europeas, como el mencionado caso alemán. Otro modelo es el español, que sólo reconoce una responsabilidad jurídica (legal), es decir: civil, penal y disciplinaria de los jueces. Cfr. Delgado del Rincón, Luis Esteban, cit. supra, nota 22, pp. 94 y 99.*

LA TUTELA DEL DERECHO A LA VIDA EN EL ÁMBITO JUDICIAL INTERAMERICANO Y COSTARRICENSE

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano*

RESUMEN

El objeto del presente artículo es analizar los alcances del derecho a la vida, tanto en el ámbito iberoamericano, como costarricense, en particular, lo que atañe a los supuestos de fecundación in vitro, aborto y eutanasia.

Palabras clave: derecho a la vida, aborto, fecundación in vitro, eutanasia.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to analyze the scope of the right to life, both in the Latin American and Costa Rican fields, which concerns the assumptions on in vitro fertilization, abortion and euthanasia.

Keywords: right to life, abortion, in vitro fertilization, euthanasia.

Recibido 10 de febrero de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019

* Juez Contencioso Administrativo. Profesor de la Cátedra de Derecho Constitucional, sede de Occidente, Universidad de Costa Rica. victorozcoer@gmail.com

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. SOBRE EL DERECHO A LA VIDA Y LA FERTILIZACIÓN IN VITRO. 2. ANÁLISIS PARTICULAR DEL CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA. 3.- JURISPRUDENCIA RELEVANTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PENALIZACIÓN DEL ABORTO. 4.- LA EUTANASIA O EL HOMICIDIO POR PIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

En términos generales, en este capítulo se analizará la tutela del derecho a la vida en el ámbito judicial interamericano. Esto supone, desde todo punto de vista, la obligación de examinar el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, sobre la prohibición decretada por la Sala Constitucional de Costa Rica acerca de la utilización de la técnica de la fecundación in vitro, así como, la respuesta de ese mismo tribunal tras la sentencia de fondo emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la posterior decisión de la Corte IDH sobre los pronunciamientos de la Sala Constitucional de Costa Rica.

Con ese fin, se examinarán los alcances del derecho a la vida y la fertilización in vitro, tanto en su concepción anglosajona como continental europea.

También se analizarán las sentencias de la Corte IDH, con respecto a Costa Rica, y lo que supone en el marco de la nueva doctrina del control de convencionalidad. En este orden de consideraciones, es preciso mencionar que el catálogo o gama de derechos analizados tanto por la Corte IDH, como por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en aplicación de esos fallos, es mucho más amplio que en el caso del derecho

a la vida, como son, por ejemplo, los supuestos de vida privada e intimidad, así como la prohibición de discriminación entre parejas del mismo sexo, los cuales no serán incluidos en esta oportunidad.

En este orden, se ha sostenido que, en razón del principio de subsidiariedad, en su concepción normativa, por ser el Estado costarricense democrático, con una institucionalidad consolidada de más de 50 años, el tribunal constitucional costarricense se encuentra en una mejor posición que la Corte IDH para precisar los alcances y el contenido de esos derechos humanos o fundamentales.

Así la Corte IDH debería emplear el criterio del margen de apreciación, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo hace, en lo que atañe a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950, en ausencia de un consenso europeo en cuanto a los alcances de un derecho.

Otros, al contrario, abogan por ese intervencionismo de la Corte IDH en procura de la protección uniforme y progresiva de los derechos humanos, cuando se han detectado ciertos fallos estructurales en cuanto al disfrute o goce de esos derechos. Tal intervencionismo se encamina hacia un derecho constitucional común latinoamericano, con semejantes estándares de protección de los derechos en el área. Mucho queda por discutir en ese ámbito.

En todo caso, es claro que dicha intervención de la Corte IDH se plasma, plenamente, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Por lo pronto, nos limitaremos a exponer ese diálogo, bajo el enfoque inicial de protección del derecho a la vida.

Además, en el marco del diálogo entre las cortes de San José, expondremos los criterios del tribunal constitucional costarricense sobre el derecho a la vida, en estricto orden cronológico, en sus 29 años de funcionamiento, teniendo en cuenta la constitucionalidad de la prohibición del aborto y algún caso emblemático sobre el homicidio por piedad, mejor conocido como la eutanasia.

1.- SOBRE EL DERECHO A LA VIDA Y LA FERTILIZACIÓN IN VITRO

Tras analizar la manera en que ha sido regulado el derecho a la vida, así como la protección de los derechos de la persona concebida, de acuerdo con Francesco Zappalá, se pueden conceptualizar dos visiones en el bioderecho relativas a esa configuración: una es aquella que instruye el sistema norteamericano, en el cual, están incluidos Canadá y el Reino Unido, y otro es el pensamiento europeo que caracteriza el cuadro cultural de Europa continental. Una se decanta por favorecer la libre determinación del individuo, lo que tiene sus implicaciones sobre el aborto, la eutanasia y otros, mientras que, en la otra: “no se remiten a la exclusiva voluntad del interesado, sino, que la misma voluntad es acompañada y algunas veces subordinada, a una serie de principios entre los cuales está el de solidaridad, pero, sobre todo, el de dignidad humana que en Europa es el principio cardinal en materia de bioética”¹.

En este orden, el mismo autor indica que el principio sobre el cual oscilan ambos sistemas es el de la dignidad humana. De tal forma, en el ámbito norteamericano, se privilegia la libre disposición,

mientras que, en el europeo, la observancia de ese principio supone la obligación de acatar una serie de deberes, razón por la que, según esta vertiente, no se puede disponer de la propia vida².

Ahora bien, en lo que atañe al inicio de la vida, este autor afirma que se han desarrollado dos visiones: una la del reporte Wornok que toma su nombre de la parlamentaria inglesa Wornok, a quien le fue confiada la tarea de encontrar una solución legislativa a la tarea de proteger al embrión.

Lo anterior dio origen a la distinción entre el estado embrional y preembrional, que es actualmente adoptada en Gran Bretaña, en España y en los países escandinavos. De esta forma:

Según el reporte Wornok la fase embrional empezaría al décimo quinto día contado desde la fecundación del óvulo y en los primeros 14 días existiría una fase denominada preembrional, distinción basada sobre el hecho científico de que sólo desde el décimo quinto día se forma la denominada “estria” o núcleo neurológico del embrión. Vale decir, lo que se podría considerar un principio de cerebro o de sistema neurálgico. Antes de esta fase prenatal, el embrión es un conjunto de células que no disponen aún del sistema neurológico característico e inconfundible del ser humano³.

De este modo, antes del día 15 de gestación del embrión, este no se consideraría ser humano, razón por la cual, en esta etapa, serían permitidos: la experimentación científica, la fecundación médicamente asistida, el aborto, entre otros.

Por su parte, la otra visión, proteger al embrión desde el momento de la concepción, es seguida de manera mayoritaria en la mayor parte de Europa, así como en el continente americano: centro y sur, y encuentra su primer antecedente en la regulación del Código Civil argentino de 1871.

De esta manera, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 4°, se establece que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Por tanto, en Costa Rica, la Constitución Política dispone, en su artículo 21, que: “La vida humana es inviolable”, y tradicionalmente se ha entendido que se protege, justamente, a partir de la concepción. En este marco, es claro que, en la sentencia dictada por la Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, ese tribunal se aparta de una interpretación literal o gramatical del artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, para sostener, en la actualidad, que la protección del concebido inicia con la implantación del óvulo fecundado en el vientre materno.

2.- ANÁLISIS PARTICULAR DEL CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA

Ahora bien, en el caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, la Corte IDH conoció acerca de alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general

de practicar la fecundación in vitro (en adelante “FIV”) que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país.

En este orden, en 1995, el Ministerio de Salud de Costa Rica emitió el Decreto Ejecutivo N.º 24029-SI, denominado “Fertilización in vitro y transferencia de embriones”. En este instrumento normativo, se aprobaba la reproducción asistida entre cónyuges, aunque incluía varios requisitos, entre ellos: “que se tratara del último medio técnico para conseguir el embarazo y que, habiendo sido informados acerca de la adopción, hayan renunciado a ella. Además, permitía la reproducción asistida heteróloga con otros requisitos”⁴.

De acuerdo con Juan Cianciardo, la fecundación in vitro fue practicada de manera efectiva en Costa Rica durante 1995, y en el 2000 por el Instituto Costarricense de Infertilidad, periodo durante el cual nacieron 15 costarricenses⁵.

Con posterioridad, en una sentencia emitida el 15 de marzo de 2002, con el voto disidente de dos de sus magistrados, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo supra aludido. Según Campos Vargas:

entre de los argumentos principales expuestos se menciona que a partir de la fecundación ya existe persona, además de que no hay que pasar por alto que el embrión es un sujeto de derecho y no un

mero objeto; respecto de dicha postura, el artículo 4.1 del Pacto de San José dispone el respecto a la vida desde la concepción, de allí que las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) representan un atentado contra la vida humana, debido a la pérdida elevada de embriones, considerados seres humanos⁶.

De este modo, en la mencionada decisión, con respecto a la protección constitucional del derecho a la vida y la dignidad del ser humano, la Sala Constitucional expuso que:

Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse

desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva —primer esbozo del sistema nervioso—; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el

momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta

segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

En la mencionada sentencia, la Sala Constitucional adopta la construcción doctrinal, según la cual, la vida inicia desde la concepción y, con ese fin, se apoya en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, de la siguiente manera:

VI.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política. Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer; de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la liber-

tad y a la seguridad de su persona” -, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona “tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del

no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona “el nacimiento”. Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga “debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que “la vida humana es inviolable.

Así, en la sentencia referida, la Sala Constitucional concluye que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de ese tribunal, no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la técnica de fecundación in vitro y transferencia embrionaria, aun con ellas, atenta contra la vida humana.

El embrión humano es una persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto para fines de investigación, ni puede ser sometido a procesos de selección, ni conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.

Así, le ha quedado claro a ese tribunal que, durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan o bien se implantan, pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre –generalmente no más de cuatro– aumenta las posibilidades de lograr un embarazo.

La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de esta es lograr un ser humano, dotar de un hijo o una hija a una pareja que, de otra forma, no podría tenerlo.

Lo esencial es que los embriones, cuya vida se procura primero y luego se frustra, son seres humanos, y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que, en circunstancias naturales, también hay embriones que no llegan a implantarse o que, aun logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana, en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar.

Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la técnica de fecundación in vitro y transferencia embrionaria atenta contra la vida humana en la forma en que se desarrolla en la actualidad.

La Sala Constitucional advierte que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera que los reparos señalados aquí desaparezcan.

Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de esta– viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el derecho de la Constitución.

Por ello, el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal, es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas

En razón de dicha sentencia, se plantearon diversas gestiones contra el estado costarricense ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien, a su vez, elevó el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, al plantear el caso contencioso ante la Corte IDH, entre otros aspectos, las víctimas alegaron que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia.

Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

Tras analizar los argumentos formuladas por las partes, en esa ocasión la Corte IDH dispuso que el Estado costarricense era responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquineta Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza, en los términos de los párrafos 136 a 317 de esa decisión.

En dicha sentencia, se esboza la manera en que debe ser interpretado el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo que atañe a la protección del derecho a la vida del no nacido, de la siguiente manera:

La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1. tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental, según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

De esta forma, en esa sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso, por cin-

co votos a favor y uno en contra, que:

1. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.
2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia.
3. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.
4. El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.
5. El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente Sentencia.
6. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
7. El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia.
8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del Fallo.
9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe

general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Al respecto, se discute si a partir de esa decisión, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenía la obligación o no de anular, de oficio, la sentencia del año 2000 que supuso la prohibición de la técnica de la fecundación de in vitro, teniendo en consideración que la Corte IDH había establecido la obligación del Estado de adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quedara sin efecto la prohibición de practicar la FIV, y para que las personas que desearan nacer uso de dicha técnica de reproducción asistida pudieran hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en esa sentencia.

En este orden, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias n.º 2013-10712 del 8 de agosto y n.º 2014-3715 del 14 de marzo, se ha negado a exigir a las autoridades costarricenses la obligación de aplicar la técnica de la fecundación in vitro a las amparadas, pese a los alcances del fallo de la Corte IDH. En esta línea, en la última sentencia la Sala ha sostenido que:

en la citada sentencia se le impone al Estado de Costa Rica el deber de regular el desarrollo de la FIV, precisamen-

te, para hacer posible la aplicación de esta técnica en nuestro país, NO QUE SE DICTE UNA SENTENCIA DE ESTA SALA NORMANDO ESTA TÉCNICA. Esa regulación, al estar de por medio derechos fundamentales, necesariamente tiene que ser mediante ley, toda vez que así lo impone el principio de reserva de ley (artículo 28 constitucional). Así las cosas, mientras la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo no emitan y sancionen una ley que regule la materia, no es posible exigir la aplicación de la técnica de la FIV, salvo que se vulnere, ni más ni menos, el numeral 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 28 constitucional y se contradiga la misma sentencia de la Corte; amén de que un acto de esa naturaleza se constituiría en una indebida interferencia de esa Sala en el proceso de ejecución de sentencia que está fiscalizando el Tribunal internacional de derechos humanos y en el proceso de cumplimiento de sentencia que han elegido el Poder Legislativo y Ejecutivo. Si bien este Tribunal no desconoce que la puesta en práctica de la técnica denominada FIV es considerada por la Corte como un derecho, su ejecución tiene una serie de consecuencias que exige la regulación de esta materia mediante Ley formal, tal y como se indicó supra. Por tal razón, el recurso de amparo debe ser declarado sin lugar.

En este orden, preferimos el criterio expuesto en los votos particulares de la magistrada Hernández López y del magistrado Salazar Murillo a la de-

cisión n.º 2014-3715 del 14 de marzo. Así, en el primero de ellos, exponen:

a) se priva de efectos y de su valor vinculante a la sentencia de esta Sala número 2000-2306 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil; b) se ordena a las todas autoridades públicas involucradas, abstenerse de cualquier acción que tenga como efecto directo o indirecto impedir o prohibir la práctica de la técnica de la fertilización in Vitro, entendida ésta en la forma y con el alcance descritos en la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la FIV, lo anterior sin perjuicio del obligado ejercicio de las potestades de vigilancia y regulación atribuidas a las autoridades públicas con competencias específicas sobre la materia; c) se ordena dar acceso a la amparada a los servicios especializados de la Caja Costarricense de Seguro Social, para ser valorada sobre si ella y su pareja presentan un problema de infertilidad que les permita clínicamente calificar para el acceso a la técnica de Fertilización In Vitro. De resultar positiva la valoración, darle acceso a ese tratamiento bajo las regulaciones de su médico tratante.

Lo anterior se basa justamente al considerar que el principio de reserva legal debe aplicarse a las limitaciones a los derechos fundamentales, no a su aplicación directa de la Constitución, ya que estos son self executing, es decir, no necesitan de leyes que los implementen para su garantía.

Con posterioridad, el Poder Ejecutivo emitió un de-

creto en que se regulaba la técnica de la fecundación in vitro, el cual fue impugnado ante la Sala Constitucional. En esa oportunidad, por medio de la sentencia n.º 2016-1692 del 3 de febrero, el tribunal constitucional costarricense declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N.º 39210-MP-S denominado “Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria” del 10 de septiembre de 2015 por vulnerar el principio de reserva de ley.

Con posterioridad, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, del 26 de febrero de 2016, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso, entre otros aspectos, que:

debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público” y, además, “disponer que, en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo tercero de la sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 36 de esta resolución, se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia.

Con lo cual, a partir de ese momento, ha sido aplicada la técnica supra aludida, al considerarse que:

29. “Tal como ha sido señalado, Costa Rica informó que estaban en trámite en el Poder Legislativo tres proyectos de ley en relación con la técnica FIV, que no

han sido aprobados (supra Considerando 15). Los representantes de las víctimas y la Defensora de los Habitantes de Costa Rica se refirieron a la falta de avances y obstáculos que se presentan en el ámbito legislativo para la aprobación de una ley que regule la FIV. Aquellos también expresaron críticas en cuanto al contenido de estos proyectos, particularmente respecto del proyecto de ley No. 18.824 “Ley Marco de Fecundación In Vitro”, ya que consideran que no se adecuarían a lo dispuesto en la Sentencia. En su escrito de 11 de febrero de 2016 el Estado comunicó que el referido proyecto de ley No. 18.824 es el que “se encuentra en etapa avanzada” del trámite legislativo, “concretamente, en agenda del pleno de la Asamblea Legislativa para su conocimiento” y, al igual que los representantes de las víctimas, manifestó “serias preocupaciones” debido a que considera que este proyecto “contiene severas inconsistencias jurídicas contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como al [...] pronunciamiento de [esta] Corte” y a “los estándares internacionales que las Ciencias de la Salud establecen para esta técnica de reproducción asistida, con lo cual se obstruye el derecho a gozar de los beneficios y posibilidades que ofrece el progreso científico”. Agregó que “de aprobarse el contenido actual de [este] proyecto de ley [...] se corre el riesgo de hacer ineficaz la FIV en Costa Rica, así como de incurrir en estado de incumplimiento respecto de la sentencia de la [...] Corte.

De este modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que, por los obstáculos en el trámite legislativo de los referidos proyectos, el Estado anunció durante la audiencia pública de supervisión de cumplimiento de septiembre de 2015 que el Poder Ejecutivo optó por elaborar un proyecto de decreto ejecutivo que autorizara la FIV y regulara su implementación. Como fue indicado, el Decreto N.º 39210-MP-S estuvo vigente únicamente del 11 de septiembre al 7 de octubre de 2015, ya que la Sala Constitucional suspendió su vigencia y, posteriormente, lo anuló por considerar que era inconstitucional al vulnerar el principio de reserva de ley.

Ante dicha declaratoria de inconstitucionalidad ocurrida el 3 de febrero de 2016, el Estado explicó, en su escrito del 11 de ese mes, las razones por las que consideraba que, para cumplir con la orden dada por esta Corte, la “regulación no requiere ser de rango legal”, y que debido a que el Estado fue declarado responsable en la sentencia, “todas las autoridades públicas están llamadas a desplegar las acciones propias de su competencia para reestablecer los derechos vulnerados con la prohibición de la FIV”.

Sostuvo que lo que “resulta esencial” es que la norma que regule dicho tratamiento médico “cumpla con los estándares convencionales” y, con lo indicado en la sentencia, “asegur[e] la viabilidad práctica de la FIV, en términos de seguridad y calidad del método”. En ese sentido, indicó que al emitir el referido Decreto:

se procuró regular el ejercicio de esta técnica con absoluto apego a los estándares científicos internacionales, para

a adecuarla a los avances tecnológicos más recientes, de modo que se propiciara su efectividad y conjuntamente, se garantizaran los derechos de las personas”, y que “[s]u creación normativa se dio con pleno apego a los artículos 29.b y 30 del Pacto de San José de Costa Rica, ya que el Poder Ejecutivo no cercenó ni limitó ningún derecho [...] por lo que no se transgredieron los principios de división de poderes y reserva de ley.

Tal como fue indicado, tanto las personas representantes de las víctimas como el Estado coincidieron en solicitar a la Corte que ordenara mantener la vigencia del referido Decreto Ejecutivo, mientras no existiera una norma de rango superior que fuera conforme a lo dispuesto en la sentencia.

Además, Costa Rica resaltó que “con la anulación del mencionado Decreto, se generaba nuevamente una situación de incerteza jurídica que demandaba la reformulación de acciones a fin de lograr la implementación de la FIV”, y comunicó que “no se vislumbra que, en un futuro cercano, la Asamblea Legislativa promulgue una ley con [las referidas] características, puesto que se ha dificultado el consenso en esta materia y existen sectores políticos que se resisten a normar dicha técnica de una forma acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló, en la mencionada sentencia, que:

33 Sin entrar a efectuar un análisis del contenido del referido Decreto Ejecutivo, el Tribunal constata que estaba dirigido

a dar cumplimiento al punto dispositivo tercero de la Sentencia (supra Considerando 28), al regular aspectos relacionados con la implementación de la técnica de la FIV, y prever disposiciones sobre las responsabilidades y funciones de diversas autoridades en la realización, inspección y control de la técnica en el país. Al respecto, el Decreto tiene cuatro “capítulos” relativos, respectivamente, a: (i) “disposiciones generales” en relación con la técnica FIV; (ii) las “autoridades competentes” determinando las responsabilidades y funciones del Ministerio de Salud, la Caja Costarricense del Seguro Social y el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica en la práctica de la FIV; (iii) los “derechos de las personas destinatarias del tratamiento”, y (iv) sobre “el tratamiento de gametos”. 34 Asimismo, el Estado sostuvo que en la elaboración de dicho Decreto se contempló lo dispuesto en la Sentencia y “[s]e tomó en cuenta el estado actual de la ciencia en temas de reproducción asistida, así como el criterio técnico de los jefes de las instituciones especializadas en la atención en salud de la población costarricense”, ya que les fue sometido a consulta el texto del proyecto de Decreto. En ese sentido, afirmó que se consideraron las observaciones de la Caja Costarricense del Seguro Social y del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, con las cuales “se efectuaron las mejores necesarias [con] los criterios técnicos recibidos”. En lo que respecta al con-

tenido del Decreto, el Tribunal destaca que ninguna de las partes ni la Comisión han alegado que algún aspecto de la regulación incluida en el mismo impida la eficacia de la técnica o su seguridad, deniegue el acceso al progreso científico en esta materia o que no garantice el principio de igualdad y no discriminación. Por el contrario, consideran que el Decreto cumple con lo ordenado por la Corte (supra nota al pie de página 60). 35 Al ordenar la reparación relativa a que se regulen “los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV”, la Corte no indicó específicamente qué tipo de norma debía ser emitida para tales efectos. En ese sentido, este Tribunal valora positivamente que, ante la falta de actuación del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo haya buscado dar cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia a través la emisión de la referida norma, tomando en cuenta que los Estados no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional establecida por este tribunal internacional (supra Considerando 7). 36 De acuerdo a la información allegada a esta Corte y a lo solicitado por los representantes de las víctimas y el Estado (supra Considerandos 21 y 32), es posible que aun cuando se haya dispuesto en la presente resolución que la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos (supra Considerando 26), podría continuar una situación de hecho en que no se empiece a brindar esta técnica debido a

la inseguridad jurídica con respecto a la regulación que se aplicaría. Al respecto, el Tribunal reitera que la medida relativa a regular no debía representar un impedimento para el ejercicio de los derechos humanos a la vida privada y familiar a través del acceso a la técnica en Costa Rica (supra Considerandos 9 y 26), derechos cuya protección debe tener una eficacia jurídica directa. Por ello, ante la falta de una regulación específica en los términos de la Sentencia, la FIV podía realizarse y fiscalizarse con la normativa, regulaciones técnicas, protocolos y estándares de salud, médicos y cualquier otra normativa que resultara aplicable. Adicionalmente, tomando en cuenta que el referido Decreto Ejecutivo ha sido la única medida adoptada por el Estado para cumplir con la reparación ordenada en la Sentencia y que el Estado afirma que su vigencia temporal es una alternativa válida para solventar la referida inseguridad jurídica (supra Considerandos 21 y 32), resulta necesario disponer que el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S se mantenga vigente en aras de evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de la técnica de la FIV. Ello, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia.

Con lo que, a partir de esta decisión, ya se aplica la técnica de la FIV en Costa Rica, mediante el ejercicio de un proceso de tutela de los derechos

que, en sede interamericana, en Comisión IDH y Corte IDH, demoró más de 15 años.

3.- JURISPRUDENCIA RELEVANTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PENALIZACIÓN DEL ABORTO

Este tema que, como es conocido, integra, plenamente, los alcances del derecho a la vida, resulta ser muy polémico y de difícil tratamiento, particularmente en el contexto latinoamericano, con sociedades tan conservadoras como las que nos encontramos, en las cuales, las posiciones ideológicas e, incluso, las religiosas tienen, aún hoy, mucha injerencia.

Bien se podría indicar que, en el contexto latinoamericano, todavía es difícil encontrar sociedades fuertemente secularizadas, a diferencia de otros ámbitos. En este caso, quien escribe estas líneas aún no tiene un criterio sobre si se debería permitir el aborto; por ejemplo, en casos de violación de la madre, o bien, si se trata de una adolescente o cuando con ocasión del embarazo, se ponga en riesgo la vida de la progenitora, por lo que no será en esta ocasión donde se emita un juicio de valor sustentado y motivado sobre el particular.

Ya veremos las soluciones que el ordenamiento jurídico ofrece en estos casos, con previa elaboración de un breve marco teórico que nos permita precisar los alcances de este derecho, frente al del niño o de la niña por nacer. Finalmente, analizaremos las sentencias más relevantes de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre esta materia.

El artículo 118 del Código Penal costarricense reprime el aborto, con el consentimiento de la madre o sin él, de la siguiente forma:

El que causare la muerte de un feto será reprimido: 1) Con prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de quince años. Esa pena será de dos a ocho años, si el feto “no” había alcanzado seis meses de vida intrauterina; 2) Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina. En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer.

Además, en cuanto al aborto procurado, el Código Penal costarricense reprime con “prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina”.

Ahora bien, en cuanto al aborto honoris causa, dicho Código establece que si “el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión”.

Además, en cuanto al aborto impune o el terapéutico, dicha legislación dispone que no “es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios”.

Finalmente, en relación con el aborto culposo, el Código Penal dispone que: “será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto”.

Tales tipos penales se encuentran en la Sección II del Título I, Delitos contra la vida, del Libro Segundo del Código Penal y en un marco constitucional, donde, en el numeral 21, se establece que “la vida humana es inviolable”.

Además, no debemos soslayar los alcances que la Sala Constitucional costarricense tradicionalmente ha otorgado a la vida, desde la concepción, con lo que, inicialmente, se podría considerar que la protección del feto se confiere, precisamente, desde el momento aludido, es decir, con la unión del espermatozoide y el óvulo materno.

Con posterioridad, en la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, como lo vimos supra, la Corte Interamericana de Derechos Humanos retrasó el momento de la protección convencional del feto, a partir, justamente, de su implantación en el vientre de la madre.

Es clara, entonces, la existencia de las mencionadas exigencias convencionales y constitucionales que respaldan la tutela penal del embrión y del feto, a partir de su implantación en el vientre materno, así como la existencia de esos tipos penales, con la salvedad del aborto impune o terapéutico, en el cual, se debe ponderar la vida del feto, por nacer, frente a la vida de la madre. Lo discutible, en todo caso, es si esas exigencias convencionales y constitucionales son compatibles o no con una ley de plazos que reconozca el derecho del aborto a favor de la madre, bajo ciertas circunstancias (como cuando el feto se produce a partir de una

violación o la madre es adolescente), o bien que se autorice el aborto siempre que el feto no haya superado ciertas semanas o meses de desarrollo.

En tales casos, el juicio de ponderación entre los valores jurídicos contrapuestos resulta ser muy disputado, sin dejar de lado, desde luego, la cosmovisión y la ideología del aplicador de la técnica o la persona juzgadora. Es, incluso, discutible, en tales supuestos, la existencia de un derecho de objeción de conciencia, en aquellos casos hipotéticos en que el ordenamiento llegue a autorizar el aborto, pero el (la) médico (a) o la (el) enfermera (o) se niegan a hacerlo⁷. Estas situaciones suponen mayores reflexiones, acerca del valor que, en ese juicio de ponderación, tiene más peso.

Como se expuso al inicio de estas líneas, en esta oportunidad, nos limitaremos a realizar una breve reseña teórica sobre el aborto, sin dejar de lado una exposición sobre las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional en esta materia, en sus 29 años de funcionamiento, pero evitaremos un pronunciamiento en un sentido u otro.

Pues bien, de acuerdo con Gorjón Barranco, el aborto puede ser definido como la interrupción voluntaria del embarazo. Según la misma autora, una de las formas de pensamiento que más influye en esta polémica es el feminismo que, dentro de sus propósitos o fines, se encuentra procurar la despenalización del aborto⁸, relativizándose el valor de la vida del niño o de la niña por nacer, pero potenciándose el derecho de la madre de planificar su familia.

En este orden, en el 2008, se produjeron cerca de 28 millones de embarazos, de los cuales casi la mitad eran no deseados, en tanto que un 36% terminaron en aborto. Por su parte, en España, para la misma época, en los 24 años de despenalización parcial del aborto, se han producido cerca de un millón de interrupciones⁹.

Ahora bien, en cuanto al supuesto del aborto cuando el embarazo procede de una violación o incesto, Zúñiga Fajuri pone de manifiesto que la Organización Mundial de la Salud, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, Amnistía Internacional, Human Rights Watch, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas contra la Tortura, entre otros, han declarado unánimemente, en los últimos años, que la penalización del aborto, en tales circunstancias, constituye un acto de tortura que viola los derechos humanos básicos de las mujeres¹⁰.

En términos generales, esta autora señala cómo las tesis feministas que abogan por potenciar los derechos de las mujeres a decidir, voluntariamente, acerca de la interrupción del embarazo y su consecuente despenalización, parten de la necesidad de relativizar el carácter de persona del feto, una vez que ha sido implantado en el vientre materno, así como de su protección constitucional y convencional.

Es un tema que requiere, sin duda, mayores reflexiones que, finalmente, será decidido por las juezas y los jueces ordinarios y constitucionales a partir de su cosmovisión y su ideología, sobre todo teniendo en consideración que, por el carác-

ter ambiguo y vago de las normas constitucionales y convencionales que tutelan el derecho a la vida, es jurídicamente posible sustentar una tesis conservadora o progresista en esta materia.

Ahora bien, en el ámbito de la justicia constitucional costarricense, destaca, sin duda alguna, la sentencia n.º 2001-6685 del 17 de julio, en la cual, la recurrente alegó que el 30 de marzo de 2001, ingresó teniendo cuatro meses y medio de embarazo y con síntomas propios de parto al Hospital Enrique Baltodano Briceño de Liberia. Después de realizarle los exámenes y revisiones correspondientes, se determinó que el feto que cargaba en su vientre se encontraba sin vida, por lo que se le realizó un aborto natural y un legrado uterino. La recurrente acusa que ni a ella ni a su esposo les dejaron ver al feto, no les comunicaron su destino y no se lo quisieron entregar para enterrarlo en calidad de hijo, como corresponde dentro de la fe católica. Después de realizar el juicio de ponderación correspondiente y haber escuchado la versión de la autoridad recurrida, la Sala Constitucional dispuso:

Es obvio que dada la naturaleza en muchas ocasiones infectocontagiosa de los “productos de la concepción”, éstos deban de ser manipulados o manejados con suma cautela. De allí que coincide esta Sala con las razones de salud pública que motivaron la redacción de la “Norma Institucional para el Manejo de Desechos Anatomopatológicos”. No obstante, no encuentra este Tribunal que la preocupación de todos en procurar que dicho manejo se haga de la manera más segura posible suprima los derechos de

la recurrente y su esposo que como padres y practicantes de la fe Católica consideren vital para su religión y su tranquilidad enterrar a su hijo. Si bien ese hijo no culminó su proceso de formación como para poder desarrollarse como un niño normal y subsistir, lo cierto es que desde el momento en que fue concebido fue persona con derechos. Así como personas con derechos son sus padres, quienes tiene toda la potestad de escoger que éste tenga un entierro de acuerdo a las reglas establecidas religiosamente por los católicos. Efectivamente la “Norma Institucional para el Manejo de Desechos Anatomopatológicos” no se refiere a la entrega directa de lo que ella llama “desechos sólidos que drenan líquido” (feto y placenta) a terceros y dispone reglas muy claras en cuanto a su traslado fuera de los centros hospitalarios y el tipo de transporte y envase en el que se debe hacer. No obstante, considera esta Sala que dichas disposiciones pueden y deben cumplirse en la medida que a los interesados se les informe de manera correcta y directa del procedimiento establecido y del destino de dichos “desechos”. Así, en el caso concreto, pudo perfectamente transportarse el “desecho” de interés conforme a todas las estipulaciones médicas e higiénicas respectivas, pero enterando a la recurrente y a su esposo del procedimiento a seguir, así como coordinando con éstos la fecha, hora y cementerio en el que se dispondría finalmente de éste, respetando el derecho de

los recurrentes a darle sepultura a los restos de su hijo. Debido a que no fue así y se procedió sin comunicación alguna a la recurrente y a su esposo sobre el destino de su hijo –cual si éste fuera un simple objeto-, debe estimarse el recurso ordenando a la Directora del Hospital Enrique Baltodano Briceño, que en el término improrrogable de dos días contados a partir de la comunicación de esta sentencia, entregue a la recurrente, Kathia Cecilia Saborío Obando, el feto producto del aborto natural practicado a su persona de acuerdo a las medidas de salud necesarias.

Por su parte, en la sentencia n.º 2006-10390, la Sala Constitucional rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 118 del Código Penal donde se regulaba el delito de aborto. En esa oportunidad, se pidió la inconstitucionalidad de la norma, al considerarse que adolecía de una deficiente técnica legislativa. Finalmente, el asunto fue rechazado por falta de legitimación del actor, al incumplir requisitos formales para la debida impugnación de la norma.

Un caso emblemático lo constituye, sin duda alguna, la sentencia n.º 2007-7958, del 7 de junio, en el cual, la recurrente alegó que se había violado el artículo 21 de la Constitución Política, pues los médicos del Servicio de Obstetricia del Hospital México se negaron practicarle a su hija, la aquí amparada, un aborto, a pesar de que tenía un embarazo de alto riesgo, pues el producto en gestación padecía de una patología denominada encefalocele posterior, lo que implicaba que el cerebro del niño no se encontraba en su cavidad craneana, sino que

toda la masa cerebral estaba fuera de la cabeza, patología que hacía imposible la vida extrauterina del niño, el cual moriría al nacer.

La Sala Constitucional desestimó el recurso de amparo al considerarse que:

la protección del derecho a la vida en los Pactos Internacionales, la Constitución Política y el ordenamiento jurídico inter-no rige a partir de la concepción, razón por la cual esta Sala no podría, en aras de proteger la integridad mental de la madre, desproteger el derecho a la vida del menor en gestación, aún cuando sus posibilidades de vida post parto sean remotas o nulas, pues no otra cosa implicaría acceder a lo pretendido en el recurso.

De igual modo, en esta sentencia, se recordaron los alcances del aborto terapéutico o impone, efectuada en la sentencia n.º 2004-02792 del 17 de marzo, con el siguiente orden de consideraciones:

VII.- Otro punto discutido por el accionante es el relacionado con la figura contenida en el artículo 121 del Código Penal que recoge lo que en doctrina se conoce como el aborto terapéutico y que señala que no será punible el aborto que se practique con el consentimiento de la mujer por un médico -o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero- si dicha acción se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y dicho peligro no pudo ser evitado por otros medios. El recurrente solamente se limita a reclamar la

inconstitucionalidad de aquella parte que deja sin punir el aborto practicado para evitar un peligro en la salud de la mujer, de manera que solo sobre ella se pronuncia la Sala. Al respecto, tal y como lo señala la Procuraduría en su informe, lo que está en juego aquí es la corrección de la decisión tomada por el legislador en lo referente a la penalización de una conducta y el eje de la tesis del accionante es que se ha preferido un bien jurídico de menor jerarquía como la salud frente a otro de mayor jerarquía como lo es la vida. Sin embargo, y en consonancia con la doctrina y legislación comparada sobre el tema, debe anotarse que cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y sería que aún cuando no pone directamente en riesgo su vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud que -por ello mismo- el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará entonces en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente. En tal supuesto- cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes- no resulta en absoluto desacertado ni menos aún inconstitucional

que el legislador se haya abstenido de sancionar la preferencia que se haga por la salud la mujer, si esta va a resultar gravemente lesionada por el embarazo al grado de verse afectado, también de forma grave, su dignidad como ser humano y eventualmente su vida. Con esta perspectiva, para la Sala resultan conciliados el texto normativo impugnado y las nociones de derecho constitucional aplicables a la función punitiva del Estado, tal y como ésta fueron descritas (sic) más arriba, de tal manera que no existe ninguna colisión irreconciliable que amerite la anulación de la norma discutida.

Otro caso relevante y similar puede ser encontrado en la sentencia n.º 2013-2331 del 22 de febrero, en el cual se alegó vulnerado el derecho a la salud, pues a pesar de los padecimientos que la amparada sufría como consecuencia de un embarazo, ya que el feto tenía el síndrome de abdomen pared, y las autoridades recurridas se negaron a adelantar su parto.

En ese asunto, se determinó que la criatura producto del embarazo de la recurrente tenía diagnóstico de patología fetal denominado síndrome abdomen-pared, sin pared abdominal, por lo que, si bien estaba con vida y no tenía problemas cardíacos, se trataba de un producto incompatible con la vida. Dicho recurso fue desestimado, al considerarse que la amparada fue finalmente atendida por las autoridades sanitarias¹¹.

Por su parte, en la sentencia n.º 2014-1861 de 14 de febrero de 2014, la recurrente señaló que presentó un aborto completo espontáneo, con un producto muerto, por lo que fue retirado del lado materno, y al preguntar si se lo entregarían, le dijeron que

por protocolo de la institución, si el bebé contaba con menos de 500 gramos de peso, no sería entregado a la madre.

La Sala Constitucional estimó que la situación impugnada en ese proceso de amparo se sustentaba en la Norma para el Manejo de Desechos Anatómo-Patológicos del Departamento de Saneamiento Básico y Ambiental Institucional, adscrito a la Dirección Técnica de Servicios de Salud que, a su vez, era un órgano asesor de la Gerencia División Médica, la cual, en el capítulo 7, establecía su ámbito de aplicación:

será de carácter obligatorio en todos los establecimientos de atención de la salud de la Caja Costarricense del Seguro Social en los que se producen desechos anatómo-patológicos [...] Deben ser depositados en envases rígidos, herméticos, reusables, en espera de transporte a disposición final. Los productos de la concepción de peso menor de 500g, tamaño menor a 25 cm. O edad menor de 20 semanas serán dispuestos como se indicará anteriormente [...].

De lo expuesto, en la norma de cita y según informaron las autoridades recurridas bajo juramento, todo producto de un aborto de menos de 500 gramos de peso y una edad gestacional menor de 20 semanas debía ser analizado por patología para determinar las causas de la interrupción del embarazo.

Así, se cumplió con la entrega del producto a sus familiares, unido al consentimiento informado firmado y aceptado por la señora Denia Zamora Zumbado, quien dijo que era la abuela del bebé. Por ese motivo, el amparo fue desestimado, en vista de que la pretensión de la parte actora fue

satisfecha pocos días antes de la notificación del auto inicial del amparo (véase, en un sentido similar, la sentencia n.º 2014-8707 del 13 de junio).

Ahora bien, en la sentencia n.º 2015-12925, la Sala Constitucional rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 119 y 120 del Código Penal, por incumplir requisitos formales.

Por otro lado, en la sentencia n.º 2018-5296 del 4 de abril, la Sala Constitucional conoció un recurso de amparo, en el cual la recurrente demandó tutela de su derecho a la salud, pues, según afirmó, las autoridades médicas del Servicio de Obstetricia del Hospital de las Mujeres se negaron a practicarle un aborto terapéutico, a pesar de poner en riesgo su salud y su vida.

En una votación dividida, se desestimó el amparo, pues si bien se había determinado que el desarrollo del feto era incompatible con la vida, en todo momento se garantizó el derecho a la salud de la afectada, y fue intervenida cuando finalmente se acreditó un riesgo para su integridad. Por su parte, en el voto particular, se advirtió que, en términos generales, la afectada mantenía, a causa de su condición, un cuadro depresivo severo con tendencia suicida que, a su juicio, justificaba la aplicación del aborto terapéutico desde un inicio.

Estos son algunos criterios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, acerca del aborto. Como se puede observar, la mayoría de casos están relacionados con la aplicación del aborto impune o terapéutico. Bien puede considerarse que a la fecha no se ha planteado a nivel legislativo, ni judicial, una discusión extensa y profunda sobre la despenalización del aborto, o una reforma para

introducir un régimen de plazos en lo que atañe a la protección del nasciturus. Queda mucho por discutir en este ámbito con las salvedades que se indicaron al inicio de este apartado.

4. LA EUTANASIA O EL HOMICIDIO POR PIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

Para la doctrina especializada, el derecho a morir forma parte del derecho a la vida, lo que incluye, por un lado, el derecho a una vida digna, con los cuidados paliativos pertinentes y necesarios en caso de una enfermedad incurable que conduzca a la muerte y que genere amplio dolor al o a la paciente y, por otro, la eutanasia o el homicidio por piedad.

Esta última figura ha sido regulada por el Código Penal costarricense, en el artículo 116 de la siguiente forma: “Se impondrá prisión de seis meses a tres años al que, movido por un sentimiento de piedad, matare a un enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e insistente de éste aún cuando medie vínculo de parentesco”.

Al respecto, el exministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, José Ramón Cossío Díaz, manifestó que: “la Asamblea Nacional francesa aprobó la ley que confiere a todas las personas el derecho a finalizar su vida digna y tranquilamente”. También señaló que:

los legisladores fueron cuidados en no señalar que se trataba de una solución eutánica activa, en tanto el derecho conferido no implica la entrega de un fármaco para terminar directamente con la vida de quien lo ingiere; tampoco, aclaran, si se

*está ante una solución de tipo pasivo, al no abrirse la posibilidad de suprimir la totalidad de apoyos que a una persona le permiten mantenerse viva. Lo que se quiso aprobar, dicen, es algo distinto*¹².

De este modo, el anterior ministro argumenta que la legislación francesa autoriza que a las personas mayores que padezcan una enfermedad incurable en fase terminal que produce dolor les proporcionen una sedación profunda y continuada. Además, si lo desean, les deberán retirar la alimentación y la hidratación artificiales hasta que finalmente fallezcan¹³.

Al respecto, Sergio García Ramírez señala que se plantea dicho debate acerca de la eutanasia, primordialmente, con respecto a quienes sufren enfermedades graves en etapas terminales, con dolores insostenibles que no ceden con los recursos terapéuticos disponibles. Sobre el particular, dicho autor agrega que: “la cuestión no se confina en ese espacio, donde se alojan sus más intensas expresiones, captadas por los ordenamientos penales, que tienen a su cargo la tutela de bienes jurídicos principales –la vida ante todo- frente a las conductas que los atacan o los ponen en más grave peligro¹⁴”.

En este orden de ideas, al comentar una decisión de la Sala Constitucional costarricense, n.º 2277-C-94, García Velasco expone que el tribunal constitucional de Costa Rica les ha ordenado a las autoridades sanitarias suministrar los medicamentos necesarios para controlar su dolor, de manera oportuna, a los pacientes en estado terminal que no se encuentran en un centro hospitalario,

sino en su domicilio, lo que está vinculado con el goce del derecho a la salud y a la vida y con el respeto a la dignidad humana. Al respecto, la profesora indica:

*Por tanto, para el tribunal, en aplicación de los principios de razonabilidad, equidad, justicia y dignidad, existen dos excepciones más: a) cuando estando el paciente en su casa y esté siendo atendido por un médico particular, él podría perfectamente proceder a inyectarle aquellas ampollas que calmen su dolor, siempre que exista receta médica y b) cuando el enfermo terminal no tenga médico particular, la Caja Costarricense del Seguro Social debe procurar por cualquier medio que dicha medicina le sea trasladada a su hogar y que un funcionario de la lex artis, cumpla con el cometido, siempre y cuando medie receta y control médico*¹⁵.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha tenido la ocasión de avalar la conformidad con el derecho de la Constitución del tipo penal que establece el delito de homicidio por piedad (sentencia n.º 239/97), el cual fue cuestionado por relativizar los alcances del derecho a la vida y por deshacerse de personas que constituían un obstáculo para la sociedad y un alto costo.

Al respecto, Guillén Elizondo nos comenta la decisión de la Corte Constitucional colombiana, en el sentido de respaldar la constitucionalidad de esa normativa de la siguiente manera:

en el caso, la Corte Constitucional Colombiana realizó el estudio de constitucionalidad del tipo penal en comentario tomando en cuenta, como elemento psicológico, la definición de piedad y abordando ciertos puntos clave que llevaron a determinar que el artículo reclamado es constitucional. El primero de ellos, es en el que determinó los elementos característicos del tipo penal del homicidio por piedad, a saber; que i) el sujeto pasivo siempre debe ser una persona con una enfermedad terminal o con una lesión tan grave, que se tenga por cierto el hecho de que va a morir en poco tiempo sin probabilidades de cura a futuro; ii) que éste externé una voluntad libre y con conocimiento, de querer poner fin a su propia existencia antes de que ello ocurra naturalmente como efecto de la lesión o enfermedad que padece y; iii) como móvil psicológico, que el sujeto activo sea vea impactado o motivado por ese sentimiento de piedad para ayudar al sujeto pasivo a morir¹⁶.

También la Corte Constitucional colombiana señaló que el tipo penal no desconocía los alcances del derecho a la vida, sino que, al contrario, los protegía porque aun cuando la pena era menor comparada con otros delitos contra la vida, seguía existiendo el juicio de reproche, teniendo siempre en consideración la dignidad de la persona¹⁷.

Por su parte, en el sistema de justicia constitucional argentino, una decisión de la Corte Suprema de Justicia es paradigmática, la cual respaldó la decisión de un particular que había sufrido un accidente grave de negarse a recibir una transfusión sanguínea en razón de su convicción religiosa, pues era testigo de Jehová. Esto produjo una

discusión entre su padre, quien abogaba a favor del procedimiento médico, y su esposa, quien se negaba amparada en su cosmovisión, sin dejar de lado que, expresamente, el herido había suscrito con anterioridad un consentimiento informado en el sentido de que se negaba a la aplicación de la transfusión¹⁸.

Finalmente, en Costa Rica es relevante, sin duda, la sentencia n.º 1729-92 del 26 de junio, en la cual la recurrente alegaba que, el 1º de junio de 1992, acompañó a la señora Margaret Squiers al Hospital San Juan de Dios en busca de alivio a sus ataques de asma y, que tres días después, la encontró conectada a un respirador mecánico, con una gruesa sonda introducida en su tráquea, una sonda nasogástrica, dos sondas gruesas por ambos costados que conectan a las pleuras, una sonda uretral y una aguja conectada a la vena. Además, indicó que estaba amarrada a la cama de pies y manos con una sábana que le atravesaba el pecho, por lo que estaba completamente inmovilizada.

Luego explicó que la enferma estaba en pleno uso de sus facultades mentales. Estimó que había sido privada de su libertad y que había sido sometida a un sufrimiento mental y moral, pese a que ella se había negado al tratamiento suministrado, e indicó que ni la señora Squier ni ella fueron consultadas sobre el tratamiento, sus ventajas, desventajas o eficacia, al cual calificó de cruel, degradante, aparte de que consideró que se le anuló su capacidad de decisión.

También explicó que las autoridades se habían negado a suspender el tratamiento médico porque incurrirían en el delito de eutanasia u homicidio por piedad contemplado en el artículo 116 del Código

Penal; pero, según su criterio, este no era el caso, pues ella no había pedido que la mataran, sino que no le aplicaran sin su consentimiento un tratamiento ineficaz y que la dejaran ir a otro lugar en donde pudiera permanecer en forma tranquila.

Por ello, estimó que el derecho de petición de la señora Squiers fue violado al habersele negado su derecho a escoger entre el tratamiento actual o ser alojada en otro sitio que le ofreciera alivio a su pena.

Tras examinar el material probatorio existente, la Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso, al constatarse que la amparada se encontraba consciente y que, más bien, abogó por el hecho de que le siguieran suministrando el procedimiento y la respiración artificial. En este orden de ideas, la Sala señaló que:

II. También se ha demostrado que la paciente no ha sido inmovilizada arbitrariamente en contra de su voluntad, lo que daría margen a alguna consideración sobre el recurso de hábeas corpus; al contrario, de las pruebas se desprende que si temporalmente fue atada a su cama de enferma, ello se hizo con fines eminentemente terapéuticos, para evitar que, mediante movimientos inconscientes; por ejemplo, cuando dormitase, se retirase accidentalmente la cánula endotraqueal, único conducto por el cual ella puede respirar; accidente que, inevitablemente, produciría su muerte inmediata.

III. Por otra parte, a pesar de que la señora Squiers no puede hablar en vista del tratamiento que se le está aplicando y del

equipo médico empleado -que interesa a su boca y a su laringe- tanto el informe como el testimonio agregados al expediente permiten concluir que ella, en forma inequívoca, no ha solicitado de ninguna forma que se le suspenda; al contrario, de las pruebas se desprende que ella ha solicitado su continuación. Prueba de ello es que una vez que dejó de estar atada o inmovilizada por las razones dichas, ella no ha suspendido tal tratamiento, como podría hacerlo directamente y sin ayuda de nadie, según lo declarado por el Fiscal del Colegio de Médicos y Cirujanos y de las manifestaciones de la misma recurrente en programas de televisión que la Sala ha estudiado como prueba complementaria. Todo lo cual hace innecesario formular consideraciones en torno a la llamada “salida exigida” por parte del paciente o en torno a los altos valores de la dignidad humana, piedra angular de los derechos humanos, entendida tal como una forma decorosa de vivir e incluso de morir.

CONCLUSIONES

Estas son algunas sentencias emblemáticas de salas, cortes y tribunales constitucionales latinoamericanos sobre la eutanasia o el homicidio por piedad. Se espera efectuar un estudio más detallado en otra oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aparisi Miralles y otro. (Noviembre de 2009). El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto, de la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal. *Revista Biomedicina*.
2. Bombillar Sáenz y otro. (Primer semestre de 2015). El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de derecho comparado. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, p. 299.
3. Bonifaz, L. Negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos (Caso Albarracini, sentencia 523 XL VIII del 1 de junio de 2012 de la Corte Suprema argentina). En *Garantismo judicial*. Silvia García F., coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, pp. 133-147.
4. Campos Vargas G. (Abril-septiembre de 2012). Implicaciones éticas, legales, religiosas y socioeconómicas de la fecundación in vitro en la Salud Reproductiva de Costa Rica. *Revista Electrónica Enfermería Actual en Costa Rica*. Edición Semestral, n.º 22.
5. Cianciardo J. (Diciembre de 2016). La especificación del derecho a la vida del no nacido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una aproximación desde el caso “Artavia Murillo”. *Revista Dikaion*. Chía, Colombia. Universidad de La Sabana, año 30, vol. 25, n.º 2, p. 166.
6. Cossío Díaz, J. Decidir nuestra vida, Derecho a morir. En *Garantismo judicial*. Silvia García F., coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, p. 1.
7. Ferrer Mac-Gregor, E. y otros. (2018). Inclusión, *ius commune* y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana, el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro,
8. García Ramírez S. Presentación ¿Derecho a morir? En *Garantismo judicial*, Silvia García F., coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, p. XVI.
9. García Velasco, L., Morir sin dolor es morir dignamente. Deber del Estado de garantizar el suministro de medicamentos a enfermos terminales en su domicilio. (Amparo 2277-C-94, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica). En *Garantismo judicial*. Silvia García F., coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, p. 92.
10. Gorjón Barranco, M. Reflexiones sobre la problemática del aborto. *Iustitia*. N.º 7, p. 45.
11. Guillén Elizondo, C. Constitucionalidad del tipo penal de homicidio por piedad o eutanásico. Deber del Estado de protección del derecho fundamental a la vida frente a los conceptos de “vida digna”, muerte digna y libre autodeterminación de la persona. (Sentencia C-239/97 de la

Corte Constitucional Colombiana). En Garantismo judicial. Silvia García F., coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, p. 101.

12. Martínez de Pisón, J. (Enero de 2006). El derecho a la salud: un derecho social esencial. Revista Derechos y Libertades. N.º 14. Época II.
13. Peman Gavin, J. (Mayo-agosto de 2009). El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional en el derecho comparado. Revista de Administración Pública. N.º 17, Madrid.
14. Zappalá F. Estatuto jurídico del concebido. En Revista Javeriana. Santiago de Cali, pp. 264-265.
15. Zúñiga Fajuri, A. (Diciembre de 2011). Aborto y derechos humanos. Revista de Derechos. N.º 2, vol. XXIV, p. 164.

Notas

- ¹ Zappalá F. Estatuto jurídico del concebido. En *Revista Javeriana*. Santiago de Cali, pp. 264-265.
- ² Zappalá F. Estatuto jurídico del concebido. En *Revista Javeriana*. Santiago de Cali, pp. 265-266.
- ³ Zappalá F. Estatuto jurídico del concebido. En *Revista Javeriana*, op. cit., p. 268.
- ⁴ Campos Vargas G. (Abril-septiembre de 2012). Implicaciones éticas, legales, religiosas y socioeconómicas de la fecundación in vitro en la salud reproductiva de Costa Rica. *Revista Electrónica Enfermería Actual en Costa Rica*. Edición Semestral, n.º 22 .
- ⁵ Cianciardo J. (Diciembre de 2016). La especificación del derecho a la vida del no nacido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una aproximación desde el caso “Artavia Murillo”. *Revista Dikaio*. Chía, Colombia, Universidad de La Sabana, año 30, vol. 25, n.º 2, p. 166.
- ⁶ Campos Vargas G. (abril-septiembre de 2012). Implicaciones éticas, legales, religiosas y socioeconómicas de la fecundación in vitro en la salud reproductiva de Costa Rica. *Revista Electrónica Enfermería Actual en Costa Rica*. Edición Semestral n.º 22, op. cit.
- ⁷ Un análisis relevante, sobre el particular; puede ser hallado en Aparisi Miralles y otro. (Noviembre de 2009). El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto, de la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal. *Revista Biomedicina*,
- ⁸ Gorjón Barranco, M. Reflexiones sobre la problemática del aborto. *Iustitia*, n.º 7, p. 45.
- ⁹ Gorjón Barranco, M. Reflexiones sobre la problemática del aborto, op. cit, p. 46.
- ¹⁰ Zúñiga Fajuri, A. Aborto y derechos humanos. (Diciembre de 2011). *Revista de Derechos*. Vol. XXI, n.º 2, p. 164.
- ¹¹ Al respecto, sin duda sobresale el voto particular de la magistrada Calzada Miranda y del magistrado Jinesta Lobo, en el siguiente sentido: “Sin embargo, como también se indica, nuestra normativa en el Código Penal prevé lo que la doctrina denomina aborto terapéutico, señalando que no será punible el aborto que se practique con el consentimiento de la mujer por un médico -o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero- si dicha acción se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y dicho peligro no pudo ser evitado por otros medios. Según la doctrina y legislación comparada sobre el tema, cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria que aún cuando no pone directamente en riesgo su vida, representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud que -por ello mismo- el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Lo anterior implica, necesariamente, que en primer término los médicos deban informar a la mujer con exactitud, cuál es la situación médica que está atravesando, así como la viabilidad del feto y las consecuencias que pueden derivar de continuar con un embarazo irregular, así como también procurar que su salud tanto física como mental no corra peligro. En el caso concreto, la recurrente inició el control del embarazo ante las autoridades recurridas el 4 de setiembre de 2012, pero manifestó que durante varias semanas de gestación no recibió la información detallada de su estado, lo que agravó su inestabilidad emocional, pues indica que desde la semana No. 8 del embarazo, lo único que le dieron fue el diagnóstico de ‘síndrome de abdomen pared’, junto con una breve descripción de las múltiples malformaciones del feto, sin embargo se le indicó que debía esperar a la semana No. 12 para tener dicha seguridad. Durante consultas posteriores le confirmaron el mismo diagnóstico y le daban certeza absoluta de la inviabilidad del embarazo, pero no se le informó de los que ello implicaría. Padeció de dolores en el vientre y los médicos reconocieron que era objeto del estrés propio de la amparada de saber que desde la semana 8 llevaba

en su vientre un embarazo inviable, y que además conforme avanzara el líquido amniótico se reduciría, provocando una sensación de asfixia, lo que le agravó la depresión que venía sufriendo desde que se le dio el diagnóstico. Por ello, acudió el 1 de noviembre con su abogada para que se le informara con más detalle su situación y es cuando la doctora de turno le indica, que sus dolores no eran producto de una causa orgánica, sino mental y al indagarle sobre las malformaciones del feto, se le indicó que eran: onfalocele, extracelómico, múltiples quistes funiculares, escoliosis, costillas cortas, síndrome de abdomen pared con presencia de órganos internos tales como hígado e intestinos fuera del cuerpo y presentaba disminución de líquido amniótico. Hasta ese momento es remitida a psiquiatría, donde inicia con medicamentos y terapia. Los médicos en el informe rendido aceptan que la amparada presentó un dictamen médico de un psiquiatra privado en el que se señalaba que era al la depresión por la que atravesaba, que podía incurrir incluso en suicidio, no obstante ante tal afirmación los recurridos manifestaron que debía protegerse la vida del menor en gestación, aunque sus posibilidades de vida eran remotas o nulas. De lo señalado, los suscritos también aceptamos que en efecto debe tutelarse la vida desde el momento de la concepción y que incluso una depresión respecto a un embarazo, no está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico como única razón válida para autorizar un aborto. No obstante, en este caso las autoridades ya habían diagnosticado y confirmado de forma fehaciente en la semana 12 de gestación, que el embarazo era inviable por las malformaciones señaladas y que desde la semana 8 que se le adelantó el diagnóstico a la amparada, aún sin indicarle lo que el diagnóstico implicaba y sus secuelas, empezó a deteriorarse su salud mental a causa del fuerte sufrimiento de llevar en su vientre un feto mal formado que no llegaría a sobrevivir, como en realidad ocurrió el pasado 30 de diciembre de 2012, fecha en la que se le tuvo que practicar la cesárea. Es evidente que este asunto presenta un tema de difícil tratamiento en el que están en juego la vida de dos seres, la madre y el feto, pero en el que tampoco puede dejarse de considerar la integralidad de la salud, ya que por un lado tenemos la salud mental de una persona y por el otro, la salud física, ambas capaces de poner en riesgo a la persona. Por ello, no basta con que los médicos descarten un criterio únicamente por tratarse de un dictamen privado, o porque así lo contradiga solamente otro médico, sino que estando de por medio el derecho la salud y a la vida, la actuación dirigida a proteger esos derechos debió darse con análisis pertinentes que les permitiera valorar, si la vida de la amparada también sufría un serio riesgo por la situación mental que atravesaba. Sin embargo, de los informes rendidos, lo que se denota es que la relevancia siempre fue dada únicamente a la condición física de la amparada, tan es así que fue después de dos meses de darle dicho diagnóstico que se consideró la ayuda psiquiátrica. Dicha omisión, aunado al hecho de que médicamente ya se había descartado la viabilidad del embarazo y a que la carga impuesta a la amparada convirtió su situación en un trato cruel y degradante que afectó su salud, consideramos que el amparo debe estimarse con sus consecuencias”.

- ¹² Cossío Díaz, J. *Decidir nuestra vida. Derecho a morir. En Garantismo judicial*, Silvia García F, coordinador. Ciudad de México: Porrúa, p. 1.
- ¹³ Cossío Díaz, J., *Decidir nuestra vida. Derecho a morir. En Garantismo judicial*, Silvia García F, coordinador. Ciudad de México: Porrúa, p. 1.
- ¹⁴ García Ramírez S. *Presentación ¿Derecho a morir? En Garantismo judicial*, Silvia García F, coordinador. Ciudad de México: Porrúa, p. XVI.
- ¹⁵ García Velasco, L. *Morir sin dolor es morir dignamente. Deber del Estado de garantizar el suministro de medicamentos a enfermos terminales en su domicilio. (Amparo 2277-C-94, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En Garantismo judicial. Silvia García F, coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, p. 92.*
- ¹⁶ Guillén Elizondo, C. *Constitucionalidad del tipo penal de homicidio por piedad o eutanásico: Deber del Estado de protección del derecho fundamental a la vida frente a los conceptos de “vida digna”, muerte digna y libre autodeterminación de la persona. (Sentencia C-239/97 de la Corte Constitucional colombiana). En Garantismo judicial. Silvia García F, coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, p. 101.*
- ¹⁷ Guillén Elizondo, C. *Constitucionalidad del tipo penal de homicidio por piedad o eutanásico: ..., op. cit., p. 101.*
- ¹⁸ Bonifaz, L. *Negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos. (Caso Albarracini, sentencia 523 XL VIII del 1 de junio de 2012 de la Corte Suprema Argentina). En Garantismo judicial, Silvia García F., coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, pp. 133-147.*

LOS PRINCIPIOS DE TUTELA DE LA POBLACIÓN MIGRANTE DISPUESTOS EN LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

MS.c. Alfonso Chacón Mata*

RESUMEN

El presente artículo pretende constituirse en una sistematización actualizada de aquellos principios o postulados, referentes a la población migrante en sentido genérico, los cuales se extraen de las resoluciones de Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se demostrará la línea progresiva o evolutiva que el tribunal regional ha seguido a lo largo de tres opiniones consultivas. Se espera que esta investigación sea de utilidad cada vez que se quieran interpretar y garantizar los derechos de los colectivos migrantes en América Latina.

Palabras claves: derechos humanos, migrantes, no discriminación, Corte Interamericana de Derechos Humanos, dignidad humana de la persona migrante.

“THE RIGHTS OF THE MIGRANT POPULATION: PRINCIPLES AND GUIDELINES ESTABLISHED BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS”

ABSTRACT

This article seeks to constitute an up-to-date systematization of those principles or postulates, referentencing the migrant population in a generic sense and extracted from the judgments of the Inter-American Court of Human Rights. The progressive or evolutionary line will be shown, which the regional court has followed along seven sentences: Three advisory opinions and four contentious cases. With this research, it is expected that it will be useful every time you want to interpret and guarantee the rights of the migrant Groups in Latin America.

Keywords: human rights, migrant, non discrimination, Inter-American Court of Human Rights, human dignity of migrant.

Recibido 5 febrero de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de la Maestría en Derechos Humanos y Educación para la Paz, Idela-Universidad Nacional. Máster en Protección Internacional de Derechos Humanos, Universidad de Alcalá de Henares de España y Máster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la UNED. Presidente del Comité Ético Científico de la Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: achaconm@yahoo.com y alfonso.chaconmata@ucr.ac.cr

SUMARIO

I. Introducción. II. Opiniones consultivas en relación con el tema de la migración. 2.1 El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal/ Opinión Consultiva OC-16/99 del 11 de octubre de 1999. 2.2 Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. A) Principio de igualdad y no discriminación de la persona migrante. B) Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a las personas migrantes. C) Principio de respeto de los derechos humanos de la persona migrante prevalece sobre su estatus legal o ilegal. D) Políticas públicas y obligaciones de los Estados en materia de inserción laboral de las personas migrantes. 2.3 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional/ Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. A) Carácter y alcances de la protección internacional a niños y niñas migrantes. B) Mecanismo procedimental de garantías mínimas a la persona menor migrante. C) Deber especial de protección a las personas menores migrantes. D) Principio de no privación de libertad de niños o niñas por su situación migratoria irregular. E) Principio de no devolución de la persona menor. IV. Consideraciones finales: Sistematización de los principios reseñados en materia de población migrante. V. Bibliografía utilizada

I. Introducción

En este artículo, se llevará a cabo un análisis jurídico de las resoluciones dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su competencia consultiva, las cuales atañen a la población migrante como objeto del estudio, y nos vamos a valer de los principios interpretativos dados por la persona juzgadora interamericana, con la finalidad de marcar pautas y desarrollos en esta materia.

Estimamos que el fenómeno de rechazo a la migración tanto regular como ilegalizada constituye en el mundo contemporáneo, al decir de la profesora WOODS, una <<nueva xenofobia>> alimentada por un populismo que va ganando terreno en los Gobiernos democráticos occidentales. Así se ha ido generando un nuevo y tóxico escenario xenofóbico que amenaza con fracturar a nuestras sociedades¹.

En un estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), realizado durante la década pasada, se afirma que la “ola migratoria” difiere de las anteriores, tanto cuantitativa como cualitativamente, porque es inseparable del proceso de globalización que está creando una sola sociedad mundial, cada vez más interdependiente y multicultural. En cuanto a la dimensión cuantitativa de estas nuevas migraciones, <<el número de personas migrantes aumentó desde 76 millones en 1960 hasta 154 millones en 1990, y llegó a los 175 en el 2000>>. Sin embargo, <<más que un aumento

numérico, lo que ha sufrido cambios radicales es la estructura del proceso migratorio^{>>2}.

En el mundo globalizado o de la “sociedad global”, vamos a encontrarnos que el proyecto liberal en materia de circulación de capitales y mercancías, sostenido por gran parte de los Estados centrales, como bien nos explica PELLEGRINO, entra en contradicción con los severos controles impuestos a la libre movilidad de trabajadores y a la radicación de las personas en los territorios nacionales de dichos Estados.

A título de ejemplo, se puede indicar que los países europeos han cerrado sus fronteras a la inmigración a partir de 1974, y los ingresos de inmigrantes a sus territorios se limitan a los que aspiran a la condición de personas refugiadas y a quienes postulan a programas tendientes a captar personas trabajadoras con calificaciones específicas.

Esta inconsistencia del discurso liberal se debe fundamentalmente a la necesidad de evitar los conflictos que surgen tanto de la competencia entre las personas trabajadoras nacionales de esos países y los y las inmigrantes como de otros procesos, entre los cuales hay que mencionar el resurgimiento de nacionalismos acompañados de expresiones de xenofobia y de rechazo al “diferente”, los cuales han vuelto a tomar peso en las últimas décadas³.

Lo cierto del caso es que, según la Organización de Naciones Unidas, para fines de 2014, los conflictos políticos habían forzado a casi sesenta millones de personas a abandonar sus hogares, constituyéndose en desplazados. Este es el nivel más alto registrado

desde la Segunda Guerra Mundial. Si estas personas fueran una nación, comprenderían el 24° país más grande del mundo.

Cada día, 42 000 personas en promedio se ven forzadas a desplazarse y están obligadas a buscar protección debido a los conflictos; esto es casi cuatro veces más que la cantidad de 11 000 personas diarias del año 2010⁴.

En América Latina, este tipo de situaciones tampoco nos son ajenas y están ligadas a la pobreza extrema imperante como causal de desplazamiento y migración forzada.

De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), las cifras de pobreza e indigencia –referentes a la falta de recursos para satisfacer la necesidad básica de alimentación– indican que el número de personas que viven en situación de pobreza creció en el 2014, hasta alcanzar 168 millones, de las cuales 70 millones se situaron en condición de indigencia.

Para el 2015, la CEPAL observó un aumento tanto de las tasas de pobreza como de indigencia, donde 175 millones de personas se encuentran en situación de pobreza por ingresos y 75 millones de estas se hallan en situación de indigencia. Específicamente en Centroamérica, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha recibido información, según la cual, seis de cada diez hogares se encuentran en situación de pobreza⁵.

Con respecto a la Corte Interamericana, como instancia jurisdiccional dentro del sistema interamericano, tenemos que esta fue concebida por la Convención Americana sobre Derechos

Humanos (CADH)⁶ y entró a funcionar en 1979⁷.

La Corte Interamericana se compone de siete jueces y juezas nacionales de Estados miembros de la OEA, independientemente de que estos hayan ratificado la convención o no. En concordancia con los artículos primero y segundo de su estatuto, la Corte posee dos atribuciones: la primera de orden consultivo (interpretación de las disposiciones de la Convención Americana, así como los otros tratados concernientes a la práctica de los derechos humanos en los Estados americanos) y la segunda de carácter jurisdiccional para resolver las controversias que se le planteen respecto a la interpretación y aplicación de la propia convención americana⁸.

La competencia que nos interesa destacar inicialmente es la de carácter consultivo, puesto que en esta se ha esbozado una serie de antecedentes valiosos en la materia migratoria. Para el caso costarricense, desde hace casi veinticuatro años, las opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) son de carácter vinculante por mandato jurisprudencial de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Así lo ratificaron los magistrados constitucionales en el voto 2313 del 09 de mayo de 1995, cuando ese día resolvieron una acción de inconstitucionalidad que interpuso R.A.B. contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, el cual obligaba a los periodistas a estar colegiados para poder ejercer.

Este caso tiene como antecedente, la emisión de la Opinión Consultiva OC-5- 85, de 1985, en la que la CIDH le dijo a Costa Rica que no

podía mantenerse una colegiatura -obligatoria- para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. Sin embargo, durante 10 años pasó desapercibido ese criterio de los altos jueces interamericanos.

En la resolución 2313-1995, nuestra Sala Constitucional adujo “Resulta inexplicable lo que desde aquella fecha ha seguido sucediendo en el país en la materia decidida, puesto que las cosas han permanecido igual y la norma declarada incompatible en aquella ocasión, ha gozado de plena vigencia durante el tiempo que ha transcurrido hasta la fecha de esta sentencia”, a la vez que terminan manifestando lo siguiente:

“La Corte Interamericana misma ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones también a la materia consultiva (OC-3-83), y en el caso bajo examen no le cabe duda a la Sala que Costa Rica asumió el carácter de parte en el procedimiento de consulta, toda vez que ella misma la formuló y la opinión se refiere al caso específico de una ley costarricense declarada incompatible con la Convención”

En consecuencia, las opiniones consultivas emitidas por la CIDH son vinculantes para el sistema jurídico costarricense y de allí radica la importancia de los alcances que ha dispuesto este alto tribunal regional, en materia de población migrante.

Para finalizar, es importante acotar que nos valdremos en algunos tramos de este trabajo, de antecedentes emitidos por su homóloga regional europea o Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los cuales nos permitan ponderar una breve perspectiva comparada.

II. Opiniones consultivas en relación con el tema de la migración

La competencia consultiva es sumamente amplia en torno a su legitimación activa, por lo que cualquier Estado miembro de la OEA puede requerir opinión consultiva, haya ratificado la convención americana o no (arts. 64.1 y 64 de la Convención) o cualquiera de los órganos principales de la OEA pueden hacerlo igualmente⁹. Sobre este tipo de competencia, unos autores indican lo siguiente:

La regulación normativa que se da a esta materia, se puede calificar de parca. Es en el Reglamento de la Corte Interamericana y específicamente en sus artículos 49 a 54, donde encontramos el procedimiento a que deben ajustarse las opiniones consultivas. Ni el Estatuto, ni la Convención hacen referencia a la tramitación.

El Reglamento hace diferenciación en cuanto al procedimiento a seguir al hacer una solicitud de opinión consultiva cuando lo que se tramita es una interpretación de la Convención (art. 49), o una interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos (art. 50), o una opinión acerca de la compatibilidad entre una ley interna y los instrumentos internacionales mencionados en el artículo 64.1 de la Convención (art. 51)¹⁰.

Al día de hoy, la Corte ha emitido veinticinco opiniones consultivas¹¹ sobre diferentes situaciones que le han sometido bajo esta modalidad, para que se pronuncie al respecto. Vamos a reseñar las tres opiniones consultivas

que se refieren a la materia migratoria, con la finalidad de ir ponderando algunos elementos de análisis al respecto.

2.1 El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal/ Opinión Consultiva OC-16/99 del 11 de octubre de 1999

Esta opinión consultiva es solicitada por México y tiene como antecedentes las gestiones bilaterales que ha realizado en favor de algunos de sus nacionales, quienes no habrían sido informados oportunamente por el Estado receptor de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, y habrían sido sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América.

De conformidad con las manifestaciones del Estado solicitante, la consulta tiene como presupuestos de hecho los siguientes: que tanto el Estado que envía como el Estado receptor son partes en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Ambos son miembros de la Organización de los Estados Americanos y suscribieron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y aunque el Estado receptor no ha ratificado la Convención Americana, sí ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas.

Con respecto al fondo de la consulta, el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es una disposición concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, porque regula “garantías mínimas necesarias para que

los extranjeros puedan gozar en el exterior de un debido proceso”.

Los detenidos extranjeros se encuentran en una situación de desventaja por diferencias de idioma, desconocimiento del sistema legal y de las instancias competentes para juzgarlos, carencia de una defensa adecuada y permanente desde el inicio e ignorancia acerca de los derechos que les corresponden, y el artículo 36.1.b) busca garantizar el proceso justo y el respeto por las garantías mínimas.

En este sentido, la Corte Interamericana aduce que por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también, por eso mismo, se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculcados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquellos y estos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal¹².

Asimismo, la Corte continúa manifestando lo siguiente:

En el caso al que se refiere la presente Opinión Consultiva, ha de tomarse en cuenta la situación real que guardan los extranjeros que se ven sujetos a un procedimiento penal, del que dependen sus bienes jurídicos más valiosos y, eventualmente, su vida misma. Es evidente que, en tales circunstancias, la notificación del derecho a comunicarse

con el representante consular de su país, contribuirá a mejorar considerablemente sus posibilidades de defensa y a que los actos procesales en los que interviene -y entre ellos los correspondientes a diligencias de policía- se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas.

En tal virtud, la Corte estima que el derecho individual que se analiza en esta Opinión Consultiva debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo¹³.

Esta es la primera relación que la Corte Interamericana establece, en torno a los posibles derechos que asisten inclusive a las personas extranjeras y aunque están más alineados a las garantías de derecho de información y defensa, se torna interesante que haya establecido su aplicabilidad para los no nacionales en situaciones de emergencia personal. Para una autora como ORTIZ AHLF:

[...] de manera brillante la opinión establece con claridad que el extranjero goza dentro de sus derechos del derecho de asistencia consular, al cual le corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor, que debe informar al detenido sobre los derechos que le corresponden al momento de privarlo de libertad¹⁴.

En el marco de la jurisprudencia comparada en sistemas regionales de protección

de derechos humanos, tenemos el Caso Čonka contra Bélgica fallado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Grosso modo el asunto trata de una familia de eslovacos de origen romaní que huyeron de su país a buscar refugio en Bélgica, argumentando que eran víctimas de ataques de parte de “Cabezas Rapadas” (Skinheads), y el Tribunal Europeo encontró contrario al artículo 5.1.f del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la manera o método mediante el cual se había engañado a estas personas, para garantizar su detención y posterior expulsión¹⁵. Este es un caso en que las garantías de información de los accionados no se lleva a cabo debidamente y constituye una lesión a sus derechos fundamentales.

Finalmente, las otras dos opiniones consultivas del sistema interamericano se presentan más enfocadas a los derechos de las personas migrantes, en un sentido mucho más amplio o de mayor cobertura, por lo que procedemos a su enunciación.

2.2 Condición jurídica y derechos de las personas migrantes indocumentadas Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003.

El 10 de mayo de 2002, el Estado de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante “México” o “el Estado solicitante”), con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”, “la Convención” o “el Pacto de San José”), sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”)

una solicitud de opinión consultiva (en adelante también “la consulta”) sobre la:

[...] privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes,] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles erga omnes, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano.

Además, la consulta trata sobre “el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación”. El Estado mexicano plantea una serie de preguntas con la finalidad de despejar diferentes y variados tópicos, y algunas de ellas las siguientes:

¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores

migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide per se el goce de tales derechos?

Los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], así como 1 y 24 de la Convención Americana, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?

[...]

Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, [ambos] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos

fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles erga omnes?

Seguidamente y, para los fines de este trabajo, exponemos algunas de las referencias que denotan principios y lineamientos, que consideramos más relevantes de la Opinión Consultiva en estudio.

A) Principio de igualdad y no discriminación de la persona migrante

Es imperioso destacar que la Corte Interamericana estima que, conforme al artículo 1.1 de la CADH –referente a la obligación de garantizar los derechos del instrumento–, es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia donde un órgano o persona funcionaria del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.

La no discriminación junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados, al hablar de igualdad ante la ley, señalan que debe garantizarse este principio sin discriminación alguna.

Conforme a lo anteriormente expuesto, los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados¹⁶.

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un

determinado grupo de personas como serían en este caso las personas migrantes.

B) Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a las personas migrantes

Ahora bien, teniendo en cuenta que la prohibición de discriminar tiene un fundamento derivado de la misma CADH, así como de otros tratados internacionales que igualmente apuestan en esta línea (p. e. Convención contra Toda Discriminación de la Mujer; Convención contra la Eliminación de la Discriminación Racial), nos vamos a abocar a reseñar cuáles son los efectos concretos en la observancia del principio destacado.

Como tesis de origen, las personas migrantes se encuentran en situación específica de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos y en una situación individual de falta o de diferencia sustancial de poder en comparación con la población no migrante (residente o ciudadana), según la Opinión Consultiva de estudio lo establece¹⁷.

La Corte Interamericana se pronuncia en torno a los efectos derivados de la aludida obligación genérica de no discriminación de la siguiente manera:

- (i) Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de

emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.

(ii) Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias¹⁸.

La Corte dispone en su sentencia que el incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas¹⁹.

La aplicación del consabido principio de igualdad es aplicable a la migración en general y, por supuesto, a las personas migrantes indocumentadas, ya que al respecto este tribunal interamericano concluye lo siguiente:

Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

En virtud de lo anterior, la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes²⁰.

C) Principio de respeto de los derechos humanos de la persona migrante prevalece sobre su estatus legal o ilegal

Como tesis de principio, la Corte sostiene que una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que se deben respetar y garantizar el goce

y ejercicio de esos derechos sin discriminación alguna²¹.

En las relaciones laborales, los empleadores deben proteger y respetar los derechos de las personas trabajadoras, ya sea que esas relaciones se desarrollen en los sectores públicos o privados de las sociedades. La obligación de respeto de los derechos humanos de las personas trabajadoras migrantes tiene un efecto directo en cualquier tipo de relación laboral, cuando el Estado es el empleador y cuando lo es un tercero, y ya se trate de una persona física o jurídica. La Corte Interamericana manifiesta:

“En síntesis, las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas. En primer lugar, los Estados tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna. Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación²².”

En el caso de las personas trabajadoras migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia

fundamental y, sin embargo, son frecuentemente violados, los cuales son muy bien expuestos por la sentencia, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización.

La Corte considera que las personas trabajadoras migrantes indocumentadas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a las personas trabajadoras nacionales poseen los mismos derechos laborales que corresponden a las demás trabajadoras del Estado, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Las personas trabajadoras, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.

D) Políticas públicas y obligaciones de los Estados en materia de inserción laboral de las personas migrantes

A manera de referencia rápida, podemos acotar que las “políticas públicas” son políticas de corte social, encausadas a un amplio sector de las comunidades nacionales que requieren las acciones derivadas de prestaciones estatales. Algunos se preguntan entonces, ¿cuál es la importancia o la utilidad social de las políticas sociales? Un estudio de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) nos hace saber que la política social no es el resultado de entusiastas planteamientos

voluntaristas. Por el contrario, es la expresión fundamental de los propósitos de la sociedad y de las posibilidades económicas para alcanzarlos que obviamente son realidades inseparables²³.

Una de las situaciones que quizás quedan más claras sería el hecho que, a la luz de lo expuesto anteriormente, los Estados asumen obligaciones en la determinación de políticas migratorias como expresión propia de la ejecución de política pública. En ese sentido, algunos de los lineamientos que esta Opinión Consultiva nos depara serían los siguientes:

-Inadmisibilidad que un Estado proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de personas trabajadoras migrantes indocumentadas con fines de explotación laboral, prevaliéndose de la condición de vulnerabilidad de dichas personas trabajadoras frente al empleador en el Estado o considerándolas como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de estos ante la autoridad competente²⁴.

-Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean estas, incluidas las de carácter migratorio. Debe respetarse y garantizarse siempre este principio de carácter general. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos²⁵.

Estamos ante un imperativo que prohíbe las condiciones excluyentes y discriminatorias en materia laboral. No sería factible irrespetar los

derechos de las personas trabajadoras, ni mucho menos diseñar política pública encausada hacia este nefasto objetivo. Además, es igualmente prohibido generar discriminación odiosa en aquellas políticas públicas, establecidas en un determinado país del sistema interamericano. Se entiende que no se puede excluir a las personas migrantes de los beneficios y prerrogativas dadas al resto de la sociedad²⁶.

La resolución AG (DEC.74 (XLIV-O/14) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, también denominada “Declaración de Asunción: Desarrollo con inclusión social”, resuelve instar a los países del continente a las siguientes acciones, entre otras:

Destacar la necesidad de desarrollar e implementar políticas públicas, respetuosas de los derechos humanos, orientadas a favorecer la inclusión social de los migrantes, fomentar el intercambio de mejores prácticas entre los Estados Miembros y crear las condiciones que permitan reconocer, optimizar y maximizar los beneficios de la migración en el desarrollo de los países de las Américas” (punto 7); “Fomentar la formación profesional y técnica inclusivas, y la capacitación laboral, así como el desarrollo de mecanismos para la certificación de competencias laborales para facilitar el acceso y la reinserción en el mercado laboral, apoyar el desarrollo personal y profesional, haciendo hincapié

en la innovación, y maximizar la productividad de la economía y el fortalecimiento institucional” (punto 8) y “Desarrollar y fortalecer políticas de mejoramiento de la disponibilidad, el acceso y la calidad de los servicios de salud, cuya prestación sea culturalmente aceptable, y la promoción de estilos de vida saludables para la población, en especial para personas y grupos en situación de vulnerabilidad, promoviendo una cobertura universal, con énfasis en programas de atención preventiva” (punto 9).

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional/ Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014

El 7 de julio de 2011, la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, las cuales en adelante se denominarán en conjunto “los Estados solicitantes”, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en los artículos 70.1 y 70.2 del Reglamento, presentaron una solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante a fin de que el tribunal:

determin[e] con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños, asociada a su condición migratoria, o a la de sus

padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de [los] Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Las personas menores se movilizan internacionalmente por muy variadas razones: en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar para reagruparse con familiares que ya migraron; por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Si bien las niñas y los niños generalmente se trasladan junto a sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía²⁷.

En el caso centroamericano como contexto geográfico inmediato, nos vamos a encontrar que el desplazamiento desde los países de origen es determinado por los constreñimientos económicos, políticos y sociales en sus países; por el interés de reencontrarse con sus familias; y marcadamente, por el contexto de violencia que está minando la vida de la ciudadanía, revelando la ausencia de mecanismos eficientes de protección por parte de los Estados²⁸.

Más concretamente se hacen nueve preguntas a la Corte Interamericana, más en lo que interesa, destacamos que se cuestionan las siguientes variables ligadas a la población migrante menor:

“[1.] ¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los procedimientos que deberían adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niños y niñas migrantes; determinar las necesidades de protección internacional; y adoptar en su caso, las medidas de protección especial que se requieran?”

[2.] ¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías del debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niños y niñas migrantes? “

[3.] ¿Cómo debe interpretarse, a la luz de los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana y el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el principio de ultima ratio de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando están involucrados niños y niñas que se encuentran junto a sus padres, y cuando están involucrados niños/as no acompañados o separados de sus padres?”

A) Carácter y alcances de la protección internacional a niños y niñas migrantes

En el párrafo 83, de la Opinión Consultiva en cuestión, la Corte considera que, incluyendo en especial los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración:

“las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aún cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños. En esta línea, resulta indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial”²⁹.

Asimismo, la Corte Interamericana desarrolla una serie de pautas que deben llevarse a cabo por parte de los países receptores de niños y niñas migrantes y que se enuncian de la siguiente manera de acuerdo con la práctica generalmente seguida: (i) tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de esta; (ii) determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado; (iii) determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida; (iv) obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y (v) adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial. Estos datos deberían recabarse en la entrevista inicial y deberían registrarse adecuadamente, de modo tal que se asegure la confidencialidad de la información.

B) Mecanismo procedimental de garantías mínimas a la persona menor migrante

La opinión consultiva en cuestión establece que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal es aplicable en lo que corresponda en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. De este modo, en procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones

judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, se aplican las garantías del debido proceso a cualquier persona independientemente de su edad y condición de estancia en un país. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando sea una migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables³⁰. El párrafo 116 desarrolla esta serie de garantías de una manera magistral para la tutela y protección de la persona menor:

“Ahora bien, aún cuando la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, en algunos Estados otros órganos o autoridades públicas adoptan decisiones, como sucede en los procesos migratorios, que afectan derechos fundamentales. En estos casos, la actuación de la administración tiene límites infranqueables, entre los que ocupa un primerísimo lugar el respeto de los derechos humanos, por lo que se torna necesario que su actuación se encuentre regulada. Teniendo como base las anteriores consideraciones, la Corte se referirá a continuación a las garantías que, conforme al

derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio que involucre a niñas o niños, haciendo mención especial, cuando corresponda, a aquellas que cobran relevancia crítica en este tipo de proceso. En consecuencia, la Corte se referirá a los siguientes aspectos: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso”.

Estamos ni más ni menos ante las garantías del debido proceso aplicadas a los procesos migratorios que involucren a personas menores de edad. Esta tesis no es ni más ni menos que

coincidente con lo que dispone el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas. En otras palabras, debe respetarse este tipo de garantías, tratándose de procesos judiciales o de cualquier otra índole, con la necesidad de no privar a las personas menores de esta posibilidad. Esta visión se refuerza igualmente en el siguiente punto o acápite que reseñaremos.

C) Deber especial de protección a las personas menores migrantes

Las garantías reconocidas en el artículo 8 de la Convención deben ser respetadas y aseguradas a todas las personas sin distinción, y deben correlacionarse con los derechos específicos que, además, el artículo 19 de dicho tratado estatuye, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que algún derecho de una niña o niño se encuentre en controversia.

De esta forma y según la OC-21, la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración implica que la observancia por parte de los Estados de las garantías del debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que una persona adulta. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos³¹.

Esta presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

En consecuencia, la misma Corte Interamericana desarrolla el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación por su condición etaria. Es así como se matiza la protección especial de la persona menor en los siguientes aspectos: (i) legalidad de la privación de libertad; (ii) prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios; (iii) derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda; (iv) derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente; (v) derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados; (vi) derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular; (vii) derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor; y (viii) derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención³².

La otra faceta concerniente al <<deber de protección especial>> que es desarrollada en esta opinión, la encontramos con la necesidad de mantener el vínculo familiar de la persona menor.

Al respecto, la Corte ha resaltado que “[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a

satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”³³. De esta forma, cuando se trata de niñas y/o de niños que se encuentran junto a sus progenitores, el mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico.

Por el contrario, cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que, a su vez, sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños. Evidentemente, esto conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado, a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia.

De la misma manera, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó a la Cumbre sobre Refugiados y Migrantes (19/09/2016), para fomentar mayor solidaridad internacional y apoyo en la respuesta a los grandes desplazamientos de personas refugiadas y migrantes.

En el marco de ese foro, se aprueba la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes,

la cual parte de la siguiente premisa con respecto al interés superior de la persona menor y su aplicabilidad a las personas menores sin importar su condición migratoria:

Protegeremos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los niños refugiados y migrantes, independientemente de su condición, teniendo en cuenta en todo momento el interés superior del niño como consideración principal. Esto se aplicará en particular a los niños no acompañados y los que estén separados de sus familias; remitiremos su atención a las autoridades nacionales de protección de la infancia y otras autoridades competentes. Cumpliremos las obligaciones que nos incumben en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Procuraremos proporcionar servicios básicos de salud, educación y desarrollo psicosocial y servicios de inscripción de todos los nacimientos en nuestros territorios³⁴.

D) Principio de no privación de libertad de niños o niñas por su situación migratoria irregular

Según el criterio de la Corte, los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los

finés de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, ya que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.

El Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes de las Naciones Unidas ha recomendado que:

[] Los niños no deben ser criminalizados o sujetos a medidas punitivas a causa de su situación migratoria o la de sus padres. La detención de un niño debido a su estatus migratorio o el de sus padres constituye una violación de los derechos del niño y siempre contraviene el principio del interés superior del niño. En este sentido, los Estados deberían cesar en forma expedita y completa la detención de los niños sobre la base de su estatus migratorio³⁵.

Al respecto, la Corte Interamericana considera que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para regular y fiscalizar que los espacios de alojamiento cumplan criterios técnicos para su acreditación y habilitación en consonancia con las necesidades diferenciadas de las niñas y los niños migrantes y que, en consecuencia, el sistema estatal prevea un método de supervisión de dichos espacios de alojamiento³⁶.

En este contexto, la Corte establece una serie de obligaciones estatales sobre condiciones básicas que desarrolla pormenorizadamente y que las denomina así: (i) principio de separación y derecho a la unidad familiar; (ii) centros de alojamiento abiertos; y (iii) condiciones materiales y un régimen adecuado que asegure la protección integral de derechos.

E) Principio de no devolución de la persona menor

La prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de esta, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos, encuentra en otras normas de derechos humanos una protección adicional que se extiende a otro tipo de graves violaciones a sus derechos humanos, entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño que hace de la determinación del interés superior rodeada de las debidas garantías un aspecto central al adoptar cualquier decisión que concierne a la niña o al niño y, especialmente, si el principio de no devolución se ve involucrado.

De todo lo anteriormente expuesto, se colige que la competencia de las autoridades internas para

decidir sobre las personas que pueden permanecer en su territorio y, por ende, la potestad de devolver a una persona a su país de origen o a un tercer país está condicionada por las obligaciones derivadas del derecho internacional y, en particular, del derecho de las personas refugiadas, del derecho internacional de los derechos humanos, de la prohibición de la tortura y del artículo 22.8 de la Convención Americana.

En efecto, el principio de no devolución es consustancial a estas diferentes ramas del derecho internacional en que se ha desarrollado y codificado este. No obstante, en cada uno de estos contextos, el contenido del principio de no devolución reconoce un ámbito de aplicación personal y material particular y obligaciones correlativas específicas que deben entenderse como de naturaleza complementaria, en los términos del artículo 29 de la Convención Americana y el principio pro persona. Ello implica, en definitiva, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, aplicando aquella norma que otorgue mayor protección al ser humano.

La Corte considera que la protección complementaria configura un desarrollo normativo consecuente con el principio de no devolución, a través del cual los Estados velan por los derechos de las personas que no califican como refugiadas o en otra calidad migratoria, pero no pueden ser devueltas. La protección complementaria debe contar con el reconocimiento de los derechos básicos de las personas protegidas.

III. Consideraciones finales: Sistematización de los principios reseñados en materia de población migrante

A manera de síntesis de este trabajo, de las tres opiniones consultivas y los cuatro casos contenciosos analizados, podemos abstraer al menos veinticuatro (24) principios o postulados jurídicos identificables y extraíbles de la misma jurisprudencia que sienta sólidamente la Corte Interamericana con todos estos veredictos. Muchos de los principios y lineamientos encontrados tienen su asidero en el <<principio de no discriminación>>. No obstante, se particularizan para un colectivo altamente vulnerable cómo sería la población migrante.

La recapitulación gráfica y sinóptica de tales principios encontrados a lo largo de este trabajo investigativo es la siguiente:

OC 18/03 “Condición jurídica y derechos de las personas migrantes indocumentadas”	-Principio de igualdad y no discriminación de la persona migrante.
	-Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a las personas migrantes.
	-Respeto de los derechos humanos de la persona migrante prevalece sobre su estatus legal o ilegal.
	-Políticas públicas y obligaciones de los Estados.

OC 21/14 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección especial”	-Carácter y alcances de la protección internacional a niños y niñas migrantes.
	- M e c a n i s m o procedimental de garantías mínimas a la persona menor migrante.
	-Deber especial de protección a las personas menores migrantes.
	-Principio de no privación de libertad de niños o niñas por su situación migratoria irregular.
	-Principio de no devolución de la persona menor.

Como consideraciones finales anexas, nos permitimos esbozar las siguientes:

1º- El valor de esta sistematización descansa en la posibilidad de aplicar a través del control de convencionalidad interno, tales postulados tanto en sede administrativa como judicial. Con ello, se pretende otorgar un rango de diferentes matices protectores que son aplicables directamente a los colectivos de migrantes, por parte de las autoridades y sistemas judiciales en los diferentes países miembros del sistema interamericano que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana.

2º- En los últimos tiempos, se ha llegado a cuestionar si los precedentes jurisprudenciales de esta Corte Interamericana son vinculantes para los Estados que no son partes en el proveído resolutorio, mas de nuestra parte adversamos cualquier cuestionamiento que se haga en torno a esta competencia interpretadora de la Convención y, en contrapartida, la aplicación de las provisiones

del principal tratado interamericano de protección de derechos humanos deviene de lo dispuesto en el artículo 2 con relación al 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3°- La población migrante es de naturaleza vulnerable y, por esta razón, la Corte Interamericana la ha blindado a través de diferentes provisiones constitutivas de derechos, con la finalidad de que los operadores jurídicos estatales e internacionales tengan en cuenta sus particularidades y, sobre todo, el cauce progresivo y proteccionista que se le ha dado a lo largo de la evolución jurisprudencial.

Nos resta indicar que todo este trabajo de construcción paulatina de las garantías para la población migrante en general y sin distinción alguno —niños, niñas, personas trabajadoras, indocumentadas, deportadas etc.—, debe avanzar más, ya que los nuevos tiempos enfatizan a contrapelo de la permisibilidad transfronteriza de bienes y servicios, una severa restricción al tránsito de seres humanos. Todavía falta mucho que hacer para las personas desplazadas y migrantes que se encuentran en el continente latinoamericano ante estas difíciles realidades.

V. Bibliografía

Libros

Bielschowsky, Ricardo compilador. (2010). Sesenta años de la CEPAL: textos seleccionados del decenio 1998-2008. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Campiño, Antonio. (2008). El concepto de lo político en la sociedad global. España: Editorial Herder, primera edición.

Castilla Juárez, Karlos A. (Enero-abril de 2013). “Migración irregular y políticas migratorias bajo el análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. en Revista Vasca de Administración Pública. N.º 95, Donostia.

Crépeau, François. (2 de abril de 2012). Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. UN Doc. A/HRC/20/24.

Chacón Mata, Alfonso. (Octubre de 2010). “Reflexiones en torno a algunos problemas semántico/interpretativos de los derechos humanos (¿es posible encontrar soluciones apelando a sus principios?)”. Revista Ius Doctrina, Boletín de la Unidad de Informática Jurídica de Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Fix -Zamudio, Héctor. (1997). “Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En NIETO NAVIA, (Rodolfo) edit. La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Unión Europea-Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, primera edición.

Miranda Bonilla, (Haideer). (2015). Derechos fundamentales en América Latina. Serie integración regional y derecho comunitario. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, primera edición.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). (4 de

febrero de 2015). “Arrancados de Raíz. Causas que originan el desplazamiento transfronterizo de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de Centroamérica y su necesidad de protección internacional”. Ciudad de México.

Organización de Naciones Unidas (ONU). (2015). Objetivos de desarrollo del milenio. Informe. Nueva York.

Organización de Naciones Unidas, Asamblea General. (13 de septiembre de 2016). Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes”. Septuagésimo primer período de sesiones, A/71/L.1”. Original: inglés, español, párrafo 32.

Ortiz Ahlf, Loretta. (2007). “Derechos humanos de los inmigrantes”. En Becerra, Manuel, editor. La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición.

Pellegrino, Adela. (Marzo de 2003). La migración internacional en América Latina y el Caribe: tendencia y perfiles de los migrantes. Comisión Económica para América Latina-Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía-Banco Interamericano de Desarrollo. Serie Población y Desarrollo, n.º 35, Santiago de Chile.

Reyes Rivas, Ileana, Rojas Bolaños, Marco y Solórzano Rojas, Fabio. (1991). La Corte Interamericana de Derechos Humanos: su práctica consultiva y contenciosa. Tomo I, San José, Seminario de Graduación para optar por el título de Licenciados en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Villalba Bernié, Pablo Darío. (2016). “Debido proceso y derechos humanos: ajustes de convencionalidad”. En Acuña Zepeda, Manuel Salvador, Rodríguez Lozano, Luis Gerardo, Salinas Garza, Juan Ángel y Sánchez García, Arnulfo coordinadores. El debido proceso. Tomo I: Una visión filosófica. Ciudad de México: Editorial Tirant lo Blanch. Asociación Internacional en Derecho Administrativo-

Universidad Autónoma de Nuevo León.

Woods, Ngaire. “La nueva xenofobia”. En Periódico La Nación. San José Costa Rica, domingo 11 de diciembre de 2016.

A) Jurisprudencia y fuentes jurídicas

Comisión I.D.H. (24 de marzo de 1988). Estiverne contra Haití. Informe de resolución n.º 20/88. (Caso n.º 9.855).

Comisión I.D.H. (12 de julio de 2010). Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros contra Estados Unidos de América. Informe de publicación n.º 81/10. (Caso 12 562).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA). (2016). Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y derechos humanos en las Américas. Washington D. C.

Convención Americana de Derechos Humanos. (Octubre de 1969).

Corte IDH. (19 de enero de 1984). Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84. Serie A, n.º 04.

Corte IDH. (1 de octubre de 1999). El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99. Serie A, n.º 16.

Corte IDH. (17 de septiembre de 2003). Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de Serie A n.º 18.

Corte IDH. (Sentencia del 7 de septiembre de 2004). Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C, n.º 114.

Corte IDH. (Sentencia del 8 de septiembre de 2005). Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y

costas. Serie C, n.º 130.

Corte IDH. (Sentencia del 25 de noviembre de 2006). Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, n.º 160.

Corte IDH. (Sentencia del 5 de julio de 2006). Caso Montero Anguren vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C, n.º 150.

Corte IDH. (Sentencia del 5 de julio de 2006). Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C, n.º 150.

Corte IDH. (23 de noviembre de 2010). Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia Serie C, n.º 218.

Corte IDH. (Sentencia del 24 de octubre de 2012). Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, n.º 251.

Corte IDH. (Sentencia del 25 de noviembre de 2013). Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C, n.º 272.

Corte IDH. (19 de agosto de 2014). Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de Serie, n.º 21.

Corte IDH. (Sentencia 28 de agosto del 2014). Caso personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C, n.º 282.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 2006-007608, de las once horas y cincuenta y cinco minutos del seis de octubre de dos mil seis.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (TEDH). (Sentencia de 29 de abril de 1997). Caso H.L.R. c. Francia, n.º 24573/94.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (TEDH). (Sentencia del 11 de julio del 2000). Caso Jabari c. Turquía, n.º 40035/98.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Sentencia del 5 de febrero de 2002). Caso Čonka c. Bélgica n.º 51564/99.

Notas

- ¹ Woods, Ngaire. (Domingo 11 de diciembre de 2016). “La nueva xenofobia” en *Periódico La Nación*, San José Costa Rica, p. 25 A.
- ² Campiño, Antonio. (2008). *El concepto de lo político en la sociedad global*. España: Editorial Herder, primera edición.
- ³ Pellegrino, Adela. (Marzo de 2003). “La migración internacional en América Latina y el Caribe: tendencia y perfiles de los migrantes”. *Comisión Económica para América Latina-Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía-Banco Interamericano de Desarrollo. Serie población y desarrollo. N.º 35, Santiago de Chile, p. 8.*
- ⁴ Organización de Naciones Unidas (ONU). (2015). *Objetivos de desarrollo del milenio: Informe de 2015*. Nueva York, p. 8.
- ⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA). (2016). *Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y derechos humanos en las Américas*. Washington D.C., párrafo, 255.
- ⁶ Convención Americana de Derechos Humanos. (Octubre 1969), arts. 33, 52-73, 81-82.
- ⁷ El 22 de mayo de 1979, los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que, en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C. La Asamblea General de la OEA, el 1 de julio de 1978, recomendó aprobar el ofrecimiento formal del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en ese país. Esta decisión fue ratificada después por los Estados Partes en la Convención durante el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrado en noviembre de 1978. La ceremonia de instalación de la Corte se realizó en San José el 3 de septiembre de 1979.
- ⁸ Convención Americana de Derechos Humanos, art 33, párrafo primero e inciso b). Con respecto a la función jurisdiccional se ha dicho que es más limitada en comparación al modelo europeo pues “tiene carácter potestativo para los Estados, es decir, solo pueden realizarse cuando los propios Estados reconozcan de manera expresa como obligatoria la competencia de la Corte, ya sea en forma incondicional, bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Además las controversias planteadas ante la Corte sólo pueden referirse a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana (art. 62 de la misma Convención)” citado por FIX -ZAMUDIO, (Héctor). “Lineamientos Procesales de los Procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en NIETO NAVIA, (Rodolfo) edit. (1997). La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Unión Europea-Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, primera edición, p. 155.
- ⁹ Espinal Arias, Rigoberto. “Competencia y Funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, op. cit, p. 125. Este autor establece el ejercicio de la función consultiva, a través de cuatro modalidades : a) Cualquier Estado Miembro de la OEA, con el objeto de obtener emisión de opiniones de la CIDH, por consulta de interpretación de normas estipuladas en el Pacto de San José o en otros tratados sobre la materia ; b) Los órganos de la Organización de Estados Americanos en lo que sea de su competencia ; c) Cualquier Estado parte respecto de tratados concernientes a la protección de los derechos humanos ; d) Cualquier Estado miembro de la OEA, cuando solicitare la interpretación de leyes internas respecto de su incompatibilidad con instrumentos internacionales de protección de derechos humanos”. Ver este interesante artículo, el cual define puntualmente la operatividad de la Corte, pp. 117-131.
- ¹⁰ Reyes Rivas, Ileana, Rojas Bolaños, Marco y Solórzano Rojas, Fabio. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: su práctica consultiva y contenciosa”. Tomo I, San José. Seminario de Graduación para optar por el título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1991, pp. 363-364. Para ver los requisitos que se deben incluir en este procedimiento, ver en esta misma obra, pp. 363-364.

CHACÓN: Los principios de tutela de la población migrante dispuestos en la opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- ¹¹ *Se toma como fecha el 12 de noviembre del 2019 cuando se terminan estas líneas.*
- ¹² *Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Serie A n.º 16. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, párrafos 120.*
- ¹³ *Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, op. cit., párrafos 121-122. Cfr: En el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Does, se estableció lo siguiente: “Debido proceso para personas que procuran asilo en un territorio extranjero y devolución directa (“direct-back policy”). La Comisión concluyó que Canadá fue responsable por la violación de los artículos XXVII y XVIII de la Declaración Americana por no proteger los derechos de las presuntas víctimas a buscar y recibir asilo en un territorio extranjero, por no realizar una evaluación básica, individualizada a con respecto al riesgo de devolución (refoulement), y al no haber permitido a los John Does acceder a un proceso judicial efectivo para impugnar su devolución directa y forzada a los Estados Unidos sin una determinación de sus solicitudes de asilo”. Comisión I.D.H. John Doe y Otros contra Canadá. Informe de Fondo n.º. 78/11 (Caso 12 586), 21 de julio de 2011.*
- ¹⁴ *Ortiz Ahlf, Loretta. “Derechos humanos de los inmigrantes”, p. 215. En Becerra, Manuel editor. (2007). La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición,*
- ¹⁵ *. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Čonka c. Bélgica n.º 51564/99. Sentencia del 5 de febrero de 2002. Al respecto, la sentencia aduce lo siguiente: “Si bien la Corte no pretende excluir el uso legítimo de estrategias por parte de la policía con el propósito de, por ejemplo, hacer frente a las actividades criminales de manera más efectiva, aquellos actos mediante los cuales las autoridades buscan ganar la confianza de los solicitantes de asilo con miras a arrestarlos, para luego deportarlos puede resultar contrario a los principios generales contenidos, aún de manera implícita, en el Convenio Europeo” (párr. 41, énfasis añadido).*
- ¹⁶ *Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A, n.º 18, párrafo 96.*
- ¹⁷ *Corte IDH, OC-18, op. cit., párr.112.*
- ¹⁸ *Corte IDH, OC-18/03, op. cit., párrafos 103-104.*
- ¹⁹ *Ibid, párrafo 106.*
- ²⁰ *Ibid, párrafos 112-117.*
- ²¹ *Corte IDH, OC-18/03, op. cit, párrafo 133. La Corte agrega lo siguiente: “134. De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral”.*
- ²² *Ibid, párrafo 153.*
- ²³ *BIELSCHOWSKY, (Ricardo) compilador. (2010). Sesenta años de la CEPAL: textos seleccionados del decenio 1998-2008. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, p. 72. El estudio continúa indicándonos con respecto a los temas o postulados que deben inspirar a las políticas sociales que se deben valorar : “el acceso progresivo a la protección social en determinado período, la definición de los contenidos de la protección universal o selectiva, la relación con los recursos disponibles y la organización institucional (reglas y entidades), deben figurar en la agenda política, con el fin de alcanzar los consensos necesarios en torno de lo que es deseable, necesario y posible”, p. 73.*
- ²⁴ *Corte IDH, OC-18, op. cit., párr. 170.*

25 *Ibid*, párr.172.

26 *En el caso costarricense, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido diferentes precedentes en relación con la imposibilidad de discriminación por razón migratoria, a partir de la resolución emblemática dictada bajo el Voto N.º 2006-007608, de las once horas y cincuenta y cinco minutos del seis de octubre de dos mil seis. En esta resolución, se condena a un particular, por discriminar a un cliente extranjero, con residencia permanente en Costa Rica. No obstante, en el Voto N.º 10188-2017 de la misma instancia jurisdiccional, un extranjero domiciliado ilegalmente solicita impedir su deportación, alegando que tenía pareja desde hace 14 años en Costa Rica y dos hijos menores nacidos en nuestro país. Sin embargo, el tribunal constitucional reiteró que no podía reconocerle a un extranjero el derecho a permanecer de manera ilegal en el territorio nacional, e ignorar las disposiciones legales de orden público. Según los magistrados, la sola existencia de un vínculo, ya sea matrimonial o convivencial con costarricenses, no puede suponer la derogación singular de las normas legales que rigen el ingreso y la permanencia de extranjeros en el territorio nacional.*

27 *En el contexto mundial, esta realidad que viven los niños migrantes y sus familias es visualizada de la siguiente manera: “La mitad de la población de refugiados bajo la responsabilidad del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en 2014 estuvo compuesta por niños. En los países afectados por conflictos, la proporción de niños que no asiste a la escuela aumentó de 30% en 1999, a 36% en 2012. Los países frágiles y afectados por conflictos son típicamente los que tienen las tasas de pobreza más altas”. (ONU). “Objetivos de Desarrollo del Milenio [...]”, op. cit, p. 9.*

28 *“En los últimos años, el flujo de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y/o separados (NNAS) en México, provenientes de El Salvador, Guatemala y Honduras, región conocida como el Triángulo Norte de América Central, ha visto un aumento significativo. Así, de 2008 a 2013, las autoridades mexicanas han registrado casi 22,000 retornos asistidos de NNAS a estos tres países. En este contexto México -al igual que otros países de la región como Estados Unidos, Belice, Costa Rica, Nicaragua y Panamá- ha observado un incremento en el número de solicitudes de la condición de refugiado provenientes del TNAC. La presentación de solicitudes de la condición de refugiado por parte de NNAS guatemaltecos, salvadoreños y hondureños ha mostrado variaciones relevantes. Desde el 2011 el aumento de solicitudes de NNAS de estas tres nacionalidades ha sido constante e incluso se ha incrementado tres veces al pasar de 16 solicitudes en 2011 a 50 en 2013. Por su parte, solo el año pasado, 15 niños de Guatemala, El Salvador y Honduras fueron reconocidos como refugiados, la cifra más alta en ese trienio”. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). “Arrancados de Raíz. Causas que originan el desplazamiento transfronterizo de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de Centroamérica y su necesidad de protección internacional”. Ciudad de México, 4 de febrero de 2015, p. 5.*

29 *Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Serie A n.º 21, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014.*

30 *Corte IDH., Opinión Consultiva OC-21/14, op. cit., párrafo 113.*

31 *Corte IDH., Opinión Consultiva OC-21/14, op. cit., párrafo 114.*

32 *Ibid.*, párrafo 190 y sigtes.

33 *Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, op. cit, párr. 71, y Corte IDH Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 27 de abril de 2012. Serie C n.º 242, párrafo 46. Ver también, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.*

34 *Organización de Naciones Unidas, Asamblea General. Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes. Septuagésimo primer período de sesiones, A/71/L.1, 13 de septiembre de 2016, original: inglés, español, párrafo 32.*

35 *CRÉPEAU, (François). Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, párr. 40.*

36 *Corte IDH., Opinión Consultiva OC-21/14, op. cit., párrafo 171.*



Entrevista



Entrevista al Magistrado Fernando Castillo Víquez Presidente de la Sala Constitucional.



1. Nos gustaría saber algo de la vida de don Fernando Castillo fuera de las paredes de la Sala Constitucional

Bueno fuera de las paredes de la Sala Constitucional mi vida transcurre entre la academia, porque soy profesor universitario, y los fines de semana me dedico mucho a lo que es la lectura sobre todo en temas que no son jurídicos y también por razones de salud ejercito una hora con un perro labrador que tengo. Los domingos voy a la iglesia y me dedico sobre todo a ver programas de opinión tanto nacionales como internacionales y a la lectura sobre todo de libros que tienen que ver con temas de filosofía de política, de literatura tratando de mantener el ritmo de lectura que tenía antes de ser magistrado de la Sala Constitucional.

2. ¿Cuál ha sido su trayectoria en el Poder Judicial?

Yo soy actualmente uno de los cuatro magistrados que no tenemos carrera judicial que venimos de afuera del Poder Judicial, en el caso particular mío hice carrera en Asamblea Legislativa, hice carrera en Casa Presidencial y por 10 años carrera como

Procurador Constitucional, yo llego en el año 2009 asumo la judicatura en la Sala y a partir de hace un año y tres meses siguiendo una vieja tradición de la Sala Constitucional que el magistrado más antiguo es el que asume la presidencia, asumo la presidencia de la Sala constitucional porque en este momento el magistrado más antiguo es el magistrado Cruz Castro, el magistrado Cruz Castro como todos sabemos, es el actual presidente de la Corte Suprema de Justicia.

3. Es común escuchar: “si no me resuelven esto vamos a la Sala” ¿Qué cree usted que espera la gente de la Sala Constitucional?

Si bueno, la Sala Constitucional en estos 30 años se ha convertido en una especie de válvula de escape por dos razones, en primer lugar creo que antes de la creación de la Sala Constitucional era muy frecuente, era muy común que a las personas se les vulnerara sus derechos fundamentales y los mecanismos no eran ni ágiles ni expeditos. Con la creación de la Sala la gente tiene mayor conciencia de sus derechos fundamentales y además el diseño de la jurisdicción constitucional permite ser un tribunal de muy fácil acceso donde las personas no requieren de un abogado, donde los recursos se pueden interponer en cualquier tipo de documento y además donde la Sala está tardando en promedio entre 19 días para resolver un habeas y 30 días para resolver un Amparo entonces la gente siente que en la Sala puede venir a defender sus derechos fundamentales a pesar de que al final no les demos la razón

4. Cuál es el tema más recurrente en los recursos presentados a la Sala y cuál sería el flujo de esos casos presentados anualmente.

Digámoslo así los recursos más recurrentes son los recursos de amparo en temas de salud la gente viene porque no se le da una cita, porque no se le aplica un procedimiento quirúrgico o porque no se le realizan determinados exámenes radiológicos o exámenes médicos y también cuando se les niega un medicamento que no está en la lista oficial de medicamentos. Esos recursos de amparo en materia de salud representan el 34% del circulante de la Sala Constitucional. El circulante son 20.000 asuntos aproximadamente al año, un 34% estamos hablando de 4500 asuntos en materia de salud por año con una tendencia exponencial al crecimiento.

5. Han pasado 30 años desde que se creó la Sala Constitucional, ¿cuál es su apreciación del papel de la Sala Constitucional en la Costa Rica de hoy?

Sí yo creo que la Sala representa un parte aguas, una cosa es la Costa Rica antes de la Sala y otra la Costa Rica después de la Sala ¿por qué?, porque en primer lugar las personas descubrieron sus derechos fundamentales, en segundo lugar porque la Sala vino a ponerle coto a los abusos de poder y en tercer lugar porque hoy en día se ha creado toda una cultura en el ámbito nacional de que en primer lugar se deben respetar los derechos fundamentales, en segundo lugar que quienes toman decisiones políticas a la hora de tomar esas decisiones tienen que tener muy presente que hay una constitución y que hay un guardián de la Constitución y que está dispuesto ese guardián a jugarse el todo por el todo con tal de que se le mantenga y se

respete el pacto fundacional que es la Carta Fundamental

6. ¿Cuáles son los retos que se le presentan a la Sala Constitucional?

Bueno hay varios retos uno desde el punto de vista orgánico que es si la Sala debe seguir formando parte del Poder Judicial ese es un tema que está a un futuro no muy lejano en que si conviene que la Sala continúe así. Ahí hay algunos que pensamos que en primer lugar el tema de la tensión de la parte administrativa del gobierno judicial nos quita mucho tiempo para dedicarnos a la Sala, en segundo lugar muchas veces los mismos recursos son recursos contra decisiones del Poder Judicial y en tercer lugar muchos de los temas que se ve en Corte implican que nosotros los magistrados tengamos que abstenernos porque esos son temas que van a ser llevados o traídos al tribunal constitucional. Desde el punto de vista más funcional yo pienso que la Sala tiene que tener su independencia su imparcialidad, debe demostrar que es un tribunal que actúa con criterios de independencia e imparcialidad eficacia y eficiencia pero además de eso tenemos otro reto fundamental y es que bajo el respeto de los derechos fundamentales de todas las personas se logre en este país la armonización y la paz social partiendo de un principio que es fundamental en toda sociedad democrática que es el principio de la tolerancia

7. ¿Nos podrían contar alguna anécdota?

Bueno han sucedido muchos casos interesantes. Más bien lo más anecdótico está muy relacionado, muy vinculado con el trabajo. Una de las cosas que más me impresionó cuando llegué a la Sala Constitucional fue precisamente cuando teníamos los expedientes en físico de los

viernes porque nosotros teníamos que llevar en carretillas los expedientes para que se firmaran las boletas y eran tantos que los magistrados no nos veíamos la cara, con tantos expedientes que teníamos que firmar. Al final no nos mirábamos la cara.

Otra anécdota era cuando tenía que ver con la firma específicamente de la sentencias había que sacar tres o cuatro horas una vez a la semana para firmar 700 sentencias entonces la secretaria le iba desplegando a uno los expedientes y uno iba firmando, todo eso quedó en el pasado gracias a que la Sala Constitucional es un tribunal 100% digitalizado, es un tribunal que tiene el expediente electrónico pero además de eso las votaciones de la Sala son electrónicas lo cual significa que a través de la firma digital o de la firma electrónica los magistrados y magistradas firman los asuntos que la Sala vota sea los martes, los miércoles y los viernes

8. Un Mensaje final?

“No nada más decir que es fundamental que los habitantes de la República todos los funcionarios públicos tengamos siempre una actitud de defensa de la Sala Constitucional, del tribunal, porque nosotros somos personas que estamos transitoriamente, pero la Sala es fundamental, es crucial para mantener el estado constitucional de derecho y nosotros como sociedad no podemos ir hacia atrás, debemos que ir hacia adelante en lo que atañe al respeto y a la tutela efectiva de los derechos fundamentales que están en la Constitución y en los instrumentos internacionales también algo muy importante es que tenemos que ir adelante siempre en la defensa del principio de supremacía constitucional y el valor normativo de la Constitución. Muchas gracias”

*Galería de fotos
de la Gala Constitucional*

Algunas conformaciones de la Sala constitucional



La primera integración de la Sala Constitucional que inició labores el 27 de setiembre de 1989, la conformaron los magistrados Jorge Baudrit Gómez, Luis Paulino Mora Mora, Rodolfo Piza Escalante, Juan Luis Arias Arias, Luis Fernando Solano Carrera, Alejandro Rodríguez Vega (presidente de la Sala en ese entonces) y Jorge Eduardo Castro Bolaños.



Personas que inicialmente ocuparon la Presidencia de la Sala
Constitucional

Rodolfo Piza Escalante, Luis Fernando Solano Carrera,
Alejandro Rodríguez Vega, Ana Virginia Calzada Miranda
(actual Presidenta) y Luis Paulino Mora Mora.



Los magistrados Adrián Vargas Benavides, Ernesto Jinesta
Lobo, Luis Paulino Mora Mora, Gilbert Armijo sancho,
Fernando cruz castro, las magistradas ana virginia calzada,
rosa Abdelnour Granados (suplente)



La actual Sala Constitucional Magistrada Martha Esquivel Rodríguez (suplente), Magistrados Luis Fernando Salazar Alvarado, Paul Rueda Leal, Fernando Castillo Víquez. Presidente Sala Constitucional, Fernando Cruz Castro, Magistrada Nancy Hernández López y Magistrado Jorge Araya García

MAGISTRADA Y MAGISTRADOS QUE HAN OCUPADO LA PRESIDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL



Magistrado Alejandro Rodríguez Vega 1989-a 1992. Promovió una fuerte labor de capacitación y educación en todo el país para dar a conocer la Sala Constitucional.



Magistrado Luis Paulino Mora Mora 1992 a 1999. Durante su presidencia se emprendieron acciones para mejorar el acceso de la población a la justicia constitucional.



El ex magistrado Rodolfo Piza Escalante asumió la presidencia de la Sala durante el período 1999-2001. Falleció en el 2002. A don Rodolfo se le considera el arquitecto de la Sala Constitucional, la diseñó y trabajó para lograr su mejor funcionamiento.



Magistrado Luis Fernando Solano Carrera 2001-2008,
quien se centró en promover la informatización de los procesos
que tramita la Sala.



Magistrada Ana Virginia Calzada Miranda 2008-2013. Primera
mujer y única hasta la Fecha que ha ocupado la presidencia de la
Sala Constitucional.



Magistrado Gilbert Armijo Sancho 2013-2015



Magistrado Ernesto Jinesta Lobo 2015.2018



Magistrado Fernando cruz castro



Magistrado Fernando Castillo Víquez.

La segunda magistrada de la Sala Constitucional



En 30 años de existencia de la Sala la Magistrada Nancy Hernández López es la segunda mujer en ocupar el cargo de Magistrada de la Sala. Su trayectoria se remonta desde los inicios de la sala, primero como asistente del Ministro de Justicia don Luis Paulino Mora y luego como letrada de éste y de don Rodolfo Piza Escalante.

INSTALACIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL



*Reseña de Libros
e Investigaciones*

RETOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL



Dr. Victor Orozco Solano

La presente obra plantea un estudio de temas relacionados con la justicia constitucional y convencional: Antecedentes históricos del control político y jurídico de constitucionalidad en Costa Rica; Análisis de las competencias de los Tribunales Constitucionales europeos; Pluralismo constitucional y protección de los derechos humanos; y, El valor de la jurisprudencia como fuente del derecho.

CONSTITUCIONALISMO Y NUEVOS DERECHOS

Coordinadores

MS.c. Martha Cecilia Paz (Magistrada auxiliar de la Corte Constitucional Colombiana)

Dr. Haideer Miranda Bonilla (Asesor del Despacho de la Presidencia, Poder Judicial Costa Rica)



El libro refleja el pensamiento de autores de América Latina y Europa en torno a la construcción, contenido y hermenéutica de los nuevos derechos comúnmente denominados derechos emergentes o derechos en expectativa, y de las normas sin nombre que hoy impactan a las cláusulas férreas de muchas constituciones democráticas. Así, los derechos de los animales, de los ríos, al medio ambiente, al agua, al internet, al consentimiento informado, a la verdad y muchos otros atados a las garantías superiores de libertad, igualdad y dignidad, son algunos de los temas tratados que con seguridad abrirá otros horizontes en el estudio del derecho constitucional contemporáneo.

En la obra participaron reconocidos académicos europeos como los doctores Francesco Dal Canto, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Pisa, Italia, Luis Cucarella Galiana, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, España, Michele Zezza, Lorenzo Nannipieri, Antonello Lo Calzo, Ugo Adamo, profesores de derecho constitucional en prestigiosas universidades italianas y la

doctoranda Giulia Battaglia, investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa.

Por América Latina participaron además de los coordinadores del libro, el Dr. Enrique Ulate Chacón, Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Costa Rica (UCR), el Dr. Luis Armando Tolosa Villalba, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, el M.Sc. Daniel Alvarez Toledo, letrado en la Suprema Corte de la Nación de México, el M.Sc. Hugo Escobar Fernández de Castro, Magistrado Auxiliar de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), así como los Letrados del Tribunal Supremo de Elecciones (TSE), M.Sc. Mario Matarrita Arroyo, M.Sc. Alejandro Robles Leal, y José Gabriel Montero Rodríguez quien actualmente cursa la Maestría en Derecho Público (UCR).

El prólogo del Dr. Eduardo Andrés Velandia Canosa, Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y fue publicado por la Editorial colombiana Ediciones Nueva Jurídica y corresponde al No. 38 de la colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

Próximamente, estará disponible en librerías jurídicas del país.

*Personas que
colaboraron
en este número*

PERSONAS QUE COLABORARON PARA ESTE NÚMERO

MS.c. Maricruz Barquero Kepfer. Letrada de la Sala Constitucional desde el 2005, a la fecha. Actualmente labora como profesional asistente de la Presidencia de la Sala Constitucional. Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Especialista y máster en Derecho Constitucional y Justicia Constitucional de la Universidad Castilla La Mancha, España. Graduación de honor en el Magíster de Derecho Constitucional, en la Universidad de Costa Rica. Diploma de Estudios Avanzados del Programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad Castilla-La Mancha, España. mbarquerok@poder-judicial.go.cr

MS.c. Fernando Castro Padilla. Letrado de la Sala Constitucional desde 1999, a la fecha. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España). Tesis doctoral aprobada con la máxima distinción sobresaliente cum laude. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Cuenta, además, con una maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia, una maestría en Justicia Constitucional por la Universidad de Costa Rica, un máster en Derecho y Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España) y un máster en Ciències Jurídiques por la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España). fcastro@poder-judicial.go.cr

Licda. María Fernanda Monge Rodríguez. Letrada en la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial. Licenciada en Derecho con Énfasis en Ciencias Forenses por la Universidad de Costa Rica. Egresada de la Maestría Profesional en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. fmongerodriguez29@gmail.com

Dr. Ignacio Monge Dobles. Doctor en Derecho Comercial. Miembro del Comité de Excelencia Académica y de la Comisión de Derecho Civil y Mercantil del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Socio de la firma de Abogados Facio & Cañas.

MS.c. Tomás Federico Arias Castro. Doctorando en Derecho Constitucional, máster en Ciencias Políticas y licenciado en Derecho. Coordinador y docente de la Cátedra de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, docente de Historia del Derecho Costarricense de la Universidad Escuela Libre de Derecho, docente de la Maestría en Diplomacia del Ministerio de Relaciones Exteriores, docente de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia y docente de Historia de la Masonería de la Escuela de Estudios Generales de la Universidad de Costa Rica. Presidente de la Editorial Costa Rica en representación de la Universidad de Costa Rica, Presidente de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, integrante de la Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas, Académico de Número de la Academia Morista Costarricense e integrante de la asociación “La Tertulia del 56” dedicada a la historia de la Campaña Nacional contra los Filibusteros (1856-1857) y la figura del Presidente Juan Rafael Mora Porras. Integrante de la Sociedad de Amigos de la Academia Mexicana de la Historia y especialista en historia bilateral entre las repúblicas de Costa Rica y México con énfasis en las épocas del siglo XIX y la Revolución Mexicana. tomas.crmx@gmail.com

Haideer Miranda Bonilla Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia, tesis aprobada con distinción summa cum laude. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y especialista en Estudios Internacionales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Además, ha realizado una serie de estancias profesionales en la Corte Constitucional Italiana, en el Tribunal Constitucional Español, en la Corte Constitucional Colombiana, en la Suprema Corte de la Nación de México y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asesor del Despacho de la Presidencia del Poder Judicial de Costa Rica, Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos www.derechocomunitario.ucr.ac.cr. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho (UCR). Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

Dr. Alfonso Herrera García Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Posgrado en la Universidad Panamericana y de la Universidad Iberoamericana (Cd. de México). Investigador Nacional nivel I del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). Twitter: @jAlfonsoHerrera

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano. Juez Contencioso Administrativo. Profesor de la Cátedra de Derecho Constitucional, sede de Occidente, Universidad de Costa Rica. victorozcocr@gmail.com

MS.c. Alfonso Chacón Mata Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de la Maestría en Derechos Humanos y Educación para la Paz, Idela-Universidad Nacional. Máster en Protección Internacional de Derechos Humanos, Universidad de Alcalá de Henares de España y Máster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la UNED. Presidente del Comité Ético Científico de la Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: achaconm@yahoo.com y alfonso.chaconmata@ucr.ac.cr

M. Sc. Luis Mariano Argüello Rojas. Doctorando en Derecho y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Tiene una especialidad en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica (UCR) y es licenciado en Derecho con Énfasis en Derechos Humanos por esta misma Universidad. En el 2011, fue medalla de honor y obtuvo el primer promedio del Sistema de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Todas sus graduaciones han sido con distinción. Desde el 2012, es juez de la República y ha desempeñado su cargo en la Jurisdicción Civil y Contencioso Administrativa. A partir del 2015, es profesor de Derecho en la UCR (Sede de Occidente). Es autor de diversos artículos de investigación publicados en varios países de Latinoamérica. Director de varios TFG en la UCR. Miembro de la Asociación Costarricense de la Judicatura. Correos electrónicos: luis.arguellorojas@ucr.ac.cr / arguellomariano@gmail.com

MS.c. Gabriel Ortega Monge. Licenciado en Derecho y estudiante de la carrera de Filosofía, Universidad de Costa Rica. Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Actualmente cursa una Maestría en Criminología en la UNED. Juez interino. gabriel.jom@hotmail.es

Licda. Laura Cervantes Ocampo es egresada de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y jueza de tribunal penal. lcervanteso@poder-judicial.go.cr

Licda. Karen Zamora Gallo es egresada de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y abogada de la Contraloría General de la República. karensusana1@yahoo.es

MS.c. Kimberly Porras Molina es máster en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y defensora pública. kimporrasm@gmail.com

Lic. Freddy Calderón Chávez es egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y juez de tribunal penal. fcalderonch@poder-judicial.go.cr

Lic. Ileana Bejarano Ugalde. Licenciada en Enfermería y Derecho, especialista en derecho Notarial y registral. Tiene dominio avanzado del idioma inglés y actualmente cursa el nivel intermedio en idioma alemán. Se desempeñado tanto en el sector público como en el sector privado, en temas que combinan ambiente, salud y derecho. ilebejarano@gmail.com

Dr. Ricardo Antonio. Madrigal Jiménez. Doctor en derecho y derecho administrativo, con estudios de postgrado en penal, constitucional y derecho administrativo. Maneja varios idiomas. Ha trabajado tanto como para el ejercicio privado como para la Administración Pública y para la Administración Judicial, tanto en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el Ministerio Público, como en la Judicatura (tanto en materia Penal como Contenciosa Administrativa), exmagistrado suplente de la Sala Constitucional; actualmente es Juez en el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. dramadrig@gmail.com

M. Sc. José Esteban García Acosta. Licenciatura en Derecho: Universidad de las Ciencias y el Arte. Master en Derecho Penal, Universidad Internacional de las Américas. Se ha desempeñado como Defensor Público y Juez Penal de la etapa preparatoria e intermedia. Actualmente funge como Juez del Tribunal de Juicio. jgarciaa@poder-judicial.go.cr

Lic. Ileana Bejarano Ugalde .Licenciada en Enfermería y Derecho, especialista en derecho Notarial y registral. Tiene dominio avanzado del idioma inglés y actualmente cursa el nivel intermedio en idioma alemán. Se desempeñado tanto en el sector público como en el sector privado, en temas que combinan ambiente, salud y derecho. ilebejarano@gmail.com

Dr. Ricardo Antonio. Madrigal Jiménez. Doctor en derecho y derecho administrativo, con estudios de postgrado en penal, constitucional y derecho administrativo. Maneja varios idiomas. Ha trabajado tanto como para el ejercicio privado como para la Administración Pública y para la Administración Judicial, tanto

en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el Ministerio Público, como en la Judicatura (tanto en materia Penal como Contenciosa Administrativa), exmagistrado suplente de la Sala Constitucional; actualmente es Juez en el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. drramadrig@gmail.com

Dra. Vilma Alpizar Matamoros. Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica, abogada y notaria, doctora en Educación con Énfasis en Mediación Pedagógica de la Universidad De La Salle; profesora en la Universidad de Costa Rica de Historia del Derecho; profesora y coordinadora de la Cátedra de Derecho de Familia y Problemas Actuales de Derecho de Familia; profesora en la Maestría de Derecho Constitucional de la UNED y de la Maestría en Diplomacia del Ministerio de Relaciones Exteriores, exprofesora y exdecana de Derecho de la Universidad De La Salle; exintegrante de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas (2014-2015), directora de la Revista Judicial del Poder Judicial. valpizar@yahoo.com

NORMAS BASICAS DE PUBLICACION EN LA REVISTA JUDICIAL

El Consejo Editorial de la Escuela Judicial comunica los siguientes lineamientos que las personas colaboradoras deben seguir para la edición de los artículos o ensayos de sus publicaciones en la Revista Judicial.

Objetivo general.

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 (junio y diciembre) y los artículos a valorarse se reciben con seis meses de antelación a la publicación.

FORMATO DEL ARTÍCULO

- Deben presentarse los textos con interlineado 1.5.
- El tipo de letra utilizado debe ser times o times new roman 12.
- El tamaño de la página (márgenes) será el utilizado en word tamaño carta. Los márgenes estándar que debe tener el papel de carta son los siguientes: Margen superior e inferior de 2,5 cm, Margen derecho e izquierdo de 3 cm.
- El artículo tendrá una extensión entre 10 y 30 páginas.
- Excepcionalmente se podrá publicar artículos de mayor extensión, pero deberá mediar una justificación de la dirección de la Revista por dicha decisión.
- La persona postulante deberá adjuntar debidamente firmada la carta que aparece en el anexo 1.
- Con el fin de alcanzar eficacia comunicativa, se debe redactar el texto en forma clara, sencilla y sin ambigüedades. Es conveniente evitar construcciones recargadas y oraciones muy extensas.
- El texto puede estar dividido en partes y secciones que faciliten su comprensión, y cada sección, si procede, puede dividirse en subsecciones.
- Se presenta la bibliografía al final del artículo y se elabora de acuerdo con las especificaciones que correspondan. Ver Anexos 3 y 4.
- Se debe emplear el lenguaje inclusivo y se debe evitar la utilización de paréntesis por ejemplo: trabajador(a). Ver Anexo 5.

Enviar junto con el artículo un pequeño curriculum.

NORMAS CHICAGO O APA

La persona autora podrá elegir al momento de escribir su artículo entre las normas Chicago (sistema notas al pie) o Apa o según le resulte más cómodo; pero en ninguna forma podrá mezclar ambas normas. Ver anexos 3 y 4

ESTRUCTURA DEL ARTICULO.

(Ver anexo 2 ejemplos)

A. Partes del artículo:

- Título: claro y conciso.
- Autor o autora: escribir el nombre completo sin títulos académicos y el correo electrónico
- Resumen: En un solo párrafo, se deben redactar el objetivo del trabajo y las conclusiones en menos de 120 palabras en letra times 10 minúscula. Debe ser claro y explicativo.
- Palabras clave: 5-7 palabras clave separadas por punto y coma.
- Título: en inglés
- Abstract: Debe ser exacto al resumen en inglés.
- Keywords: palabras clave en inglés.
- Introducción
- Desarrollo
- Conclusiones
- Bibliografía

Procedimiento:

Los artículos serán revisados por personas evaluadoras del Poder Judicial o externas. Si no cumple con los requisitos mínimos será rechazado. Si se recomiendan correcciones tendrá quince días naturales para hacerlas.

Las personas valoradoras dictaminarán sobre los siguientes aspectos:

- Un alto contenido académico.
- El aporte de tesis o conocimientos nuevos sobre el tema.
- Las afirmaciones respaldadas con argumentos, teoría o por investigación fáctica.
- La relevancia del trabajo en su campo.
- Un buen uso del idioma.
- Uso de lenguaje inclusivo.
- Una exposición clara.
- Una buena organización de las ideas.
- El empleo de las normas de publicación de artículos científicos avaladas por el Consejo Editorial

La recepción del artículo de las personas autoras postulantes, no implica el compromiso de publicación automática por parte de la Revista Judicial. El artículo deberá ser original e inédito. La persona autora deberá enviar conjuntamente con su trabajo la carta de presentación de artículo del anexo 1.

ANEXOS

ANEXO 1. Modelo de carta de presentación de artículo

(Ciudad), (día) de (mes) de (año)

Sra

Directora de la Revista Judicial o Consejo Editorial

Quien suscribe (nombre completo, nacionalidad, número de cédula, profesión, ocupación, dirección, correo electrónico y teléfonos. Indicar el puesto y el nombre de la oficina donde trabaja), presenta el siguiente artículo titulado.....para que sea evaluado y determinen si califica para su publicación en la Revista Judicial. El objetivo de este trabajo ha sido.....y se han encontrado los siguientes hallazgos.....por tanto, la importancia del artículo radica en que...
.....

Este artículo es original e inédito, y no ha sido presentado en ninguna otra revista o medio para su publicación. El documento ha sido elaborado por quien suscribe; y por tanto, no es propiedad ni total ni parcialmente de terceros. Tampoco se han violado normas éticas antes, durante o después de la realización de la investigación. En mi condición de persona autora asumo la responsabilidad legal en el caso de que el material presentado sea copia, quedando la Revista Judicial libre de toda responsabilidad.

Por tanto, en consecuencia con lo anteriormente dicho, cedo los derechos de publicación de modo exclusivo a la Revista Judicial, para que se responsabilice de la impresión, distribución e inclusión en bases de datos nacionales e internacionales del trabajo presentado.

La revista se compromete a incluir el nombre de la persona autora y sus datos respectivos, siempre que el artículo sea aceptado para su publicación en el volumen que haya sido considerado pertinente por la dirección de la Revista.

Atentamente

Firma

ANEXO 2 EJEMPLOS DE FORMATO

RESUMEN

Este artículo analiza dos pronunciamientos de la Sala Constitucional, donde se denota una solución del conflicto a partir del contenido con que se “lleanan” las normas jurídicas, para mostrar que el ejercicio hermenéutico propio de la función jurisdiccional no tiene recetas, ni pautas unívocas, solo un sujeto que interpreta. Además, se defiende el “juicio” como punto de convergencia de factores técnicos, convicciones personales, “pre-juicios” y “pre-concepciones”; como el resultado de una exégesis favorablemente “viciada” por elementos ajenos a lo jurídico.

Palabras claves: Realismo jurídico / interpretación judicial / juez constitucional / concepto de familia / interpretación evolutiva / interpretación creativa.

ABSTRACT

This article analyzes two pronouncements by the Constitutional Court, providing a conflict solution based on the content that “fills” the legal rules, just to reflect that hermeneutic practice pertaining to the legal function has no recipes, no univocal patterns, but just one subject who judges. Furthermore, it defends “judicio” as the common ground of technical factors, personal convictions, “prejudice” and “pre-conceptions”, as a result of an interpretation of the law propitiously “flawed” by external non-juridical elements.

Keywords: Legal realism / judicial interpretation / constitutional judge family concept / evolutionary interpretation / creative interpretation

ANEXO 3 NORMAS APA

Las notas deben incluirse en el texto entre comillas. Entre paréntesis se indicará (Apellido del autor, año de publicación del libro, página)

Ej. (Capra, 1998, p.8)

Las referencias bibliográficas deberán colocarse al final del artículo, en orden alfabético, siguiendo el modelo APA: Apellido y nombre del autor. (Año de publicación). Título en cursiva (ed.). Lugar: editorial

Ej.

Capra. F. (1998) El punto crucial. Buenos Aires: Troquel S.A.

Maturana, H. y Varela F. (1984). El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano. Chile: Dolmen S.A.

REVISTAS

Apellido, A. (Fecha). Título del artículo. Nombre de la revista. Volumen(Número), pp-pp.

Ej.

Newman, V. (13 de noviembre de 2010). La información: ¿en la urna de cristal?. Semana, (15), p. 10.

ARTICULO DE REVISTA ONLINE

Coronell, d. (2011, 29 de enero). Una decisión contraevidente. Semana. Recuperado de <http://www.semana.com/>

PERIODICO

Apellido A. A. (Fecha). Título del artículo. Nombre del periódico, pp-pp

Ej.

REFERENCIAR UN ARTICULO DE PERIÓDICO IMPRESO CON AUTOR:

Manrique Grisales, J. (14 de noviembre de 2010). La bestia que se tragó Armero. El Espectador, pp. 16-17.

PERIÓDICO IMPRESO SIN AUTOR:

Drogas genéricas. (25 de septiembre de 2010). El Tiempo, p. 15

ARTICULO DE PERIÓDICO ONLINE:

Bonet, E. (2 de febrero de 2011). Miles de personas oran en la plaza Tahrir de El Cairo. El Tiempo. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/>

PAGINA WEB

En el texto: (Andrade, 2017)

Referencia:

Nombre del autor. Título del trabajo. (dirección internet y fecha de consulta)

Benavides, D. (2017). Derecho Procesal Familiar. En: <http://poderjudicial.go.cr> [Consultado 9 Feb. 2017].

Ver: NORMAS APA 2016: <http://normasapa.net/normas-apa-2016/>

GENERADOR AUTOMÁTICO: <http://www.citethisforme.com/es>

ANEXO 4. NORMAS CHICAGO

1. NOTA AL PIE DE PÁGINA:

Número de nota al pie. Nombre, Apellido de la persona autora. Título del libro en cursiva (ciudad de publicación: nombre de la editorial, año de publicación), página (s).

CITA BIBLIOGRÁFICA DE UN LIBRO:

Apellido, nombre de la persona autora. Título del libro en cursiva. Ciudad de publicación: nombre de la editorial, año de publicación.

2. NOTA AL PIE DE UN ARTÍCULO DE REVISTA

Número de nota al pie. Nombre, apellido. “Título del artículo. Nombre de la revista en cursiva, número del volumen, número de publicación (año): página (s) que estás citando.

CITA BIBLIOGRÁFICA DE UN ARTÍCULO DE REVISTA:

Apellido, nombre de la persona autora. “Título del artículo”. Nombre de la revista en cursiva, número del volumen, número de la publicación (año), página (s) que estás citando.

3. NOTA AL PIE DE UN ARTÍCULO DE PERIÓDICO:

Número de nota al pie. Nombre, apellido del autor. “Título del artículo”. Nombre del periódico en cursiva (ciudad, estado), mes, día, año.

NOTA BIBLIOGRÁFICA DE UN ARTÍCULO DE PERIÓDICO.

Apellido, nombre del autor. “Título del artículo”. Nombre del periódico en cursiva (ciudad, estado) mes, día, año.

4. NOTA AL PIE PARA UNA PÁGINA DE INTERNET:

mes, día, año del acceso, dirección completa de la web .

NOTA BIBLIOGRÁFICA PARA UNA PÁGINA DE INTERNET:

Apellido, nombre del autor. “Título de la página”, nombre del sitio en cursiva, mes, día, año del acceso, dirección completa de la web.

Consejos

Deberán numerarse las notas al pie consecutivamente a lo largo del trabajo, comenzando con “1”. No se debe empezar la numeración en cada página.

Si está citando un trabajo con más de una persona autora, debe invertirse solamente el nombre de la primera listada. Los nombres de las notas al pie siempre deben aparecer comenzando con el nombre; por ejemplo:

John Smith y Jane Smith

ANEXO 5. LENGUAJE INCLUSIVO

En relación con el uso de lenguaje inclusivo, se debe evitar la utilización de paréntesis, por ejemplo: trabajador(a).

Los facultativos y las enfermeras del hospital [...]
El personal facultativo y de enfermería del hospital [...]

El hombre tiene una dotación cromosómica [...]
La especie humana tiene una dotación cromosómica [...]

En el siglo XX, el hombre ha avanzado notablemente.
En el siglo XX, la humanidad ha avanzado notablemente.

Los abogados presentaron la propuesta.
Las y los profesionales en Derecho presentaron la propuesta.

Los defensores públicos redactaron sus argumentos.
Las defensoras y los defensores públicos redactaron sus argumentos.

Para no recargar el texto, se pueden utilizar varias alternativas:
Los usuarios se presentaron a la hora indicada.
Las personas usuarias se presentaron a la hora indicada.

Las juezas y los jueces estuvieron de acuerdo.
Las personas juzgadoras estuvieron de acuerdo.
El tribunal estuvo de acuerdo.
Siempre que sea posible, es preferible el uso de nombres colectivos:

Los profesores de la Universidad de Barcelona.
El profesorado de la Universidad de Barcelona.
Los alumnos de la Facultad de Ciencias Sociales.
El alumnado de la Facultad de Ciencias Sociales.

Los ciudadanos demuestran solidaridad.
La ciudadanía demuestra solidaridad.

En ocasiones, conviene realizar distinciones claras:
El personal de enfermería practica las observaciones microscópicas ordinarias.

El personal de enfermería y el personal técnico practican las observaciones microscópicas ordinarias.
Recientemente tres especialistas se han incorporado al laboratorio.

Recientemente una analista clínica, un bioquímico clínico y una microbióloga se han incorporado al laboratorio.



PODER JUDICIAL DE COSTA RICA
Escuela Judicial
"Lic. Édgar Cervantes Villalta"