

Poder Judicial

N° 128

ISSN 2215-2385

Revista Judicial

JUNIO 2020

REVISTA JUDICIAL

ISSN 2215-2385

Nº 128

Junio 2020

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

CONSEJO EDITORIAL
Presidencia del Consejo Editorial
Licda. Rebeca Guardia Morales,
directora a.i. Escuela Judicial

Suplente
Licda. Kattia Escalante Barboza
Subdirectora a.i. de la Escuela Judicial

Dra. Shirley Víquez Vargas
Integrante Consejo Directivo Escuela Judicial.
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. 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
Nº128
Fundada en 1976
ISSN: 2215-2385

Edición preparada por la Escuela Judicial
Poder Judicial

Publicación semestral

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

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

Diseño de la portada:
Raúl Barrantes Castillo

Diagramación e Impresión:
Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial

Colaborador:
Román Bresciani Quirós

Revisión filológica de los artículos:
Licda. Irene Rojas Rodríguez

© Edición aprobada por el Consejo Editorial de la Revista Judicial

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

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

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

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

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

PRESENTACIÓN **7**

I. ARTÍCULOS. **9**

EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. **11**
Dr. Fernando Cruz Castro

LAS MEDIDAS CAUTELARES DE EXTREMA URGENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. **27**
MSc. Alex Rojas Ortega

CAUSAS DE LA INEFECTIVIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA. **39**
MSc. Álvaro Sagot Rodríguez

CULTURA JURÍDICA Y CONSTRUCCIÓN DE LA INDIGENEIDAD EN EL PODER JUDICIAL COSTARRICENSE. **67**
MSc. Mónica María Pérez Granados

UN CLARO EJEMPLO DE ENGAÑAPICHANGA EN MATERIA DE DERECHOS DE GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS. EL PAPEL DE LA MUJER EN LA MODERNIDAD CON ESPECIAL REFERENCIA A LA ILUSTRACIÓN. **87**
Ll.M. Luis Alonso Salazar Rodríguez

EL JURADO **105**
MSc. Rodolfo Solórzano Sánchez

UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA **135**
MSc. Luis Mariano Argüello Rojas y MSc. Frank Harbottle Quirós

ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL RECLAMO ALIMENTARIO DE LAS MUJERES EN UNIÓN DE HECHO NO RECONOCIDA JUDICIALMENTE. **159**
MSc. José Miguel Fonseca Vindas

PROPUESTAS SOBRE EL ARRESTO DOMICILIARIO CON MONITOREO ELECTRÓNICO: APLICACIÓN, PERMISOS DE SALIDA Y REVOCATORIA. 177
Lic. Felipe Ortega Monge

EL MERCADO DE VALORES Y EL DERECHO DEL MERCADO DE VALORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE. 199
Dra. Jennifer Isabel Arroyo Chacón

EL USO DE LA MARCA Y SU TRASCENDENCIA. 225
MSc. Mario Felipe Marín Cascante

TOLERANCIA CERO: ESTRATEGIAS ILUSORIAS SOBRE LA SEGURIDAD CIUDADANA. 251
MSc.Miguel Zamora-Acevedo

ACERCA DEL CONCEPTO NORMATIVO, "DELITO GRAVE". 283
MSc. Juan Luis Jiménez Chaves

II. ENTREVISTA 317

ENTREVISTA A LA DRA. ANAMARI GARRO VARGAS
Magistrada de la Sala Constitucional. 319

III. RESEÑA DE LIBROS O INVESTIGACIONES 325

IV. PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO. 327

V. NORMAS DE PUBLICACIÓN. 333

PRESENTACIÓN

Siempre que me corresponde hacer la presentación de un número de la Revista Judicial, me llena de gran satisfacción el saber que es un espacio de expresión de tantas personas, un medio para compartir los conocimientos adquiridos académicamente y por la experiencia en cada uno de los campos en que se desarrollan.

La Revista es un medio para publicar sus investigaciones, para contribuir por medio de sus artículos a la capacitación, para lograr un acercamiento a temas diversos y de diferentes campos ya que como lo hemos mencionado en otras ocasiones, nuestra pretensión es que sea un espacio para psicólogos, médicos, sociólogos, economistas y otros profesionales que trabajan en el Poder Judicial y que colaboran diariamente en lograr un mejor acceso a la justicia.

Esta edición se realiza en medio de una situación mundial, quizá solo imaginable en películas de ciencia ficción, en medio de una pandemia provocada por el Covid 19, que afecta al mundo entero y que ha cambiado nuestra vida y nuestra forma de trabajar.

Dentro de estas circunstancias, agradecemos profundamente a todas las personas colaboradoras, tanto funcionarias del Poder Judicial como abogadas y abogados, que se desempeñan como docentes, litigando, asesorando y en las demás funciones propias de nuestra profesión por el tiempo para escribir estos artículos y un especial agradecimiento al personal de Artes Gráficas del Poder Judicial que hace posible esta publicación y por supuesto al Consejo Editorial de la Revista.

Contamos en este número con artículos en diferentes campos tan interesantes y diversos como derecho constitucional, penal, contencioso administrativo, género, seguridad ciudadana, pensiones alimentarias, derecho de marcas, mercado de valores, el jurado, los derechos de la naturaleza y el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Además entre los articulistas contamos con el aporte del Presidente de la Corte Suprema de Justicia don Fernando Cruz, a quien le agradecemos especialmente su deferencia al escribir un artículo para esta publicación.

Entre otras secciones que se incluyen en esta publicación está la entrevista realizada en este caso a la Magistrada Anamari Garro Vargas, nombrada en febrero de este año en la Sala Constitucional y la reseña de libros dedicados al tema de derecho procesal de familia.

Como siempre extiendo la invitación a escribir y publicar sus artículos, a compartir con nosotros libros para reseñar o investigaciones de interés. Sabemos que cada día hacen grandes esfuerzos por continuar brindando un buen servicio desde sus lugares de trabajo, por lograr una justicia pronta y cumplida, pero también

sabemos que no es fácil. Desde esta que es su revista enviamos una voz de aliento, con la esperanza de superar este momento amargo para la humanidad con el deseo de que sea una oportunidad de reinventarnos, de reflexionar, tiempo para escribir y para retomar nuestros valores familiares.

Dra. Vilma Alpízar Matamoros
Directora de la Revista Judicial.

Artículos

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 11-26 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Dr. Fernando Cruz Castro *
presidencia@poder-judicial.go.cr

RESUMEN

El presente estudio asume que el juez constitucional al tutelar los derechos humanos es un actor privilegiado en la realización del control de convencionalidad que debe realizarse a nivel nacional.

Palabras claves: Control de convencionalidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derechos humanos, diálogo judicial, Sala Constitucional de Costa Rica.

ABSTRACT

The present study assumes that the constitutional judge, in protecting human rights, is a privileged actor in carrying out the control of conventionality that must be carried out at the national level.

Keyword: Conventional control, Inter-American Court of Human Rights, human rights, judicial dialogue, Constitutional Chamber of Costa Rica.

Recibido 2 de junio de 2020 Aceptado 11 junio 2020

*Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Magistrado de la Sala Constitucional. Doctor en Derecho Penal por la Universidad Complutense de Madrid.

** Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo representan criterios académicos del autor.

SUMARIO: **1.** Introducción. - **2.** La Sala Constitucional garante de los derechos humanos. - **3.** El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. - **4.** El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. - **5.** El juez constitucional como garante de la convencionalidad. - **6.** Conclusiones.

1. Introducción

En nuestra historia constitucional, conmemoramos recientemente tres fechas de gran importancia, el 70 aniversario de la promulgación de nuestra Constitución Política, el 30 aniversario de la Sala Constitucional, es decir, el órgano jurisdiccional encargado de hacer respetar la carta magna, así como el 50 aniversario de la promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comúnmente conocido como el "Pacto de San José," por medio del cual, se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos –órgano jurisdiccional– del Sistema Interamericano de Derechos Humanos[1].

Si el principio de legalidad fue la principal conquista del derecho público en el siglo XIX, el surgimiento de jurisdicciones constitucionales y convencionales en la mayoría de los países del mundo es el mayor legado del siglo XX.

En este sentido, el surgimiento de Cortes, tribunales y Salas Constitucionales en Europa y en América Latina, caracterizado por el jurista italiano Mauro Cappelletti como la "*jurisdicción de la libertad,*"[2] ha fortalecido la dignidad de las personas, la protección de sus derechos fundamentales y ha limitado la arbitrariedad de los poderes públicos y privados. Esto se complementa con el surgimiento de jurisdicciones convencionales regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

El presente estudio asume que el juez constitucional, al tutelar los derechos humanos, es un actor privilegiado en la realización del control de convencionalidad que debe realizarse a nivel nacional. El control de convencionalidad trasciende la voluntad política de los poderes nacionales, en esta misión enfrentan los tribunales constitucionales muchos condicionantes y limitaciones, especialmente cuando se trata de derechos económicos y sociales.

2. La Sala Constitucional garante de los derechos humanos

En el ordenamiento jurídico de Costa Rica el control de constitucionalidad de las normas tiene un carácter concentrado y es ejercido en última instancia por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Es este órgano especializado que lleva a cabo la protección de los derechos humanos; es una instancia judicial creada con la reforma que se llevó a cabo en el mes de mayo de 1989, reformando los artículos 10 y 48 de la Constitución. Ha sido la creación de esta nueva jurisdicción constitucional la que ha puesto en marcha, la revolución jurídica de mayor relevancia, no

sólo en el campo del derecho constitucional y público de Costa Rica en general, sino también en el esquema de sus poderes públicos y de sus principales instituciones políticas, sociales, incluso económicas y culturales.

En el ordenamiento jurídico de Costa Rica, el control de constitucionalidad de las normas tiene un carácter concentrado y es ejercido en última instancia por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Este órgano especializado, que lleva a cabo la protección de los derechos humanos, fue creado con la reforma de los artículos 10 y 48 de la Constitución, la cual se realizó en mayo de 1989.

La creación de esta nueva jurisdicción constitucional ha sido la que ha puesto en marcha la mayor revolución, no solo en el campo del derecho constitucional y público de Costa Rica en general, sino también en el esquema de sus poderes públicos y de sus principales instituciones políticas, sociales, incluso económicas y culturales[3]

En este sentido, quiero reconocer el gran legado que dejaron todos aquellos que hicieron posible la reforma constitucional de los artículos 10 y 48 de la Constitución y la promulgación de una Ley de la Jurisdicción Constitucional de avanzada que permitió, por ejemplo, el acceso directo del individuo a través de un "recurso de amparo" con amplios criterios de legitimidad que es reconocido a nivel internacional como un ejemplo exitoso de acceso a la justicia y de respeto a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Fue una reforma relevante, trascendental. Se asumió un riesgo y se creó un cauce jurídico político para asumir las tensiones sociales, abriendo una puerta para que el sistema jurídico político tenga mayor legitimidad y exista una tutela jurisdiccional de la constitución[4].

Hay un antes y un después en nuestro ordenamiento jurídico con la creación de nuestro Tribunal Constitucional. En palabras del magistrado Fernando Castillo Víquez, actual presidente, la reforma constitucional y legal que permitió la creación de la Sala Constitucional "ha sido la reforma política y jurídica más importante de los últimos cincuenta años".

Desde su inicio, en septiembre de 1989, la Sala Constitucional le ha dado "fuerza normativa a la Constitución" garantizando el respeto de los derechos, principios y valores reconocidos en nuestra Constitución, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Lo anterior pone en evidencia que la Constitución es "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. La vitalidad de la constitución permite adaptarse a los cambios políticos y sociales, sin perder de vista el pluralismo y la democracia. Esta apertura a los derechos humanos es una ruta que permite visualizar el efecto expansivo de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento constitucional.

El parámetro del control de constitucionalidad se encuentra establecido en el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la cual determina:

> *La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica*.

Es en los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que se formalizó el control de convencionalidad, pues en el ejercicio de sus diferentes competencias, el juez constitucional tiene no sólo que verificar que se respete la Constitución, sino los Tratados Internacionales de Derechos Humanos reconocido como el Derecho de la Constitución. Ello presupone que nuestro ordenamiento jurídico se adelantó 17 años en la formalización del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia "Almonacid Arellano vs. Chile" del 26 de septiembre del 2016[5].

3. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El control de convencionalidad es un examen de compatibilidad entre la actuación nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir, entre los instrumentos normativos que conforman el "parámetro de convencionalidad"[6]. Es una función similar al control de constitucionalidad que realizan las Cortes y Salas Constitucionales cuando tienen que verificar la compatibilidad de la actuación o normativa con la Constitución. Lo anterior evidencia la influencia del derecho constitucional en el derecho internacional de los derechos humanos[7]. Un largo camino se ha recorrido, desde muy diversas fuentes, para constituir el legado de los derechos fundamentales; es la lenta construcción de la dignidad humana.

En la sentencia Almonacidad Arellano vs. Chile, la Corte Interamericana determinó:

> *La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación*

> *que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*[8].

Si bien fue en la sentencia en cuestión donde se reconoció por primera vez la doctrina del control de convencionalidad, con anterioridad algunos jueces interamericanos en sus votos particulares habían destacado su importancia[9]. No es fácil admitir que una norma supranacional, incide en el ordenamiento nacional. Se trata de un cambio político relevante que no lo define el parlamento, sino que lo determina una instancia jurisdiccional.

En la formalización y perfeccionamiento de este instituto vía jurisprudencial, se recurrió al método comparado, en particular a la utilización de jurisprudencia de Cortes o Tribunales Constitucionales de América Latina. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó cómo desde hace varios años, algunos órganos de justicia constitucional de la región han realizado un adecuado control difuso de convencionalidad, a fin de lograr la compatibilidad de la normativa nacional con el parámetro de convencionalidad, tal y como lo dispone el artículo 2 de la Convención Americana que obliga adaptar las disposiciones de derecho interno. Posteriormente, las características que informan el control de convencionalidad en sede nacional fueron perfeccionadas por la Corte IDH en sentencias como Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú; Heliodoro Portugal vs. Panamá; La Cantuta vs. Perú; Radilla Pacheco vs. México; Cabrera García y Montiel Flores vs. México; así como Furlán vs. Argentina en donde se indicó:

> *[…] tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana*[10].

Lo anterior demuestra cómo desde tiempo atrás, diversas Salas y Tribunales Constitucionales de la región han ejercido un adecuado y efectivo control de convencionalidad.

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter concentrado e internacional que, en última instancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce con fundamento en el principio de subsidiaridad, y otra de carácter difuso o nacional que deben ejercer los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, en particular, todas las autoridades nacionales y en donde los jueces constitucionales y ordinarios, tienen un rol preponderante para remediar aquellas graves violaciones de derechos fundamentales.

Por otra parte, el control difuso de convencionalidad tiene una serie de características, además de su

reconocimiento vía jurisprudencial: debe ser realizado de oficio, por todas las autoridades nacionales y en el respectivo ámbito de sus competencias. Lo anterior fortalece el principio de subsidiaridad, pues los Estados y sus diferentes órganos son los primeros garantes del respeto y protección de los derechos humanos, de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana.

Estas características han sido reconocidas y desarrolladas por nuestra jurisdicción constitucional. En particular, en la sentencia n.° 3441-2013, se afirmó:

> *[…] 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". De esta doctrina, cabe resaltar dos cuestiones relevantes, que son las siguientes: a) El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales, gozan del "margen de apreciación nacional", sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales*[11].

En sentido similar, en la sentencia n.° 6120-2013 se indicó:

> *[…] se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, normas provenientes del Derecho Internacional Público, lo cual ha expandido el "marco normativo" no solo para las partes procesales, sino también para los operadores jurídicos […] Esto nos lleva al tema del "control de convencionalidad",*

el cual no resulta ajeno a nuestro sistema, pues de una u otra forma este Tribunal lo ha ido implementando en forma paulatina durante los últimos años, de manera que puede afirmarse con certeza que la jurisprudencia constitucional se encuentra fundada no sólo en el reconocimiento de los derechos constitucionales, sino en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, la línea jurisprudencial del Tribunal y la normativa internacional incorporada a nuestro ordenamiento o promulgada por el Congreso, ha elevado a pauta hermenéutica, el principio del interés superior del menor, el cual debe orientar toda la labor no solo de los tribunales nacionales, sino también de la Administración Pública y proyectarse sobre aquellas actividades de los sujetos privados que sean de interés público. En el caso de los tribunales nacionales, el control de convencionalidad les permite mantener "un diálogo" constante entre los sistemas nacionales de protección de derechos humanos y los sistemas internacionales. En el caso de la jurisdicción de familia, los jueces de la República, deben ejercer ese "control de convencionalidad" y aplicar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, para que se pueda hacer efectivo el principio universal según el cual la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y los niños deben recibir la protección y la asistencia necesarias para lograr un adecuado desarrollo de su personalidad, de manera que posteriormente puedan asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad, como individuos independientes, imbuidos del espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad[12].

4. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional

La Sala Constitucional desde sus primeros años de funciones ha mostrado particular atención en la utilización de los instrumentos que conforman el derecho internacional de los derechos humanos reconociendo que no solamente tienen 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[13]. Lo anterior se rige de conformidad con el principio *pro homine* reconocido en el artículo 29 de la Convención Americana.

Los jueces constitucionales han establecido un carácter obligatorio a las opiniones consultivas y a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[14]. En este sentido, se ha declarado la inconstitucionalidad de normas por ser contrarias a criterios interpretativos desarrollados en su jurisprudencia por la Corte de San José.

En la sentencia n.° 2313-1995, la Sala Constitucional determinó:

> *[…] si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esa normativa, ya sea en un caso contencioso o en una mera opinión consultiva, tendrán en principio el mismo valor de la norma interpretada*[15].

Ese voto resaltó la importancia de que no solo se debía cumplir con lo dispuesto en el texto de la Convención Americana, sino también en los criterios interpretativos que eran los que le daban la vida a ésta. Esa tesis jurisprudencial fue reconocida posteriormente por la propia Corte Interamericana en la sentencia de supervisión de cumplimiento en el caso Gelman vs. Uruguay de marzo de 2013, en donde distinguió que sus sentencias en casos contenciosos tenían efectos directos e indirectos.

Asimismo, en la sentencia n.° 9685-2000, se refirió al contenido de la noción de instrumentos internacionales de derechos humanos del artículo 7 de nuestra Constitución determinando:

> *En este sentido hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los "instrumentos internacionales", significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional, sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país.*
>
> *En la sentencia n.° 7247-2006, se indicó que "los instrumentos internacionales de derechos humanos integran el parámetro de control de constitucionalidad".*

Por otra parte, la Sala Constitucional ha precisado los alcances de la implementación del control de convencionalidad en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, ha determinado en el voto n.° 16141-2013:

> *[…] 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. Esta transformación de las normas de la Ley de la Jurisdicción Constitucional no proviene de una decisión en el vacío, sino en atención a lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso, que impone este control a los jueces, y en consecuencia el Estado, debe actuar conforme16.

Asimismo, en la sentencia en cuestión, se indicó:

[…] 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 consultarle 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 conocimiento. En consecuencia, si la controversia proviene de una disposición de un tratado internacional, de las leyes o reglamentos, y éstos deben ser aplicados por el juzgador, si se determina de oficio alguna controversia, le corresponde elevar la consulta y resolverlas la Sala Constitucional. El juez debe hacer control de convencionalidad indirecto y abstracto, en el sentido de que, mediante un ejercicio intelectual, compara el texto de las normas del orden doméstico frente al internacional, sean disposiciones legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter, para determinar si existen incongruencias relevantes. El principio de jerarquía de las fuentes del derecho, la exigibilidad directa e inmediata de la Constitución Política, y el carácter supralegal de los tratados internacionales, permite que mediante los diferentes procesos que contiene la jurisdicción constitucional, poner de manifiesto la obligación de compatibilizar el ordenamiento jurídico con las disposiciones que gozan de mayor potencia y resistencia, de ahí, que es la vía jurisdiccional para eliminar las incongruencias de las normas cuyos efectos sean contrarios a esas disposiciones. Si la nulidad proviene de la incompatibilidad con la Constitución Política o un tratado internacional de Derechos Humanos (auto-aplicable o self-executing), la misma debe ser declarada por la Sala Constitucional, para que sus efectos sean permanentes y duraderos en el ordenamiento jurídico nacional". Con fundamento en lo anterior, la desaplicación de normas por control de convencionalidad le corresponde únicamente al Tribunal Constitucional17.

Este criterio demuestra, en primer lugar, como el juez constitucional le ha otorgado un valor "supraconstitucional" a los tratados internacionales de derechos humanos, en la medida en que brinden un mayor ámbito de protección al que ofrece la Constitución18. En segundo plano, señala el valor privilegiado que se les ha reconocido a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la jurisprudencia constitucional y, en tercer lugar, se aprecia que desde sus primeros años, la Sala Constitucional ha venido ejerciendo un control de convencionalidad, al declarar, en diferentes oportunidades, la inconstitucionalidad de una norma nacional por ser contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello con fundamento en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que integra al parámetro de constitucionalidad los tratados internacionales en derechos humanos. Es indudable que cuando un juez nacional tiene dudas de la compatibilidad de una norma nacional con el parámetro de convencionalidad, debe plantear una consulta judicial ante la Sala Constitucional.

Por otra parte, el juez constitucional utiliza con bastante frecuencias en sus sentencias instrumentos normativos de "soft y hard law" del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como la Declaración y la Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta Democrática Interamericana, el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Interamericana para Prevenir, 8Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "la Convención de Belém do Pará", la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la reciente Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, entre otros.

Asimismo, en la resolución de casos concretos, se ha utilizado jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para desarrollar la importancia del principio democrático, la protección de la libertad de expresión, el acceso a la información, las garantías del debido proceso y el derecho de defensa en el proceso penal y, en el procedimiento administrativo, los derechos de las minorías, la tutela de la orientación sexual, la protección del ambiente, así como la protección de grupos vulnerables, tales como personas adultas mayores, menores de edad, privados y privadas de libertad, personas refugiadas, migrantes, pueblos indígenas y población de afrodescendientes, entre otros.

Por su parte, en el desempeño de sus actuaciones, la Corte Interamericana recurre al método comparado al que tal y como afirma "*ha ido reconociendo cada vez más importancia en sus decisiones*"19 y ha utilizado la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de otras jurisdicciones constituciones de la región latinoamericana para formalizar el control de convencionalidad20, así como para tutelar a las personas adultas mayores, en la protección del derecho a la salud de las personas privadas de libertad y lo relacionado con los límites que tiene el Poder Legislativo en relación con los mecanismos de democracia directa y el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas.

Lo expuesto evidencia la existencia de un "diálogo jurisprudencial" o "judicial" entre la Sala Constitucional y la Corte Interamericana; es decir, entre las "Cortes de San José", el cual no está ajeno a conflictos interpretativos. Lo importante es que estas diferencias interpretativas no desencadenen en una guerra entre jurisdicciones21.

La armonización entre la jurisdicción constitucional y convencional no es fácil, requiere un fortalecimiento y respeto mutuo, en donde exista una sana retroalimentación entre ambas jurisdicciones a fin de garantizar una efectiva protección de los derechos humanos, pues no se trata de ver la relación en términos formales de jerarquía, sino en evidenciar cuál ofrece un mayor nivel de protección.

5. El juez constitucional como garante de la convencionalidad

La función de las Cortes, Salas y Tribunales Constitucionales y, en particular, del juez constitucional resulta esencial para la consagración del Estado Constitucional y Social de Derecho. El juez constitucional protagoniza la función de llevar adelante la óptima y eficaz realización de los procesos constitucionales en defensa de la Constitución y los valores superiores, en procura de hacer más efectivo el derecho y alcanzar la tan ansiada paz social en justicia22. A las jurisdicciones constitucionales se les acusa de un déficit de legitimación democrática. Ese déficit, para un sector de la doctrina constitucional, debe ser colmado mediante la motivación de las sentencias y el uso de argumentos de peso en el proceso decisional23, pues el juez es un actor silencioso que sólo habla a través de sus resoluciones. La legitimidad del juez constitucional tiene un estrecho vínculo con el contenido de la Constitución y su trascendencia jurídico-política. El juez constitucional en el ejercicio de sus funciones no sólo utiliza como parámetro la Constitución, sino la Convención Americana de Derechos Humanos, así como instrumentos de "soft y hard law" en materia de derechos humanos, situación que evidencia que es un actor privilegiado en el ejercicio del control difuso de convencionalidad.

En particular, pretendo desarrollar por cuestión de espacio dos recientes sentencias en donde considero que la Sala Constitucional llevó a cabo un adecuado control de convencional.

En el voto n.° 11568-2015, se declaró con lugar un recurso de *habeas corpus* interpuesto por un ciudadano venezolano residente en nuestro país en contra de quien se tramitaba un proceso de extradición, en el cual se determinó que no se respetaron las garantías del debido proceso ni el derecho de defensa.

En las razones adicionales de la resolución, estimé además que:

> ***1. El hecho que Venezuela haya denunciado la Convención Americana de Derechos Humanos, constituye una amenaza grave al respeto efectivo de los derechos fundamentales****. Un país que adopta una política que reduce los instrumentos que tutelan derechos fundamentales, tanto en su dimensión individual como social, no brinda las*

garantías y la confianza que requiere un proceso de extradición. Enviar a un ciudadano a un país que ha denunciado una Convención que tutela de derechos fundamentales, no brinda la confianza suficiente para admitir que el ciudadano que se entrega a otra jurisdicción, será tratado conforme a las garantías básicas que merece cualquier ciudadano, no importa su nacionalidad. ***2. El segundo punto es de gran relevancia, es el tema de la independencia de la judicatura; diversos informes de organismos internacionales señalan una debilidad notable de la independencia de la judicatura, situación que nuevamente no asegura el respeto de los derechos fundamentales de una persona sometida a un procedimiento de extradición, en las condiciones del caso que se examina****.*

En estas condiciones, el proceso de extradición posee vicios esenciales de orden jurídico político. *El amparado no enfrenta condiciones satisfactorias que aseguren que el Estado venezolano posee las condiciones para asegurar que ciudadano sometido a este proceso de extradición, enfrenta una acción represiva que responda a garantías básicas como la independencia de jueces y fiscales, que tenga la tutela debida del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al haber denunciado la Convención Americana de Derechos Humanos. No hay debido proceso si juzgan jueces nombrados sin estabilidad, si acusan fiscales provisionales, sin garantías que aseguren su independencia en tutela de los derechos fundamentales y la vigencia de un juicio justo.* ***La división de poderes que es la condición política básica que sustenta el propio enjuiciamiento penal, no existe bajo los supuestos que he reseñado****. No hay condiciones elementales que aseguren el equilibrio, la ponderación y los controles que requiere la actividad represiva del estado, razón por la que agrego estos argumentos para considerar que la privación de libertad bajo el mandato y voluntad del estado requirente, no es legítima en este caso, sino que contiene elementos que me demuestran que no hay condiciones institucionales que aseguren la defensa efectiva y los derechos fundamentales del amparado. (Lo resaltado no corresponde al original).*

Por otra parte, en las sentencias 12782 y 12783 del 2018, nuestra jurisdicción constitucional reconoció el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo al declarar la inconstitucional de la normativa del Código de Familia, el cual prohibía este tipo de uniones. Al respecto en la motivación de ambas resoluciones, se determinó que la normativa impugnada era inconstitucional por violación al derecho constitucional y convencional a la igualdad, la cual se expandía sobre el sistema jurídico-positivo e impedía el reconocimiento legal pleno de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. Este fue un tema de alta tensión política, produciéndose una fuerte contradicción

entre el control de convencionalidad y la visión que sobre el tema tienen un importante sector de la población.

6. Conclusiones

La Sala Constitucional tiene importantes retos de cara al futuro en la protección de los derechos humanos como la resolución de recursos pendientes en materias tan sensibles como la ambiental, los temas laborales y de pensiones, lo cual representa una tensión con el poder político y la protección efectiva de los Derechos Económicos y Sociales. No hay que olvidar que pueden existir consensos políticos que desean una determinada decisión de la Sala, en materia de poder, no caben ingenuidades. Esas son tensiones que el tribunal debe resistir. Estas tensiones se evidencian, por ejemplo, cuando debe ratificarse a un magistrado constitucional, y surgen objeciones contra ese juez, por la forma en que resolvió algunos temas, o porque hay irritación por la orientación ideológica del juez que se pretende reelegir. Estas son tensiones difíciles que deben superarse, porque en materia de poder y decisiones constitucionales, no todo ha sido miel sobre hojuelas.

Uno de los retos que tiene el juez constitucional como garantes de la convencionalidad es la protección del ambiente a fin de que se utilicen, por ejemplo, los estándares interpretativos desarrollados por la Corte Interamericana en la opinión consultiva, Medio Ambiente y Derechos Humanos OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, así como la utilización del acuerdo sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido comúnmente como el "*Acuerdo Regional Acuerdo de Escazú*", y que se tutele de forma efectiva lo que la doctrina ha denominado "los derechos de la naturaleza".

Nuestro país recientemente recibió el máximo galardón ambiental por parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por su liderazgo en la lucha contra el cambio climático. Ello reafirma nuestro compromiso por tutelar nuestro gran patrimonio ambiental para las presentes y futuras generaciones, materia en la que el juez constitucional tienen una gran responsabilidad.

En el siglo XXI, el rol del juez en un Estado Constitucional y Social de Derecho ha dejado ser la «*bouche della loi*» para tener un papel protagónico en la protección de los derechos humanos. Los jueces constitucionales tienen la importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en la Constitución, sino también el conjunto de valores, principios y derechos reconocidos en los instrumentos de derecho internacional público y derecho internacional privado que nuestro país ha suscrito.

La dignidad del ser humano, la visión de un desarrollo que supere la visión economicista, la protección de los derechos sociales y económicos, son algunos de los puntos cardinales que deben orientar al juez constitucional en una democracia.

El control de convencionalidad es un instrumento indispensable que debe aplicar el juez constitucional nacional e interamericano, intérpretes privilegiados de catálogos de derechos humanos, para

potenciar ese diálogo jurisprudencial, el cual tiene como finalidad principal la creación de un *"ius constitutionale commune*"; es decir, la definición de estándares mínimos de protección de los derechos humanos comunes en los países que conforman el Sistema Interamericano.

7. Bibliografía

- ALBANESE Susana (coordinadora). (2008). El *control de convencionalidad.* Buenos Aires: Ed. Ediar.

- ARMIJO SANCHO Gilbert. (2003). La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica, pp. 39-62. En *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, n.° 1, Universidad de Talca, Chile.

- BARDELLI Juan Bautista. (2008). *El juez constitucional*. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Konrad Adenauer Stiftung.

- BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. (2011). *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*? Tomo I, II. México: UNAM.

- CAPPELETTI Mauro. (1955). *La giurisdizione costituzionale della libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale. (Con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*. Roma: Editorial Giuffrè.

- FERRER MAC GREGOR Eduardo. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión trasnacional del derecho procesal constitucional)*. En https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/94/12.pdf

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). (2012). *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa.* México: Editorial Porrúa.

- HERNÁNDEZ VALLE Rubén. (Julio, 2019). Reseña histórica sobre la creación de la Sala Constitucional. En *Revista de la Sala Constitucional*, n.° 1.

- MIRANDA BONILLA Haideer. (2016). Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad. *Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional,* n.° 17. Bogotá, Colombia: Editorial Ediciones Nueva Jurídica.

- PIZA ESCALANTE Rodolfo. (1999). *Un década de la nueva justicia constitucional en Costa Rica*, p. 28. En AAVV. La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario. San José: Universidad Autónoma de Centroamérica.

- PIZZORUSSO, Alessandro. (Enero, 2016). Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos, p. 11. En *Revista Judicial*, n.° 11. Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

- ZAGREBELSKY Gustavo. (2005). *Principî e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Torino: Ed. Einaudi.

Sentencias de la Sala Constitucional

- Sentencia n.° 3435-1992.
- Sentencia n.° 5759-1993.
- Sentencia n.° 2313-1995.
- Sentencia n.° 9685-2000.
- Sentencia n.° 1682-2007.
- Sentencia n.° 3043-2007.
- Sentencia n.° 4276 - 2007.
- Sentencia n.° 3441-2013.
- Sentencia n.° 4491-2013.
- Sentencia n.° 6120-2013.
- Sentencia n.° 16141-2013.
- Sentencia n.° 15737-2015.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C. n.° 101.
- Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C. n.° 114.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C n.° 154.
- Caso trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, sentencia del 30 de noviembre de 2007. Serie C n.° 174.
- Caso Forlán y Familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C. n.° 246, párrafo 304.

Notas

1 *El presente estudio es la base de la conferencia que impartí en el "Foro sobre Convencionalidad Internacional para el Fortalecimiento del Estado de Derecho" que se llevó a cabo el 19 de noviembre de 2019 en el edificio de la Corte Suprema de Justicia y que contó con la participación de reconocidas personas expertas nacionales e internacionales.*

2. *CAPPELETTI Mauro. (1955). La giurisdizione costituzionale della libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale. (Con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco). Roma: Editorial Giuffrè.*
3. *PIZA ESCALANTE Rodolfo. Un década de la nueva justicia constitucional en Costa Rica, p. 28. En AAVV. La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario. Universidad Autónoma de Centroamérica, San José, 1999.*
4. *Para el constitucionalista italiano Pizzorusso la tutela jurisdiccional de los derechos constituye desde un punto de vista general, todo aquel complejo de actividades que son realizadas mediante la aplicación de reglas de tipo procesal que un particular tipo de sujeto puede imponer, asumiendo el rol de juez entre los contendientes, o aquél de una autoridad que asegure la aplicación de oficio de una regla impuesta por una autoridad soberana en el marco de un sistema de reglas sobre las cuales los sometidos a un ordenamiento jurídico reconocen su autoridad. PIZZORUSSO, Alessandro. Justicia Constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos, p. 11. En Revista Judicial, número 118, enero 2016, Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.*
5. *HERNÁNDEZ VALLE Rubén. (Julio, 2019). Reseña histórica sobre la creación de la Sala Constitucional. En Revista de la Sala Constitucional, n.° 1, p. 15.*
6. *FERRER MAC GREGOR Eduardo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. (Dimensión trasnacional del Derecho Procesal Constitucional). En https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/94/12.pdf*
7. *ALBANESE Susana. (2008). La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional, p. 15. En ALBANESE Susana (coordinadora). El control de convencionalidad. Buenos Aires: Ed. Ediar.*
8. *Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C n.° 154.*
9. *Corte IDH. Votos particulares de García Ramírez Sergio en los casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C. n.° 101, párr. 27 y Tibi vs. Ecuador, sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C. n.° 114 , párr. 3. Además, se debe destacar el voto particular del juez Antônio Cançado Trindade en la sentencia de interpretación del caso Trabajadores cesados del congreso vs. Perú, sentencia del 30 de noviembre de 2007. Serie C n.° 174, párr. 6.*
10. *Corte IDH. Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C n.° 246, párrafo 304.*
11. *Sala Constitucional. Sentencia n.° 3441-2013.*
12. *Sentencia n.° 6120-2013.*
13 *Sentencias n.° 3435-1992, 5759-1993 y 2313-1995.*
14. *Sentencias n.° 2312- 1995, 1682, 3043 y 4276 todas del 2007.*
15. *Sentencia n.° 9685-2000.*
16. *En sentido similar, se puede consultar la sentencia n.° 4491-2013.*
17. *Sentencia n.° 15737 – 2015.*
18. *ARMIJO SANCHO Gilbert. (2003). La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica, pp. 39-62. En Revista Ius et Praxis, vol. 9, n.° 1, Universidad de Talca, Chile.*
19. *Algunos ejemplos de la utilización del derecho comparado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pueden ver en las sentencias Heliodoro Portugal vs. Panamá; Tiu Tojín vs. Guatemala y Atala Riffo y Niñas vs. Chile.*
20. *FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). (2012). Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa. México: Editorial Porrúa.*
21. *MIRANDA BONILLA Haideer. (2016). Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad, pp. 255 – 320. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, n.° 17. Bogotá, Colombia: Editorial Ediciones Nueva Jurídica.*
22. *BARDELLI, Juan Bautista. (2008). El juez constitucional, p. 15. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung.*
23. *ZAGREBELSKY Gustavo. (2005). Principî e voti. La Corte costituzionale e la politica. Torino: Ed. Einaudi, p. 11.*
24. *BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. (2011). La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina? Tomo I, II. México: UNAM.*

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 27-38 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

LAS MEDIDAS CAUTELARES DE EXTREMA URGENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

MSc. Alex Rojas Ortega
alex.rojas.09@hotmail.com

RESUMEN

El presente estudio está enfocado en la comprensión de un tipo especial de medidas cautelares que son valoradas en la jurisdicción contencioso administrativa, las denominadas medidas cautelares provisionalísimas, inaudita altera parte, las cuales son otorgadas en casos de extrema urgencia. Lo anterior procede sin demérito de un repaso por los aspectos generales de la tutela cautelar y un detalle del trámite procesal que recibe este tipo de medidas cautelares.

Palabras clave: Medidas cautelares, urgencia, contencioso administrativo, proceso.

ABSTRACT

This paper focuses on the understanding of a special type of injunctive relief in administrative courts, the provisional precautionary measures, inaudita altera parte, issued in cases of extreme urgency. This is without prejudice of a review of the general aspects of the injunctive relief and of the procedure involved when requesting this type of measure.

Keywords: Injunctive relief/precautionary measure, urgency, administrative court, procedure..

Recibido 25 de enero de 2020 Aceptado 27 fde ebrero 2020

Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Obtuvo el Premio de Investigación Fernando Soto Harrison en el 2010, otorgado a la tesis más sobresaliente de la Facultad de Derecho, UCR. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con diplomas en técnica legislativa y control parlamentario por el Congreso de los Diputados de España y la Red Internacional de Expertos en Parlamentos. Doctorando en Derecho Administrativo por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo. Profesor universitario de Derecho Administrativo.

SUMARIO: I. El derecho fundamental a la tutela cautelar. II.- Los presupuestos materiales para el otorgamiento de una medida cautelar. III.- Los caracteres estructurales de las medidas cautelares. IV.- Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. A.- Momentos u oportunidades procesales para solicitar medidas cautelares. 1.- Medidas cautelares *ante causam* o prejudiciales. 2.- Medidas cautelares durante el transcurso del proceso o intraprocesales. 3.- Medidas cautelares en fase de ejecución. B.- Tipos de medidas cautelares que se conocen en la jurisdicción contencioso administrativa. 1.- Medidas cautelares típicas. 2.- Medidas cautelares atípicas; V.- Medidas cautelares *provisionalísimas, inaudita altera parte* o de extrema urgencia. 1.- ¿Qué son las cautelares *provisionalísimas* o de extrema urgencia? 2.- Supuestos en los que es procedente otorgar medidas cautelares provisionalísimas. 3.- Trámite procesal de las medidas cautelares *provisionalísimas*. VI.- Medios recursivos en materia de medidas cautelares. VII.- Conclusiones.

I. El derecho fundamental a la tutela cautelar

La justicia cautelar surge del contenido esencial del derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida (artículo 41 de la Carta Magna) y comprende el derecho de solicitar al órgano jurisdiccional (inclusive en la sede administrativa[1]) todas aquellas medidas cautelares que resulten necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito, así como la satisfacción anticipada y provisional de las situaciones jurídicas sustanciales de los justiciables.

La justicia cautelar busca mesurar o atemperar los efectos de la duración normal del proceso judicial, de modo que las situaciones jurídicas de las personas no se vean dañadas, desmerecidas o perjudicadas por efecto de la duración misma del proceso. Por eso es plenamente aplicable el principio chiovendano cuando señala que "*La necesidad de servirse del proceso para obtener la razón, no debe ser un daño para quien probablemente tiene la razón".*

De forma correlativa, el juez y la jueza están en la obligación de ordenar o adoptar las medidas cautelares que sean adecuadas y necesarias para tales efectos. Así, la tutela cautelar es exigible cuando existe riesgo de que, en forma efectiva o potencialmente cierta, puedan desaparecer, dañarse o perjudicarse, en forma grave e, incluso, irremediable, las situaciones jurídicas sustanciales aducidas por la persona.

En esos términos, es claro que la justicia cautelar facilita el adecuado ejercicio de la pronta y cumplida función jurisdiccional y, de forma paralela, mantiene incólume tanto el objeto del proceso o la pretensión, así como la respectiva situación jurídica sustancial que se solicita proteger, durante el tiempo necesario para que se desarrolle en forma adecuada el proceso de fondo.

II. Los presupuestos materiales para el otorgamiento de una medida cautelar

Los presupuestos esenciales e indispensables para la procedencia de una medida cautelar son (a) La apariencia de buen derecho. (b) El peligro en la demora. (c) La ponderación de los intereses en juego. Veamos:

a) La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*: Consiste en un juicio hipotético de probabilidad o verosimilitud derivada no solo de la seriedad de la demanda, sino también de la probabilidad del acogimiento de la cuestión principal. En tal sentido, se considera que bastará con esa apariencia inicial de seriedad, para que se tenga por cumplido con este requisito. El *fumus boni iuris* busca la verificación de falta de temeridad de la pretensión y un viso, al menos inicial y razonable, de seriedad de la demanda.

En el voto n.° 96-F-TC-2009, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo se refirió a este presupuesto también como el *fumus non mali iuris*; es decir, como la apariencia de que no hay un mal derecho en ejercicio.

b) Peligro en la demora o *periculum in mora*: Consiste en el temor o peligro, objetivamente constatable, de que la tardanza en desarrollar el proceso principal apareje la pérdida, desmejoramiento o la frustración de la situación jurídica sustancial aducida, lo cual iría unido a la inutilidad de la sentencia de mérito en tales supuestos. Sobre el particular, el artículo 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante CPCA) indica que: "*La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales de la situación aducida [...]".*

Por ello, siempre que exista peligro de daño o perjuicio, actual o potencial, de las situaciones jurídicas sustanciales de los justiciables, la tutela cautelar debe fungir como mecanismo de protección y de garantía, con el fin de conservar íntegramente tales situaciones jurídicas. Lo anterior se halla aunado a que no en todos los casos, el justiciable pretende la mera reparación indemnizatoria, sino primaria y fundamentalmente, la integridad de su pretensión y de la situación jurídica que la sustenta.

c) Ponderación de los intereses en juego o bilateralidad del *periculum in mora*: Finalmente, para que sea procedente otorgar una medida cautelar, el artículo 22 del CPCA señala que:

> *[...] el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros. También deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar.*

De ese modo, cuando el daño que pueda provocarse al interés público o a los intereses de terceros, sea de mayor envergadura que el que podría sufrir el promovente de la medida cautelar. En caso de que sea declarada sin lugar, esta debe ser rechazada.

III- Los caracteres estructurales de las medidas cautelares

Ahora bien, las medidas cautelares tienen una serie de características estructurales que las particularizan, veamos:

1) Instrumentalidad: Las medidas cautelares guardan correspondencia de carácter instrumental con la sentencia de fondo o con el proceso principal. Nunca tienen existencia independiente de un proceso en el que se esté ventilando sobre la procedencia o no de una determinada pretensión, salvo el supuesto de las medidas cautelares *ante causam* o prejudiciales (que en este estudio abordaremos), donde aunque no exista un proceso en el que se esté conociendo sobre el fondo del asunto, en caso de que se estime procedente la medida, el juez o la jueza ordenará su interposición en un plazo de quince días hábiles, bajo sanción, en caso contrario, de que se extinga automáticamente la vigencia de la medida adoptada.

Precisamente, la instrumentalidad refiere a la necesaria utilidad que la medida cautelar tendrá para garantizar la sentencia de fondo, así como para garantizar las situaciones jurídicas sustanciales aducidas. Por ende, la tutela cautelar solo puede adoptarse frente a un proceso principal -o de ejecución- en curso o por incoarse y se extingue cuando el proceso principal termina.

2) Provisionalidad: Las medidas cautelares son provisionales por cuanto son transitorias y no definitivas, es decir, se extinguen al dictarse la sentencia del proceso o, incluso, cuando en virtud del principio *rebus sic stantibus* previsto en el artículo 29 del Código Procesal Contencioso Administrativo, se ha verificado una variabilidad de las circunstancias que determinan su modificación o eliminación.

3) Urgencia: Al existir una situación de anormalidad, el ordenamiento jurídico posibilita la derogación del principio de legalidad por la primacía del principio de necesidad, a efecto de evitar que se cause un daño o un perjuicio a los justiciables. Dada la imperiosa necesidad de evitar daños o perjuicios, ante una situación de anormalidad, el ordenamiento faculta para que se dicten medidas cautelares de extrema urgencia, *inaudita altera parte, p*rovisionalísimas y *ante causam*.

4) Sumaria *cognitio*: Las medidas cautelares deben ser conocidas bajo un análisis sumario de razonabilidad, proporcionalidad, adecuación y necesidad. Si bien la persona juzgadora debe valorar con mesura la procedencia de la medida cautelar, lo cierto es que la urgencia e inmediatez que caracteriza a las cautelares apareja que deban ser valoradas bajo un análisis sumario, distinto al propio que podría concederse bajo el cauce normal y los plazos comunes de un proceso ordinario.

IV. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

El proceso contencioso administrativo goza de un sistema robusto de mecanismos de tutela cautelar, lo cual no solo tiende a garantizar en un plano teórico los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas, así como la legalidad de la función administrativa (desiderátum último del canon 49 constitucional), sino que, además, permite mitigar los efectos del tiempo que es necesario para tramitar el proceso judicial, sin que, en sí misma, la espera resulte gravosa para el justiciable.

Si bien líneas atrás hicimos referencia, en términos generales, a los presupuestos materiales y caracteres estructurales de las medidas cautelares, lo cierto es que, por los alcances de este estudio, es preciso agudizar el foco de análisis y centrarnos, en adelante, en los momentos procesales en que es posible solicitar el auxilio cautelar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, posteriormente, en un tipo particular de medidas cautelares que, en la praxis del Tribunal Contencioso Administrativo, se denominan como "*provisionalísimas*" o de extrema urgencia.

A. Momentos u oportunidades procesales para solicitar medidas cautelares

Como parte del fortalecido sistema procesal contencioso administrativo, el justiciable puede requerir el auxilio judicial en diversas etapas:

1.- Medidas cautelares *ante causam* o prejudiciales: En aquellos supuestos donde no se haya interpuesto una demanda y, por ende, no exista proceso pendiente ante la jurisdicción contencioso administrativa, sí resulta posible obtener el auxilio jurisdiccional, motivado en situaciones de urgencia, que hacen necesario el otorgamiento de una determinada medida cautelar. A este supuesto, se refiere el artículo 19.2 CPCA cuando señala "*Tales medidas también podrán ser adoptadas por el tribunal o el juez respectivo, a instancia de parte, antes de iniciado el proceso*".

En tales supuestos, como sucede con la generalidad de las cautelares y aunque el requerimiento se haga antes de haberse interpuesto una demanda, el análisis el juzgador que efectúa está enfocado en verificar que se encuentren presentes los presupuestos materiales y los caracteres estructurales, a los que se hizo referencia antes.

Finalmente, el numeral 26.2 CPCA dispone que, en caso de que la medida cautelar *ante causam* sea concedida, deberá presentarse la demanda en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge. De lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia.

2.- Medidas cautelares durante el transcurso del proceso o intraprocesales: El artículo 19.1 CPCA dispone que "*Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la*

efectividad de la sentencia". Bajo ese contexto, lo usual es que se soliciten las medidas cautelares con la demanda y que sean otorgadas durante el transcurso del proceso, ya que se mantendrán, salvo variación de las circunstancias, hasta el dictado de la sentencia de fondo.

Cabe precisar que, ante la solicitud de una medida cautelar, el trámite previsto para ello en el numeral 24 del CPCA es que el tribunal debe darles audiencia a las partes por un plazo de hasta tres días, acerca de la solicitud de la medida, con el fin de garantizar el contradictorio y el derecho de defensa de la parte que eventualmente será sujeto pasivo de la cautela solicitada. Incluso, nada obsta para que el tribunal otorgue un plazo menor, ante casos urgentes, en los que la audiencia podría reducirse a horas. Una vez transcurrido el plazo otorgado, el tribunal se avoca a resolver lo que corresponda.

3.- Medidas cautelares en fase de ejecución: Tal como se indicó antes, el canon 19.1 CPCA señala que "*Durante el transcurso del proceso* ***o en la fase de ejecución****, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*". (Lo resaltado es nuestro). Por ende, luego de dictada la sentencia de fondo y en fase de ejecución, en aras de darle cumplimiento íntegro al fallo, se pueden adoptar, bajo solicitud de la persona interesada, las medidas cautelares que sean adecuadas y necesarias para ello.

Cabe mencionar que, en esta fase de ejecución, también resulta aplicable la regla prevista en el ordinal 24 CPCA, relativa a brindar audiencia a las partes acerca de la medida cautelar solicitada y el conocimiento de este requerimiento cautelar, corresponde a la jueza o al juez ejecutor.

Ahora bien, para efectos del estudio que nos ocupa, es importante dejar claro que, en cualquiera de los momentos u oportunidades procesales antes indicados es posible solicitar medidas cautelares de extrema urgencia, denominadas como *provisionalísimas,* las cuales analizaremos más adelante. Lo anterior es de relevancia para despejar cualquier duda acerca de si este tipo de medidas cautelares solo resulta procedente en alguna fase procesal o si, por el contrario, las cautelares *provisionalísimas* constituyen, erradamente, una oportunidad o momento procesal en sí mismas.

B. Tipos de medidas cautelares que se conocen en la jurisdicción contencioso-administrativa

El espectro de medidas cautelares ventilables en la jurisdicción contencioso administrativa es muy amplio, debido a que, por la especial complejidad de la materia y de los diversos aspectos que se conocen, no resulta admisible tener una lista *numerus clausus* o de lista tasada limitada de las medidas cautelares que pueden solicitarse. En tal sentido, durante cualquiera de las fases o momentos procesales a los que se hizo referencia antes, es posible requerir:

1.- Medidas cautelares típicas: Los justiciables tienen la posibilidad, dependiendo del objeto del proceso y de lo que estimen oportuno para sus intereses, de solicitar al tribunal que se adopten

medidas cautelares definidas en el ordenamiento jurídico escrito, tales como el embargo preventivo (artículo 86 del Código Procesal Civil) o la anotación de la demanda (artículo 87 *ibidem*).

2.- Medidas cautelares atípicas: El juez o la jueza cuenta con la discrecionalidad jurisdiccional para adoptar las medidas cautelares que estime adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. El grueso de las medidas cautelares que se conocen en la jurisdicción contencioso administrativa está constituido por medidas cautelares atípicas que pueden tener un contenido negativo (suspensión de conductas administrativas formales) o un contenido positivo (ordenar conductas de hacer, de dar o de no hacer) respecto a cualquier entidad u órgano público, incluso, sobre sujetos de derecho privado. Así el artículo 20 CPCA lo faculta cuando señala que:

> *Las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el tribunal o el juez respectivo podrá imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar. [...].*

Bajo ese contexto, nuevamente resulta pertinente otra precisión: pueden solicitarse las medidas cautelares típicas y atípicas, en la sede contencioso-administrativa, en cualquiera de las etapas o momentos procesales a los que nos referimos antes. Consecuentemente, sea antes de interpuesto el proceso, durante el curso de este o bien, en la fase de ejecución de sentencia, es posible adoptar medidas cautelares típicas o atípicas.

Cuando hayamos podido conocer las etapas u oportunidades procesales donde es posible requerir medidas cautelares, así como el tipo de cautelares que es posible solicitar al órgano jurisdiccional, podemos enfocar nuestra atención en un tipo particular de medidas cautelares que, por su naturaleza, su trámite y sus efectos, requieren de un estudio particularizado.

V. Las medidas cautelares *provisionalísimas*, *inaudita altera parte* o de extrema urgencia

A través del presente estudio, hemos indicado que, en cualquiera de los momentos procesales establecidos en el CPCA, es posible solicitar el auxilio judicial, con el fin de que sea otorgada una determinada medida cautelar. Como consecuencia de ello, en cualquier fase del proceso, resulta viable solicitar medidas cautelares de extrema urgencia que, a continuación, pasamos a conocer en detalle:

1. ¿Qué son las cautelares *provisionalísimas* o de extrema urgencia?

El CPCA dispone lo siguiente en su artículo 23:

> *Una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, podrá adoptar y ordenar medidas provisionalísimas de manera inmediata y prima facie, a fin de garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente. Tales medidas deberán guardar el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida.*

De acuerdo con lo previsto por el CPCA, las medidas cautelares *provisionalísimas* son otorgadas bajo una valoración sumarísima efectuada por el juez o la jueza, en forma inmediata, y su esencia estriba en facilitar, permitir o garantizar, la eficacia de otra medida cautelar que será adoptada en forma ulterior. De esa manera, por ejemplo, una persona que solicita como medida cautelar que se suspenda un cobro tributario efectuado por la Administración tributaria, puede solicitar, como medida *provisionalísima*, que, de previo a que se otorgue audiencia a la parte demandada (la Administración tributaria), se adopte la suspensión del cobro que se le efectúa, sin esperar más, para garantizar su estabilidad financiera.

También puede darse el supuesto de una entidad pública que demande a una persona particular por presuntos daños causados, en cuyo caso, con el fin de garantizar la reparación, solicita como medida cautelar que se anote la demanda sobre un inmueble propiedad del particular, razón suficiente para que, con el fin de evitar la distracción de bienes, como medida cautelar *provisionalísima*, se ordene la anotación de la demanda en forma inmediata y luego que se otorgue audiencia al demandado sobre la cautelar que en definitiva pueda ser adoptada.

Como puede apreciarse, las medidas cautelares *provisionalísimas* son previas al otorgamiento de la cautelar que, en definitiva, sea adoptada y se conocen bajo una valoración sumarísima del juez o de la jueza, quien las adopta en forma inmediata precisamente para garantizar la eficacia de la cautelar que finalmente sea adoptada. Son, en esencia, una cautelar que funge como garantía o medida de aseguramiento de otra cautelar que será conocida y, eventualmente, adoptada en forma posterior.

2 Supuestos en los que es procedente otorgar medidas cautelares *provisionalísimas*

Anteriormente, hicimos referencia a que el artículo 23 CPCA es el que establece a las medidas cautelares provisionalísimas y es el que las constituyó, en su versión original, como medidas de contra cautela de la cautelar que finalmente se adopte; es decir, tal como se expresó antes, tienen una función de garantía de eficacia de la cautelar que en definitiva sea adoptada por el tribunal.

Sin embargo, a partir de la praxis del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, el supuesto normativo del artículo 23 CPCA se ha unido, en una especie de híbrido, con la figura cautelar prevista en el numeral 25 del mismo cuerpo de normas. Así, el artículo de comentario,

el 25 CPCA dispone en lo que interesa: "***1)*** *En casos de extrema urgencia, el tribunal o el juez respectivo, a solicitud de parte, podrá disponer las medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia. Para tal efecto, el Tribunal o el respectivo juez podrá fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 de este Código*. […]".

El canon 25 CPCA establece la figura de las medidas cautelares sin previa audiencia a la parte, conocidas como *inaudita altera parte*, cuya característica principal es que se adoptan en forma inmediata, sin esperar a que la otra parte pueda conocer de la gestión cautelar. De acuerdo con lo previsto en el artículo 25 CPCA, este tipo de medidas cautelares únicamente procede en casos de extrema urgencia.

Ahora bien, lo que ha sucedido en la práctica del Tribunal Contencioso Administrativo es que la figura de las medidas cautelares *provisionalísimas* (art. 23 CPCA), se ha fusionado con la figura de las cautelares sin previa audiencia a la parte (art. 25 CPCA), de modo que las *provisionalísimas* son procedentes únicamente en casos de extrema urgencia. En tal sentido, el Tribunal Contencioso Administrativo ha expresado que:

> *En el caso de las medidas provisionalísimas, el ordinal 23 ibidem estatuye que el juzgador podrá adoptarlas para garantizar la efectividad de la cautelar que en definitiva se establezca. En estos casos, el análisis preliminar que realiza el juzgador (pues no podría ser de otra forma, siendo que el fondo del objeto debatido solo es propio de la sentencia), ha de centrarse en la urgencia que subyace o no en cada caso concreto, de modo que sea una de las formas de proteger el objeto del proceso y además, que posibilite la efectividad de una medida "definitiva". Esto a fin de no hacer nugatorio el derecho a la tutela judicial efectiva. (Resolución n.° 2589-2010 de las 15:10 horas del 8 de julio de 2010).*

Lo anterior tiene una enorme relevancia no solo práctica, sino también teórico-jurídica, porque al momento de que el juez o la jueza conoce de la solicitud cautelar de una medida *provisionalísima*, no efectúan un análisis respecto de si la medida cumple con los presupuestos materiales y caracteres estructurales para su otorgamiento, sino que la valoración se circunscribe a determinar si se está o no en presencia de una situación de extrema urgencia.

3.- Trámite procesal de las medidas cautelares *provisionalísimas*

Las medidas cautelares *provisionalísimas* pueden ser solicitadas en cualquier etapa o momento procesal; es decir, una cautelar *provisionalísima* resulta admisible para garantizar ya sea una medida cautelar *ante causam*, una intraprocesal o una en fase de ejecución. Resulta admisible su otorgamiento, en cualquier fase del proceso, bajo la condición de que sea otorgada bajo razones de extrema urgencia.

Ahora bien, tal como se adelantó en el acápite anterior, una vez solicitada la medida cautelar

de extrema urgencia o *provisionalísima*, el juez o la jueza efectúa una valoración sumarísima, en forma inmediata, con el objeto de determinar si se está en presencia de un supuesto de extrema urgencia que haga o convierta en necesario el otorgamiento de una medida cautelar de este tipo.

De esa forma, la *provisionalísima* o de extrema urgencia es un tipo de medida cautelar cuyo objetivo es garantizar la efectividad de otra cautelar que sería adoptada en forma posterior. En cuanto a su trámite, el numeral 25.2 CPCA señala que, una vez que se ha adoptado la medida cautelar de extrema urgencia, "*se dará audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. Una vez transcurrido el plazo indicado, el juez podrá hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados, para mantener, modificar o revocar lo dispuesto*". Lo anterior significa que:

(i) La medida cautelar *provisionalísima* requiere, para su otorgamiento, de una situación de extrema urgencia que la justifique. Ergo, el juez o la jueza no valora la presencia de los presupuestos materiales o los caracteres estructurales de una medida cautelar en general, sino únicamente la existencia de una situación de extrema urgencia.

(ii) Una vez otorgada la medida cautelar *provisionalísima* o bien en los casos en que esta ha sido rechazada, corresponde entrar a conocer de la medida cautelar definitiva solicitada. Por ende, luego de esa primera etapa de valoración exclusiva de una situación de extrema urgencia, el parámetro de valoración cambia, puesto que el análisis de la medida cautelar en general, salvo la *provisionalísima*, sí requerirá de la constatación de los presupuestos materiales y los caracteres estructurales para su otorgamiento.

(iii) Por ende, luego de otorgada o denegada la medida cautelar *provisionalísima*, el tribunal otorga audiencia a la contraparte, por un espacio de hasta tres días, acerca de la medida cautelar definitiva solicitada, con el fin de que aquella pueda referirse a esta.

(iv) Luego de escuchadas las partes, el tribunal conoce de la solicitud cautelar y analiza si, en el caso concreto, se dan los presupuestos materiales o los caracteres estructurales para el otorgamiento de la medida cautelar definitiva. Por tanto, cuando la medida cautelar *provisionalísima* solicitada, sea la misma que la definitiva que se solicita, dicha gestión se conocerá de modo que, en el caso de la solicitud cautelar *provisionalísima*, se verifique exclusivamente si hay o no una situación de extrema urgencia que la haga necesaria. Luego, al momento de conocer de la cautelar de fondo, aunque en esencia sea la misma, el análisis para su procedencia radicará en la constatación de los presupuestos materiales y caracteres estructurales que harían procedente su otorgamiento.

Si bien puede parecer confuso, como medida cautelar provisionalísima, el justiciable puede solicitar un tipo de medida cautelar -sea típica o atípica-, igual a la que solicite como medida

cautelar definitiva, o bien, podría solicitarlas de modo que una sea distinta de la otra.

Esta situación dependerá del objeto del proceso y de la respectiva teoría del caso que cada parte haya establecido; por ejemplo, puede suceder que se solicite tanto como *provisionalísima* y, como medida cautelar definitiva, la suspensión de un acto sancionatorio. Por consiguiente, tanto la cautelar que se solicita, como la medida *provisionalísima* que se otorga solo en caso de que se trate de un asunto de extrema urgencia son, en esencia, la misma medida cautelar.

Y bien podría darse el caso de que una persona a quien una municipalidad le ha cerrado su negocio por presuntas irregularidades y a quien le ha notificado la demolición de obras construidas solicite una medida cautelar de suspensión de cierre de negocio y una *provisionalísima* de paralización de obras de demolición.

En este supuesto, de la cautelar de suspensión de cierre de negocio, se dará audiencia a la contraparte por un plazo de hasta tres días, mientras que, de la *provisionalísima* o de extrema urgencia, se hará el análisis de su necesidad y adecuación por razones de extrema urgencia para otorgarla en forma inmediata; en cualquier caso, sea que se otorgue en forma *provisionalísima* o no, posteriormente, de esta última también se dará audiencia a la contraparte por un mismo plazo de hasta tres días, con el fin de realizar el análisis de la presencia o no, de los presupuestos materiales y caracteres estructurales de las medidas cautelares.

Finalmente, cabe mencionar que, en consideración a la importancia de los asuntos que pueden ser susceptibles de una medida cautelar de extrema urgencia, el Tribunal Contencioso Administrativo conoce de este tipo de medidas no solo en su horario hábil, sino también en turno extraordinario, en el que siempre existe una jueza o un juez asignado por rol de turno, para la atención inmediata de este tipo de medidas cautelares.

VI. Recursos en materia de medidas cautelares

En términos generales, ante la adopción o el rechazo de una medida cautelar, procede el recurso de apelación ante el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, el cual debe interponerse en un plazo de tres días hábiles. La regla anterior se quiebra en lo relativo a la adopción o el rechazo de una medida cautelar de extrema urgencia o *provisionalísima*, dado que, en este supuesto, no cabe recurso alguno.

Como consecuencia de lo anterior, una vez que ha sido denegada una medida cautelar, solo podría volverse a valorar si ha habido un cambio de circunstancias en la situación fáctica del gestionante, tal como lo permite el principio de variabilidad de las circunstancias, *rebus sic stantibus*, previsto en el numeral 29 CPCA:

> *1) Cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de alguna medida cautelar, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá modificarla o suprimirla. 2) En igual forma, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo*

al rechazo de la medida solicitada, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá considerar nuevamente la procedencia de aquella u otra medida cautelar.

VII. Conclusiones

Las medidas cautelares constituyen un derecho fundamental de toda persona -inclusive, desde mi punto de vista, también de las personas jurídicas de derecho público- y son necesarias para garantizar el objeto del proceso, durante la pendencia o tramitación de aquel o, inclusive, de previo a su interposición.

Como parte del amplio espectro de medidas cautelares que son susceptibles de ser conocidas en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las de tipo *provisionalísimas*, *inaudita altera parte* o de extrema urgencia cumplen una función de gran importancia, pues, a diferencia de una solicitud de medida cautelar ordinaria, aquellas le permiten a la persona juzgadora adoptar medidas cautelares en forma inmediata y sin tener que brindar audiencia a la contraparte respecto a la gestión cautelar.

De tal manera, la inmediatez, la amplia discrecionalidad jurisdiccional y la alta efectividad que poseen son las características fundamentales de las medidas cautelares de extrema urgencia. A través de este tipo de medidas cautelares, se provoca un mayor acercamiento de la justicia a las personas y se afianza la cláusula regia del Estado social y democrático de derecho, prevista en el artículo 49 de la Constitución Política.

Fuentes de información

Jurisprudencia

Sala Constitucional

- Voto n.° 7190-94 de las 15:24 hrs. del 6 de diciembre de 1994.
- Voto n.° 3929-95 de las 15:24 hrs. del 18 de julio de 1995.

Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo

- Voto n.° 96-F-TC-2009.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda

- Voto n.° 2589-2010-VI de las 15:10 horas del 8 de julio de 2010.

Notas al pie

1 *Al respecto, la Sala Constitucional ha señalado: "[…] Las medidas aseguративas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptuar como "un conjunto de potestades procesales del juez –sea justicia jurisdiccional o administrativa– para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final". (Sentencia n.° 7190-94 de las 15:24 hrs. del 6 de diciembre de 1994, criterio reiterado en el voto n.° 3929-95 de las 15:24 hrs. del 18 de julio de 1995).*

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 39-65 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

CAUSAS DE LA INEFECTIVIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

MSc. Álvaro Sagot Rodríguez
alvarosagot@gmail.com

RESUMEN

Pensar en reconocer personalidad a los animales o los ecosistemas en una sociedad que solo les otorga este derecho a las personas humanas o a las jurídicas conlleva a un cambio estructural abismal que, a la fecha, no se ha dado, pues implica una revolución epistemológica de lo existente. Ese paso es muy lento, pues exige una modificación del mismo sistema que se ha mantenido bajo el dominio de criterios ubicados dentro del paradigma del antropocentrismo desde hace siglos. En este artículo, se pretenden escribir algunas ideas que nos lleven a comprender por qué no se ha podido dar plenamente ese reconocimiento, incluso, por qué el derecho ambiental no ha logrado hacerse efectivo a pesar de haber alcanzado un nivel de reconocimiento y aceptación.

Palabras clave: Antropocentrismo, ecocentrismo, derechos de la naturaleza, derechos humanos ambientales, ecologización del derecho.

ABSTRACT

The recognition of legal status of animals or ecosystems in a society that only understand it as a right for persons (physical and moral), implies a significant structural change that has not yet happened, due to the fact that it will produce an epistemological revolution of the legal context. It constitutes a very long path, considering that a modification of the current system based on anthropocentric criteria is required. In this article, ideas are presented in order to understand why this recognition to date is still a debt, and why environmental law has obtained recognition and acceptation, but still lacks of effectiveness.

Keywords: Anthropocentric, ecocentric, rights of nature, environmental human rights, Greening Human Rights.

Recibido 9 octubre 2019 Aceptado 27 de febrero 2020

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

Introducción

Hasta la fecha, la protección a los ecosistemas o a los seres sintientes en América Latina ha comenzado a demostrar, en los últimos años, que en esta región se pueden lograr cosas impresionantes, verbigracia en Brasil o en Argentina, se han declarado con lugar varios *habeas corpus* a favor de primates[1]; o en Colombia, expresamente, han reconocido judicialmente personalidad jurídica al Río Atrato[2] y a parte de la Amazonía[3].

No obstante, aún seguimos teniendo grandes contradicciones, por ejemplo, muchas acciones a favor de los simios no llegaron a ejecutarse a tiempo, y los sujetos no humanos murieron antes de ser trasladados a refugios de vida silvestre o aún están en jaulas[4]; o en los casos de Colombia, los reconocimientos de personalidad jurídica a los ecosistemas no han pasado de ser bellos estandartes no ejecutados[5], y ahí es donde nos preguntamos: ¿cuáles son las causas de esto?

Hay que hacer notar que, incluso, aunque en la Constitución de Ecuador[6] desde el 2008, se reconozcan derechos de la Pachamama, no ha sido, *per se,* un aspecto de peso para cambiar radicalmente las visiones antropocéntricas del resto del ordenamiento jurídico de ese Estado[7], pues siguen los conflictos de los humanos por dominar y poseer los ecosistemas, donde la biodiversidad sigue llevando la peor parte, dado que existen ríos contaminados, selvas taladas y procesos extractivos que generan, a la larga, daños ambientales irreversibles.

Es decir ¿será que los pasos dados en las interpretaciones jurídicas o el haber reconocido derechos a la Madre Tierra, o el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en las constituciones políticas no son suficientes para hacer efectivo un respeto a la naturaleza en sí misma? La respuesta es no. Tal y como está la situación, han señalado algunos, se tendrá que aplicar el novedoso enfoque que conlleva a ecologizar las normas que, a su vez, llevará a sentar las bases de los derechos de la naturaleza.

Por lo pronto, se considera que además de trabajar en las soluciones del reconocimiento, es fundamental comprender las razones medulares que limitan a la sociedad a dar el salto para cambiar el estado de la cosas y, sobre estos temas, se ha elaborado el presente artículo que busca ser elemento motivador en una gran discusión que se está dando al menos a nivel doctrinal.

Eso sí, debemos tener perfectamente claro que, cuando hablamos derechos de la naturaleza, estamos involucrando una visión ecocéntrica, donde los seres humanos somos parte dentro esa ecuación, pero no el centro del todo, tal y como el paradigma antropocéntrico lo resalta.

Este artículo se ha divido en tres secciones. En la primera, se trata de establecer por qué no se pueden incorporar los derechos de la naturaleza como parte de las tipologías existentes de derechos fundamentales, puesto que, en ellas, siempre se antepone lo humano sobre el resto del ecosistema. Asimismo, se señalarán las fuerzas economicistas, así como las históricas que amarran el sistema para evitar que se trascienda. En la sección segunda, se profundizará en la teoría de los derechos humanos ambientales, para hacer notar que es un error considerar a los derechos

de los ecosistemas o derechos de la naturaleza, dentro de ellos. Finalmente, en la tercera sección, se abordará el tema del antropoceno que es la razón fundamental que obliga a tener que revolucionar el sistema, puesto que si ello no ocurre, nos acercaremos cada vez más a un punto de no retorno, a la nueva extinción masiva.

I. El error de considerar los derechos de la naturaleza dentro de los derechos humanos fundamentales

La protección ambiental en términos generales ha sido vinculada desde hace varias décadas a la tipología de los derechos humanos que clasifica a estos por generaciones[8]. Propiamente esa protección se ha ubicado dentro del concepto de un derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual forma parte de los derechos humanos de tercera generación.

Muchas constituciones políticas han modificado sus textos a lo largo de los últimos años para incorporar expresamente ese derecho humano[9]. Pero es claro que la idea que siempre ronda en las palabras que se utilizan es que se protege el ambiente de los sujetos humanos, quienes son los destinatarios de ese derecho, pues así lo señalan las propias palabras. En Costa Rica, por ejemplo, se expone en el nominal 50 constitucional: "*Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado*".

Los derechos de solidaridad, como también se les conoce a los derechos humanos de tercera generación, son claramente un constructo humano que evoca fraternidad o apoyo pero, entre nosotros, los humanos y ello, para los efectos de este artículo, ya lleva un error primordial por ser una visión parcializada para abordar un problema planetario que incumbe a todos los seres vivos por igual y, por ello, se proclama que debe existir una nueva rama del derecho con la autonomía respectiva que debe ser construida por supuesto.

Siguiendo con lo expuesto, Rey y Rodríguez (2006) señalan en su libro *Las generaciones de los derechos humanos*, refiriéndose a los derechos humanos de tercera generación, lo que estamos explicando sobre la primacía humana:

> *Los derechos humanos de tercera generación tienen diversas denominaciones: derechos colectivos de la humanidad, o derechos de las nuevas generaciones, o derechos de solidaridad, o derechos de vocación comunitaria […].*

Estos autores citados, puntualizando aún más lo anterior, nos señalan sobre los sujetos pasivos y activos en los derechos de solidaridad a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado:

> *El individuo, pero sobre todo el Estado, uno y otro en los planos individual y colectivo, aparecen como sujetos activo y pasivo de las relaciones jurídicas y procesos sociales que entrañan la necesidad de preservar los entornos en que se sustenta y transcurre la vida humana y natural.*

Por su parte, Gordillo (1999) expone al referirse a quienes son los sujetos que intervienen en los derechos humanos:

> *El derecho presupone la existencia de una vida en sociedad, de convivencia, puesto que aquél solo resulta necesario como regulador cuando entra en juego más de una persona. Esto trae aparejada, en el tema que nos ocupa, la necesidad de determinar quién puede ser titular de derechos humanos y frente a quién los hace valer o quién interviene en una relación de derechos humanos. No puede caber ninguna duda, que tal y como su nomenclatura lo indica el hombre es esencialmente el titular de la clase de potestades que nos ocupa […].*

Es decir, si el sujeto activo en los derechos humanos de tercera generación somos los humanos, en realidad esa protección especial ambiental está pensada en el disfrute y en el beneficio de los seres humanos y no de la biodiversidad pensada en sí misma (donde los humanos solo somos una parte más).

En esta búsqueda de una autonomía de los derechos de los ecosistemas, también es fundamental considerar el concepto de objeto, desde el punto de vista jurídico. Recordemos que, en los derechos fundamentales, ese objeto son las garantías de las personas en su doble perspectiva, sea social, como individual. Las garantías serían a tener patrimonio, a disfrutar de libertad y la amplia gama de posibilidades de ejercer los derechos de la personalidad (nombre, domicilio, etc.) frente a otros humanos. Es decir, como se aprecia, ese objeto de los derechos humanos no puede ser el mismo objeto que deberían tener los derechos de la naturaleza por la complejidad biológica. Y claro que falta mucho en esa construcción, pero ello no debe llevarnos a negar las abismales diferencias existentes entre un ser humano, una sociedad anónima y un río o una montaña sagrada.

Y por supuesto, existe la posibilidad de proponer nuevos criterios de interpretación y volcar la visión a respuestas integrales, donde se llegue a pensar que el grupo humano no sea visto en el centro del todo, sino solo como una parte, pero arribar a ese punto y mantenerlo como norte fijo son la parte compleja de esta encrucijada en la que estamos.

No es que no tengamos adelantos como se ha señalado, pero debemos tener claro que los humanos somos quienes nos hemos apropiado del planeta desde hace siglos y, por ello, hemos ordenado la forma de vivir en sociedad elaborando las leyes que nos regulan en relación con otras personas, el entorno y las “cosas”, pero aún no se ha podido evolucionar debidamente. Antillón (sin año de publicación) expone explicando al respecto:

> *En una visión abarcadora a partir de experiencias antiguas, como la egipcia y la persa, hasta nuestros días, podemos decir que el derecho fue un producto creado en beneficio de uno, varios, muchos o todos los humanos, según la época. Ello estuvo desde el comienzo respaldado en la antigua creencia religiosa, prácticamente universal, de que el hombre, imagen de Dios, es “el rey de la creación”.*

En la Biblia, propiamente en el Génesis, se reconoce que los humanos tenemos el deber de ser los amos y señores de toda forma de vida[10]. Y es que ese mito bíblico[11] ha calado y se ha justificado en la realidad, pues está previsto en normas de todo rango o en instrumentos internacionales[12] que, a su vez, llegaron y se posicionaron en el inconsciente colectivo definitivamente, y eso conllevó a tomar la idea de que somos los dueños absolutos del planeta, como algo normal dentro de una sociedad que considera a la biodiversidad como un bien fungible.

Ahora, en razón de lo anterior, si los derechos humanos son creaciones para y por los humanos, existe una pregunta clave en el dilema del reconocimiento de los derechos de la naturaleza: ¿será necesario que exista una nueva categoría de derechos no humanos, sino planetarios, para que la naturaleza tenga derechos por sí misma o basta con los sistemas de normas que tenemos?

Algunos autores han comenzado a hablar sobre los "derechos humanos ambientales", para acentuar aún más la necesidad de cambiar la hoja de ruta, de lo que hasta el momento no hemos podido lograr, pero ¿acaso ello no es retardar más la toma de decisiones oportunas y estamos siguiendo dentro del paradigma antropocéntrico? Es claro que, con esa propuesta, que parece aceptada incluso por organismos internacionales como veremos más adelante, tan solo se están tiñendo de verde las ideas ya establecidas desde hace siglos. Pero debemos ver que se impone construir la autonomía de los derechos de la naturaleza porque estos son y, valga la palabra, de naturaleza jurídica distinta, al derecho ambiental que hemos elaborado a la fecha[13].

Veamos que incluso cuando se habla del término "derechos humanos ambientales," se podría interpretar que seguimos dentro de lo mismo, pues al final de cuentas anteponemos lo humano y señalamos que somos lo primero y así se queda ratificado por la escritura directamente al inconsciente colectivo.

Y es que el lenguaje marca y define el futuro[14]. Recordemos que De Saussure (1987), padre de la lingüística estructural, consideraba que las costumbres de una nación tienen repercusión en su lenguaje y, por otro lado, en gran medida es la lengua lo que hace a la nación y a la sociedad en general.

Debemos ver la importancia de los puntos anteriores, entendiendo que, hasta el momento, muchas veces las respuestas clásicas del derecho, incluso las del moderno derecho ambiental han resultado insuficientes en la práctica para resolver los problemas ambientales y, por ello, seguimos viendo las mismas situaciones del pasado, a pesar de los avances en los textos normativos, las declaraciones internacionales o en algunas interpretaciones que han hecho operadores de justicia.

Con buen tino, también Santos Boaventura (2014) reconoce que hemos estado equivocados como sociedad desde hace siglos:

> *[...] los derechos humanos de raíz occidental, incluso cuando pensaron estar incluyendo todo lo humano, siempre estaban pensando no incluir más que aquello definido como tal. Los sujetos modernos de derechos*

> *son exclusivamente los humanos. En cambio, para otras gramáticas de la dignidad, los seres humanos están integrados en entidades más grandes —el orden cósmico, la naturaleza—, que de no protegerse harían que la protección de los seres humanos valiese de poco. Desde la concepción occidental de los derechos humanos es imposible concebir la naturaleza, la res extensa de Descartes, como sujeto de derechos humanos […].*

Es decir, no solo hemos antepuesto la palabra humano a los derechos de la naturaleza, sino que, como consecuencia de eso, no nos hemos visto integrados a ella y eso genera en parte la no efectividad, dado que los daños ambientales no los hemos visto como propios.

Respecto a las anteriores dudas y la forma en que hemos visto y abordado nuestras relaciones con los ecosistemas, Leff (2003) señala acertadamente:

> *Por ello la crisis ambiental es sobre todo de conocimiento […] la crisis ambiental entendida como crisis de la civilización, no podría encontrar una solución por la vía de la racionalidad teórica e instrumental que constituye y destruye el mundo. Aprehender la complejidad ambiental implica un proceso de desconstrucción y reconstrucción del pensamiento; remite a sus orígenes, a la comprensión de sus causas; a ver los errores de la historia que arraigaron en certidumbres sobre el mundo con falsos fundamentos; a descubrir y reavivar el ser de la complejidad que quedó en el olvido con la escisión entre el ser y el ente (Platón), del sujeto y del objeto (Descartes) para aprehender al mundo cosificándolo objetivándolo, homogenizándolo.*

El problema no solo está en los aspectos normativos claramente, sino que la situación que entraba al sistema muchas veces no encuentra respuesta racional, salvo en los poquísimos casos antes mencionados en Colombia o Argentina y, respecto a ello, Zaffaroni (2012) indica:

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

Antillón (sin año de edición) ha sido claro respecto a los avances teóricos y el porqué de la limitación y contradicción sistémica para hacer efectivo el derecho ambiental al escribir:

> *[…] el Derecho Ambiental, que al comienzo registra grandes progresos en algunos campos. Se pone de moda. Hay importantes seminarios que denuncian los acuciantes problemas. Pero en un cierto momento, cuando hay que descender de las declaraciones a las acciones, se detiene, porque llegó al punto en que empieza a chocar con el modelo económico dominante. Y en ese punto*

> *el Derecho Ambiental se revela como la nueva Cenicienta del Derecho, porque ha perdido el favor de los poderosos […].*

Al respecto, confirmando la razón interna y social de la inefectividad del derecho ambiental y del escaso avance en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, el epistemólogo Mario Bunge (1998) indica:

> *La ciencia social tiene un compromiso ideológico, promueve los intereses materiales de alguna clase social dada.*

Recordemos que el derecho es básicamente una ciencia social mediante la cual la humanidad, por siglos, ha hecho instrumentos de control y acción.

De forma más amplia, Leff (2000) confirma lo anterior al exponer:

> *La problemática ambiental no es ideológicamente neutra […] las ciencias no viven en un vacío ideológico. Tanto por su constitución a partir de las ideologías teóricas y las visiones prácticas del mundo que plasman el terreno conflictivo de las prácticas sociales de los hombres, como por las trasformaciones sociales, tecnológicas e ideológicas que se abren a partir de los efectos del conocimiento científico y por sus condiciones económicas, políticas e institucionales de aplicación, las ciencias están insertas dentro de procesos discursivos en donde el saber se debate en un proceso contradictorio de conocimiento/desconocimiento, de especificidad/reduccionismo, de donde deriva su capacidad cognoscitiva. La articulación de estos procesos de conocimiento con los procesos institucionales, económicos y políticos que condicionan el potencial tecnológico y la legitimidad ideológica de sus aplicaciones, se produce en un campo de intereses diferenciados de clases, grupos sociales, culturas y naciones.*

Es decir, el modelo de desarrollo económico que es ordenado por el derecho de cada Estado, evidentemente obliga[15] al sistema imperante a mantenerse para que todo se sostenga bajo los mismos presupuestos.

Por lo anterior, se tiene claro que existen razones dentro de lo racional de por qué hay frenos a los avances para que incluso existan sentencias que son interesantísimas; pero inejecutables por una u otra manera.

El punto dentro de todo esto está en que para tener cambios estructurales en el pensamiento colectivo, deben pasar decenas o cientos de años donde cuestionemos el estado de las cosas, y si el moderno derecho ambiental nace en los años setenta del siglo pasado, se observa que ello significa apenas un pequeño lapso de tiempo transcurrido en relación con los siglos que lleva imperando la visión antropocéntrica.

Por otro lado, no basta con modificar las constituciones políticas o diversas normas para tener un cambio del tipo que hablamos, pues para que, en realidad revolucionemos el sistema, se requiere además una modificación de conciencia.

Como lastre muy negativo a las espaldas de la humanidad, tenemos un sistema económico depredador, al que le interesa mantener la situación actual, donde la naturaleza (compuesta de "cosas") está para ser utilizada por los seres humanos. Por lo anterior, al mismo orden público y a la ciencia y la técnica les conviene que el derecho simplemente se tiña de verde, y que los derechos humanos tengan incorporada la variable ambiental, pero nada más, pues esto colabora, en parte, con la inefectividad del derecho ambiental y con la no materialización de los derechos de la naturaleza. Dicho de otra manera, reconocer los derechos de la naturaleza y aplicarlos atentan contra lo establecido y, desde lo inconsciente y hasta lo consciente, no se quiere que se genere la transformación, pues es revolucionaria. Las revoluciones asustan y crean mucha incertidumbre. Leff (2002) aclaró todo lo anterior al señalar:

> *El proceso de modernización, guiado por el crecimiento económico y progreso tecnológico, se ha apoyado en un régimen jurídico fundado en el derecho positivo, forjado en la ideología de las libertades individuales, que privilegia los intereses privados. Este orden jurídico se ha servido para legitimar, normar e instrumentar el despliegue de la lógica de mercado en el proceso de globalización económica. Esa inercia globalizadora -que se convierte en modelo de vida, pensamiento único y medida de todas las cosas- niega y desconoce a la naturaleza, no como un orden ontológico y una organización material de la que emerge la vida, sino que la presenta en su constitución como una "ecología productiva" y como condición de sustentabilidad de todo orden económico y social. La naturaleza es cosificada para ser dominada, es transformada en recurso natural y materia prima del proceso económico; pero esa economización de la naturaleza rompe la trama ecosistémica de la que dependen los equilibrios geofísicos, la evolución de la vida y la productividad ecológica del planeta.*

La Sala Constitucional y la instancia contencioso-administrativa en Costa Rica se mueven en esas aguas la mayoría de las veces y, para ello, se sigue únicamente en el primer párrafo de lo que nuestra Constitución Política señala en su artículo 50:

> *El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.*
> *Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado […].*

Los magistrados constitucionales han señalado, rescatando ese primer párrafo, que es la norma originaria de la Constitución de 1949 y dejando de lado el segundo párrafo que fue incorporado en 1994:

[…] La libertad de empresa y de comercio como derecho fundamental, íntimamente ligado, por su naturaleza, con el derecho al trabajo y de propiedad privada, es susceptible de ser restringido por una disposición del parámetro de convencionalidad o de constitucionalidad y, eventualmente, por la ley, en el tanto y en el cuanto el límite respectivo sea necesario, razonable y proporcionado. En el presente asunto, la restricción o limitación para ejercer la actividad empresarial agro-industrial de la siembra y expansión, exportación, distribución y comercialización de la piña en el cantón de Pococí, fue impuesta por un acuerdo del Concejo Municipal, ***lo que infringe directa y palmariamente el principio constitucional de la reserva de ley en materia de restricción a los derechos fundamentales y, por ende, quebranta la libertad de empresa y comercio*** *[…]. (El resaltado es nuestro). Voto constitucional n.º 2013-0013939.*

Más claramente dispusieron:

[…] Por último, es necesario considerar que la posibilidad de cambio del uso de suelo de los inmuebles particulares que han sido afectados previamente para la preservación del recurso forestal, se sustenta en que, según se había indicado anteriormente (Considerando V.- de esta sentencia), ***el concepto del desarrollo sostenible se incorpora al contenido de la debida tutela ambiental; con lo cual, es no sólo posible sino necesario el fomento del desarrollo económico y social de la población –en cumplimiento del precepto contenido en el primer párrafo del artículo 50 constitucional*** *(que enuncia "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza"); claro está, conforme al respeto de las normas ambientales, caso contrario se causaría* ***una grave paralización en el desarrollo de nuestro país*** **[***…]. Voto constitucional n.° 2006-17126. (El resaltado no es del original)*

De acuerdo con las tesis anteriores, ante una medida cautelar que buscaba detener los efectos nocivos de una posible contaminación marina en la costa atlántica costarricense, reconocida incluso por los desarrolladores en el estudio de impacto ambiental[16], los tribunales contenciosos administrativos optaron por mantener al proyecto en plena vigencia, antes que pensar en la protección ambiental precautoria a la vida marina:

En el caso de marras, más allá de un análisis de la apariencia de buen derecho que pudiera tener la parte actora ante la posible nulidad de la citada resolución; lo cierto del caso, es que dicha resolución lo que hizo fue dar un visto bueno o viabilidad ambiental a un proyecto de concesión de obra pública; es decir, la citada resolución emitida por la secretaria ambiental por sí misma no constituye una fuente de peligro o daño que amerite la intervención del Tribunal. El Despacho considera que no puede tenerse por

> *acreditado el peligro en la demora… finalmente, en* ***cuanto a la bilateralidad y ponderación de los intereses en juego, es claro que con la adopción de una medida como la pretendida por el Sindicato accionante, lejos de evitar un perjuicio mayor como el alegado, lo que vendría a significar es el atraso de una obra necesaria para el desarrollo y el bienestar del país, especialmente de la población de la zona atlántica por medio de la generación de empleos y progreso general […]*** *. Resolución n.° 99-2015 T dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo a las 11 horas 30 minutos del 15 de enero de 2015. (El resaltado no es del original)*

Por lo reseñado, se aprecia que el sistema busca mantenerse viendo lo ambiental y los derechos de la naturaleza con resistencias, porque el paradigma antropocéntrico, que es economicista, prima. Si bien se han dado saltos en lo ambiental en los últimos 40 años, tenemos que el derecho humano de tercera generación a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado parece que no es suficiente, porque siempre mantiene en el fondo y muy arraigada una visión que prefiere negar el reconocimiento de derechos a la naturaleza, en relación con criterios como necesidad de "fuentes de trabajo" o "libertades empresariales".

II. Profundizando en la categoría de derechos humanos ambientales como respuesta a la no efectividad de los derechos de la naturaleza

El derecho ha cambiado para ir trascendiendo y, como señalamos anteriormente, lo vinculado al ambiente se consolidó y se consideró como un derecho humano de tercera generación inicialmente.

Hoy en día, también se habla que lo relacionado a lo ecológico es un derecho humano de segunda generación, al tenerlo como integrante de lo que se ha denominado como DESCA; es decir, uno que forma parte de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que estos refieren a los derechos que posibilitan a las personas y sus familias a gozar de un nivel de vida adecuado.

Peña (2018) señala una serie de instrumentos internacionales que han reconocido y ratificado los derechos humanos ambientales en un interesante artículo denominado Derechos humanos ambientales. El autor cita desde pactos internacionales, hasta numerosas resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), sin dejar de lado conferencias sobre medio ambiente y desarrollo sostenible.

Pero, al final de cuentas, la gran mayoría de instrumentos internacionales, sean del hard law o del soft law, confluyen de manera expresa, en resumir que se debe proteger la naturaleza, pero aferrándose a un clásico principio hermenéutico pro homine, priorizando a los seres humanos sobre otras formas de vida.

Por ejemplo, en la resolución 25/21 (A/HRC/RES/25/21) del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, se señala:

> *[…] el derecho de los derechos humanos impone a los Estados determinadas obligaciones que guardan relación con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Y que el disfrute de los correspondientes derechos humanos y libertades fundamentales puede facilitarse si se efectúan evaluaciones de impacto ambiental, se hace posible la participación efectiva en los procesos decisorios en materia ambiental, y que una buena práctica en ese respecto es aprobar, reforzar y aplicar leyes y otras medidas que promuevan y protejan los derechos humanos y las libertades fundamentales en el contexto de la legislación y políticas ambientales […].*

Por su parte, la resolución 31/8 de 2016 del Consejo de Derechos Humanos también de la ONU (A/HRC/RES/31/8) dispuso que reconoce que:

> *[…] el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente contribuyen al bienestar humano y al disfrute de los derechos humanos", "los daños ambientales pueden tener repercusiones negativas tanto directas como indirectas en el disfrute efectivo de todos los derechos humanos […].*
>
> *También Peña (2018) señala:*
>
> *La Corte Internacional de Justicia de la Haya, en su opinión consultiva del 8 de Julio 1996 sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, consideró que: "el ambiente no es una abstracción, sino el espacio en el que viven los seres humanos y del cual dependen la calidad de su vida y salud, incluidas las generaciones futuras […] Además, la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, suscrita durante el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN de Rio de Janeiro del 2016, reconoce en su preámbulo: "la estrecha vinculación entre los derechos humanos y la conservación y protección ambiental al igual que la fundamental importancia que tiene mantener la integridad ecológica para lograr el bienestar del ser humano y combatir la pobreza.*

En lo anterior, se resume que, efectivamente, aunque hablemos de derechos humanos ambientales, como modernamente se considera oportuno, igualmente seguimos arrastrando ideas utilitarias de la naturaleza, aspectos que configuran -al menos para quien escribe- que sigamos observando la huella antropocéntrica en el diario actuar y esto sostiene y retarda fuertemente que se asuman plenamente los derechos de la naturaleza. Leff (2000) indica:

> *Las ideologías sobre la igualdad de los hombres, fundamento jurídico de las sociedades de los hombres, se vinculan con las ideologías teóricas que disuelven*

> *la especificidad de las ciencias con el propósito de generar un campo unitario del conocimiento. Su función ideológica es la de ocultar los intereses en conflicto en la legalidad de los derechos individuales, en la igualdad del saber sobre una realidad uniforme […] Las formaciones ideológicas que cubren el terreno ambiental generan formaciones discursivas, enunciados que tienen por función neutralizar en la conciencia de los sujetos sus conflictos de intereses. De esta forma la conciencia ideológica sobre los límites de recurso del planeta, al plantear la responsabilidad compartida de "todos los hombres que viajan en la nave Tierra", cubre bajo el velo unitario del sujeto del enunciado las relaciones de poder y de explotación desiguales de los compañeros de viaje".*

Es decir, al teorizarse y generalizarse sobre derechos humanos ambientales, estamos repartiendo las responsabilidades de todos los sujetos, como si todos fuéramos iguales al generar los impactos negativos al ambiente, donde, por la realidad, el sistema económico nos hace muy diferentes, incluso los Estados entre sí son muy diferentes. Y es que esa igualdad encubierta en el discurso de los derechos humanos adormece el cambio necesitado y hace pasar como correcto que las cosas sigan igual. Además es manifiesto que, al hablarse de derechos humanos ambientales, anteponemos lo humano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza.

Reconocemos la importancia de los derechos humanos ambientales en protección a grupos de personas, pues se necesita el aire o el agua, pero como se ha señalado, en varias resoluciones internacionales recientes que reconocen los DESCA, se abordan también los derechos de la naturaleza entremezclados, y ahí es donde apreciamos el error epistemológico. Por ejemplo, recientemente en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-23-17 del 15 de noviembre 2017, leemos que luego de defender los derechos humanos ambientales, existe un asomo a los derechos de la naturaleza:

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

Podríamos señalar que lo anterior es incorrecto, bajo la línea de que los derechos de la naturaleza deberían estar separados de los derechos humanos ambientales. Pero en el discurso y para seguir bajo el mismo *status quo* antropocéntrico, se ha preferido verlos y tenerlos como unidos, a pesar de las diferencias en cuanto al objeto y los sujetos a proteger que son diferentes.

El presupuesto del que se debe partir es que los derechos DESCA protegen el disfrute y la utilización de los ecosistemas en beneficio de los humanos. Pero los derechos de la naturaleza son garantías que la propia naturaleza debe tener por sí misma. En lo anterior, es donde hay una confrontación por ahora, pues es contradictorio que se defienda la utilidad a favor de los humanos de la naturaleza y que también se hable de otorgar un reconocimiento efectivo a los derechos de la naturaleza. Esto deberá estudiarse y analizarse a futuro con mucho detenimiento.

Lo anterior no deja de ser interesante señalarlo, pues significa que, de alguna forma, la realidad de la crisis ambiental ha obligado a hablar de los derechos de la naturaleza; pero existe una alta posibilidad de que estos no trascenderán bajo los presupuestos dados, pues las fuerzas económicas y la matriz histórica de siglos están presentes de forma directa en normas y en las enseñanzas aprendidas por siglos.

Como parte de los DESCA, muchos autores, tales como Morato Leite (2018) o Mario Peña (2018), entre otros, han elaborado criterios tratando de buscar una solución a la inefectividad del derecho ambiental que permita hacer el cambio de paradigma. Esta nueva posición es conocida como la ecologización del derecho ambiental.

> *Peña (2019) señala:*
> *Partiendo del hecho de que no existen derechos humanos absolutos, ilimitados ni irrestrictos, y que el derecho al ambiente, por sí solo, no es suficiente para dar solución integral a la amplia y creciente gama de problemas de índole social, económica y ambiental, surge el enfoque integral de los derechos humanos ambientales, por medio del cual, el operador jurídico, para lograr los objetivos de la Justicia Ecológica, a través de la hermenéutica jurídica ecológica, debe encontrar todas aquellas zonas de confluencia que permitan integrar y aplicar de forma justa, razonable y equilibrada, el derecho al ambiente con el resto de derechos humanos ambientales, garantizando a la vez, el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales sin sobrepasar los límites planetarios.*
> *Peña (2019) agrega:*
> *De acuerdo con Garver (2013), citado por Morato Leite y Galbiatti Silveira (2018), un Estado de derecho ecológico cumple con las siguientes características: • Reconocimiento de que los humanos son parte del sistema vital terrestre y no separados de éste; • Limitaciones a los regímenes jurídicos por consideraciones ecológicas necesarias para promover la vida e inclusión de los límites ecológicos en esferas socioeconómicas; • Integración de los regímenes jurídicos y otras disciplinas, como la economía, de forma sistémica e integrada, para resolver los problemas en conjunto y no de forma aislada; • Cambio radical del abordaje económico a través de la reducción del uso de materiales y energías, en razón de no traspasar los límites ecológicos; • Distribución justa y utilización de los principios*

> *de proporcionalidad y subsidiariedad a nivel local y global; • Distribución equitativa entre generaciones presentes y futuras y entre humanos y otras formas de vida; • Consideración de estado de derecho ecológico vinculante y supranacional, con supremacía sobre otros regímenes jurídicos; • Ampliación de la investigación y monitoreo para mejorar el entendimiento y respeto de los límites ecológicos; • Consideración de la precaución sobre los límites planetarios; • Adaptabilidad como característica del derecho ecológico, en razón a la naturaleza de los límites ecológicos y del equilibrio de la naturaleza.*

Pero conforme a nuestra tesis, en la aplicación de los criterios de un Estado de derecho ecológico que conlleva a la ecologización del derecho ambiental, existe hasta la fecha en el discurso una esencia antropocéntrica difícil de abandonar, pues en su médula, se tiene a lo humano como primordial y fundamental y no como un elemento más del ecosistema.

Recordemos que los factores económicos son los imperantes, y mantener la cosificación de la naturaleza es parte imperativa de ese sistema utilitario por más que se enuncie que deben respetarse los ecosistemas. Gudymas (2015) señala siguiendo esta línea:

> *[…] es importante advertir que el marco prevaleciente es antropocéntrico, insistiendo en presentar a la conservación bajo distintas apelaciones a su utilidad y necesidad para los humanos, como esfuerzos que deben ser objetivos, sin compromisos morales y que sirven a la descripción de las actuales condiciones ambientales.*

Con la ecologización bien asimilada del derecho, podría tenerse una respuesta seria del inicio del resquebrajamiento del paradigma antropocéntrico y la implementación real de los derechos de la naturaleza; pero se debe separar de la fórmula de la ecologización la primacía que se le da a lo humano, porque a la fecha, con esa visión con enfoque humanista, no se aprecia más allá que una nueva forma de insistir bajo los mismos presupuestos sin modificar la tendencia que pone al humano por delante y tiene a la naturaleza como bienes fungibles. La nueva visión de la ecologización de los derechos de la naturaleza debe elaborarse buscando la autonomía de esta nueva rama del derecho.

Consideramos que es básico que existan nuevos principios y se deben determinar bien el objeto y los sujetos de los derechos de la naturaleza para que se pueda dar el paso al frente en la autonomía. Ya la jurisprudencia ha comenzado con lo suyo en una especie de activismo judicial de parte de personas juzgadoras innovadoras y conscientes, y en la doctrina, se comienzan a sentar las bases de lo que deben ser los derechos de la naturaleza.

III. A pesar del antropoceno[17], la inefectividad prevalece

Latour (2017) señala de forma general que el antropoceno o "Edad de los Humanos" es un término que considera que la influencia del comportamiento humano sobre la Tierra, en lo que respecta a la destrucción de ecosistemas, ha sido significativamente negativa y, es por ello, que esta época podría constituir, incluso, una nueva era geológica. En este caso, se considera el abusivo modelo de producción y el consumo de energía a partir del gas natural, carbón y petróleo que juntos han emitido gases de efecto invernadero en cantidades tales que han colaborado fuertemente en el calentamiento global.

De acuerdo con Paul Crutzen, quien acuñó el término antropoceno, Elizabeth Kolbert (2015) señala sobre los efectos de esta nueva era:

> *De los muchos cambios a escala geológica que han efectuado los humanos, Crutzen citaba los siguientes: -La actividad humana ha transformado entre la tercera parte y la mitad de la superficie terrestre del planeta. -La mayoría de los principales ríos del mundo están regulados o trasvasados. -Los humanos usan más de la mitad del agua dulce fácilmente accesible del mundo […].*

Corroborando todo lo anterior, en el Informe del Secretario General de la ONU n.°. /73/419 del 30 de noviembre de 2018, se señala:

> *113. Existe el consenso científico que, a nivel mundial, la diversidad biológica se está perdiendo a un ritmo alarmante. Las amenazas a la diversidad biológica proceden de una multitud de fuentes y actividades directas e indirectas, que abarcan desde la fragmentación de los hábitats, la contaminación y la introducción de especies exóticas invasoras hasta el cambio climático. 114. Los factores que ocasionan la pérdida de diversidad biológica suelen ser complejos, múltiples e interrelacionados y para abordarlos se requiere la interacción de numerosos instrumentos diferentes. 115. Muchas de las amenazas no respetan las fronteras nacionales o se plantean en zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional; lo mismo sucede con los hábitats y ecosistemas o especies a los que se aplican. Al mismo tiempo, habida cuenta de la complejidad de la cuestión, la evidencia científica es incompleta o inexistente en algunos aspectos […].*

Por ello, este momento histórico nos pone en un estadio decisor crucial, donde urgen nuevas valoraciones que obliguen al cambio de paradigma, por lo que, si el derecho ambiental moderno ha demostrado que no es una herramienta del todo eficaz en muchos casos a la fecha, menos lo serían los recién surgidos derechos de la naturaleza.

Para finales del siglo pasado, Serrano (1992) señalaba sobre la conflictividad entre desarrollo y protección de los ecosistemas:

> *En materia ambiental hay sin embargo una peculiaridad de las exigencias sociales que supone un verdadero obstáculo para la actuación. Se trata del carácter contradictorio de las exigencias sociales sobre los poderes públicos en materia ambiental: de un lado, los movimientos ecologistas organizados y, en general la trama difusa de la ecología social exigen al Estado la articulación político-jurídica de nuevas medidas de protección al ambiente y simultáneamente, condenan la mala aplicación de las ya existentes, por otro lado, amplios sectores sociales exigen una política de crecimiento económico de desarrollo industrial de zonas rurales, de inversión pública en infraestructuras de relajación de la disciplina del suelo, de tolerancia urbanística en zonas deprimidas con interés turístico, etc. El enfrentamiento típico entre estas dos posturas ha supuesto un cierto aire de crisis del sistema jurídico ambiental que todavía no dispone de criterios consolidados para la decisión, ni en el campo jurisdiccional, ni en el dogmático. La situación de crisis se ve agudizada además porque ambas presiones – la ecologista y la desarrollista – son, a su vez contradictorias.*

Como ejemplo de lo complejo del sistema jurídico y de los conflictos socioambientales, en el XVI Informe del Estado de la Nación en Costa Rica, Boeglin (2010) hacía un recuento del grado de efectividad de las sentencias ambientales de nuestra Sala Constitucional, donde concluyó:

> *[…] la falta de voluntad política de las autoridades de cumplir con decisiones de la máxima instancia judicial, ya sea a nivel local (municipal) o de autoridades nacionales (ministerios y otras entidades)… tiene como efecto previsible exacerbar a las comunidades afectadas, las cuales buscan nuevas formas de obtener el cumplimiento de estas sentencias. Algunas optan por la vía penal por incumplimiento y desobediencia de las autoridades: estas acciones por desobediencia usualmente no prosperan, y la Fiscalía no las activa, dado que los criterios formales para una acusación de tipo penal esgrimidos por la Sala III no son reunidos en el texto de las sentencias de la Sala Constitucional. Así por ejemplo, de más de unas 600 acciones por desobediencia, presentadas y declaradas con lugar ante la Sala IV, ninguna ha dado lugar a alguna acción por parte de la Fiscalía […].*

El sistema está fallando, eso es algo claro, así como indiscutible, no solo en Costa Rica, sino también en Centroamérica y en diversas partes del mundo.

Muchas veces, las fallas ocurren por negligencia y falta de aplicación del principio de tutela científica o el precautorio a la hora de autorizar proyectos que tendrán su impacto negativo ambiental. Lo expuesto se debe precisamente porque el paradigma antropocéntrico nos impone un velo para no observar lo frágil de ciclos vitales de los ecosistemas.

Pero también, por ejemplo, existen actos de corrupción desde las administraciones públicas con conductas de acción u omisión que son contrarios al derecho ambiental, asunto que es terriblemente negativo y esto también es parte de un sistema viciado que ha permitido tácitamente que las situaciones se repliquen una y otra vez.

Además, agravando el panorama, en la ecuación, los operadores de justicia que emiten criterios y valoraciones siguen una línea utilitaria y economicista del ambiente, ya sea por poca sensibilidad ambiental o por otras razones que podrían ser oscuras.

Todo lo anterior da como resultado la inefectividad comentada

Al parecer podríamos afirmar subjetivamente, sin temor a equivocarnos, que el argumento de que debemos tener más "conciencia y ética," como siempre se invoca en diferentes foros y parece que no ha surtido todo el peso necesario lamentablemente, pues ni la parte institucional, los desarrolladores o muchos de los operadores de justicia actúan para cambiar los escenarios nefastos que nos conducen aceleradamente al antropoceno.

En el *Informe del estado de la nación* para Costa Rica n.° 18 del 2011, se señala, confirmando la conflictividad socioambiental y la no efectividad, lo siguiente:

> *En 2011 los conflictos ambientales tuvieron un perfil similar al de años anteriores: se caracterizaron por tener al Estado como principal destinatario de las protestas, por la alta judicialización de los conflictos y por la persistencia de problemas arrastrados por varios años… En lo que sí se distinguió el 2011 fue en el número de protestas registradas en materia ambiental. El mayor en catorce años y superior a la cifra récord de 2010.*

Pero ello no era nuevo, pues en el *Informe del estado de la nación* del 2009, ya se había expuesto también sobre el papel del Estado en materia ambiental:

> *[…] El Estado ha dejado de ser el mediador entre entes privados y comunidades y ha pasado a ser el generador de conflictos por decisiones tomadas sin diálogo […].*

Por todo lo anterior, es fundamental que se produzca un cambio al nuevo paradigma ecocéntrico y que se reconozcan los derechos de los ecosistemas y de los sujetos no humanos, pues caer en desesperanza ambiental es sumamente peligroso para la estabilidad de los Estados.

Otro problema detectado y que también genera la infectividad del derecho existe porque la parte institucional lo sostiene dando resoluciones administrativas o sentencias teñidas de argumentos protectores de la naturaleza, pero que, por su redacción, hacen que se siga en el fondo transgrediendo los derechos que se supone que se estaban protegiendo, pues es lo que conviene a los intereses de grupos de poder.

Para que se aprecie lo anterior, se comenta que, en el caso de una de las cuencas más contaminadas de Costa Rica, como lo es la del Río Grande de Tárcoles, desde el año 2007, se encontró con lugar un recurso de amparo por parte de los magistrados constitucionales, quienes reconocieron el problema. Pero la sentencia no pasó de ahí y, aunque señaló la obligación de actuar en defensa de la biodiversidad, la no efectividad siguió existiendo por la forma en que redactó la resolución de fondo, donde los altos jueces solo señalaron que se debían tomar acciones de forma genérica sin establecer plazos y metas. Los magistrados dispusieron:

> *A partir de lo indicado en los considerandos anteriores, observa la Sala que, en la especie, con los hechos descritos por el recurrente y las probanzas agregadas al expediente, no queda duda de que la cuenca del río Grande de Tárcoles presenta altos índices de contaminación por cuanto se han generado actividades que no han sido vigiladas de manera responsable y que han ocasionado y siguen produciendo, un serio daño ambiental; situación que a pesar de la abstracción que implica, justifica la intervención de este Tribunal […] De tal modo, en el caso concreto, hay una obligación estatal compartida entre el Ministerio de Salud, las diferentes corporaciones municipales que tienen jurisdicción territorial en los lugares por donde atraviesa la cuenca del río Grande de Tárcoles, el MINAE, el ICAA, la CCSS, entre otros, de velar por el cumplimiento de la normativa existente en aras de proteger el ambiente, los recursos hídricos, naturales, entre otros que implican vida para los pobladores y el futuro de las generaciones venideras. Ahora bien, del expediente se desprende que ya se han creado diferentes comisiones y comités a lo interno de las instituciones recurridas y que pretenden, en coordinación directa con municipios y otros entes estatales, adoptar las medidas que sean necesarias para dar fiel cumplimiento a esa obligación estatal de preservar el ambiente y los recursos de la cuenca del río Grande de Tárcoles; sin embargo, en criterio de esta Sala, tales iniciativas no son suficientes todavía pues a pesar de que cuentan con muy buenos proyectos y estrategias, lo cierto del caso es que, hasta la fecha, no se han logrado concretar en actuaciones materiales que permitan cumplir con los objetivos propuestos pues es muy evidente que el proceso va muy lento pero sobre todo que el apoyo estatal a tales proyectos, no proporciona los mecanismos necesarios para que su aplicación sea contundente y en ese sentido observa la Sala que hay una omisión estatal que debe ser corregida… Por tanto: Se declara con lugar el recurso. Se ordena a […]* ***que de inmediato adopten las acciones necesarias para eliminar de manera integral los focos de contaminación que existen a lo largo de la cuenca del río Grande de Tárcoles y se tomen medidas para iniciar el proceso de reparación del daño ambiental ocasionado en esa***

> ***cuenca, en la medida en que ello fuere posible, para lo cual deberán realizar la coordinación que el caso amerite tendiente a solucionar integralmente el problema objeto de este amparo y que ha originado su estimatoria*** *[…]. (El resaltado es nuestro).*

Entonces, conforme a lo visto, la inefectividad del derecho ambiental tiene razones profundas que limitan su materialización plena y, por ende, lo cierto es que los derechos de los ecosistemas, por ejemplo, están en un estadio primigenio sumamente difuso, donde les falta mucho para ser concedidos a plenitud, puesto que el sistema lo impide.

La humanidad actual vive como si no hubiera futuro, sin importarle lo que se avecina y, por esto, las respuestas a la no efectividad son complejas. La no efectividad no solo es un problema de falta de una línea clara de reconocimiento jurisprudencial expresa, sino también no existe un cambio normativo. Y todo esto se debe no solo al adoctrinamiento histórico que por siglos hemos tenido donde se cosifica y resta valor a todo lo que no es humano, sino también el sistema economicista y depredador imperante ha hecho que no se tenga la sensibilidad ni la ética necesaria.

Las sentencias de Colombia al Río Atrato o la de la Amazonía y la del Río Tárcoles se aprecian como no efectivas por ser pioneras y carentes de un sistema que actúe correctamente por la visión antropocéntrica imperante. Pero ello no les resta valor.

Para encontrar algunas respuestas al porqué de esa crisis generadora de la ineficiencia del derecho ambiental, debemos hablar sobre lo que es un paradigma, puesto que ello colaborará en desnudar y entender lo profundo de los cambios necesitados.

El científico Thomas Kuhn (1962) fue el primero que introdujo el término paradigma dentro del vocabulario científico social en su obra: *La estructura de las revoluciones científicas.* En ese texto, el autor define los paradigmas como:

> *Una sólida red de compromisos conceptuales, teóricos, instrumentales y metodológicos. El paradigma incluye un cuerpo implícito de creencias teóricas y metodológicas entretejidas que permiten la selección, evaluación y crítica, es la fuente de los métodos, problemas y normas de solución aceptados por cualquier comunidad científica […].*
> *Boff (2002) señala que un paradigma es:*
> *[…] toda una constelación de opiniones, valores y métodos, etc. compartidos por los miembros de una sociedad determinada, que funda un sistema disciplinado mediante el cual esa sociedad se orienta a sí misma y organiza el conjunto de sus relaciones.*

Como se puede comprender, debe existir un rompimiento de los esquemas tradicionales que se han venido gestando en el últimos siglos y que hacen que se tenga que estudiar con otro enfoque la realidad, tal y como la conocemos, con otros métodos para comprender que existen los derechos de la naturaleza y eliminar aquello de la cosificación. Leff (1994) considera que:

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

En Costa Rica, siguiendo al padre del derecho civil, Alberto Brenes Córdoba (1981), este nos encuadra y enseña que las cosas (donde se incluyen los ecosistemas y los animales) deben ser entendidas de la siguiente manera:

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

Nuestro Código Civil, la Ley N.° 63 del 28 de septiembre de 1887, tiene un capítulo que se llama *De la caza y la pesca*. En este, se señala lo siguiente:

> *Artículo 494.- Los animales feroces que escapen del encierro en que los tengan sus dueños, podrán ser destruidos por cualquiera, y podrán ser ocupados desde que el dueño deje de perseguirlos.*
>
> *Artículo 495.- Los animales domésticos están sujetos a dominio, que se adquiere y trasmite en la misma forma que las demás cosas.*

Entonces: ¿cuánto cuesta cambiar el paradigma antropocéntrico? ¿Cuánto tardará en cambiarse el paradigma antropocéntrico por el ecocéntrico? ¿Es un cambio dentro de lo racional o en el inconsciente? ¿Molesta o duele hacer ese cambio?

Y es que comenzar a comprender esta situación de que no somos el todo ha sido un fuerte trauma para muchos, ya que como se ha expuesto, desde hace siglos, habíamos interiorizado el constructo social, suponiendo que somos la especie superior, la dominante y la que puede manejar de forma absoluta de planeta. Por ello, el cambio tarda mucho, pues requiere pasar por diversos procesos y, prueba de ello, son las sentencias de Colombia o la costarricense que están dando un paso al frente, pero han resultado ineficientes en su ejecución.

Por lo anterior, se entiende que si el mismo derecho está diseñado y redactado para tener que pensar que lo más importante en el planeta es la humanidad, debería cambiar, dado que esa visión es reconocidamente antropocéntrica y transgrede toda lógica, proporcionalidad y razonabilidad en un mundo que enfrenta la era del antropoceno.

Por su parte Capra (1996), indica, zanjando diferencias entre la forma de analizar la ciencia y el cómo la abordan los estudiosos que están ubicados en uno u otro paradigma:

> *La ecología superficial es antropo-céntrica, es decir, está centrada en el ser*

> *humano. Ve a éste por encima o aparte de la naturaleza, como fuente de todo valor y le da a aquella un valor únicamente instrumental "de uso". La ecología profunda no separa a los humanos -ni a ninguna otra cosa- del entorno natural. Ve el mundo, no como una colección de objetos aislados, sino como una red de fenómenos fundamentalmente interconectados e interdependientes.*

El jurista argentino Zaffaroni (2011), en una línea similar a la de Capra, nos explica la dicotomía de los paradigmas, señalando que existen dos posiciones:

> *A) una ecología ambientalista que sigue considerando que el humano es el titular de los derechos y que si bien puede reconocer obligaciones de éste respecto de la naturaleza, no corresponde asignar a ésta el carácter de titular de derechos. B) y una ecología profunda -deep ecology- que le reconoce personería a la naturaleza, como titular de derechos propios, con independencia del humano […].*

El maestro Zaffaroni aclara sobre la conflictividad entre los paradigmas y las argumentaciones políticas sobre los efectos prácticos entre las posiciones lo siguiente:

> *La ecología profunda, basada en el reconocimiento de la personería jurídica de la naturaleza, no deja de producir cierta molestia y abierta desconfianza en el campo de la teoría política. No nos referimos a las objeciones articuladas por los intereses bastardos que en su afán de renta inmediata pretenden llevar adelante hasta la catástrofe total la depredación planteada, sino a quienes con sinceridad -y a veces también con razón frente a algunas manipulaciones- creen ver en ella un serio peligro para la democracia y la libertad. Dado que la ecología profunda necesariamente debe criticar el sistema productivo actual, no faltan quienes la creen una tentativa de legitimar un nuevo stalinismo con diferente discurso legitimante. Por otro lado, como en muchas veces reivindica un localismo que revaloriza la vida austera, otros sospechan que oculta una nostalgia fascista. Más allá de estas sospechas también es verdad que con pretexto ecológico aparecen curiosos personajes que pretenden reducir la población planetaria sin explicar cómo u otras atrocidades semejantes. Dejando de lado a los últimos, que nunca faltan, lo cierto es que toda la ecología -incluso sin llegar a ser tan profunda- no puede dejar de objetar el actual desarrollo del capitalismo en cuanto a sus efectos de depredación planetaria. Nadie puede ignorar que en el siglo XX se deterioró más el planeta que en todos los milenios anteriores y que el ritmo de degradación de las condiciones de habitabilidad humana, si se proyecta sin interrupción, lleva a la catástrofe y a la extinción de la vida humana en la tierra que, por el momento -y parece que por mucho tiempo aún- es el único*

> *hogar de la especie. Cuando esto se traduce en términos políticos, no puede menos que ser un argumento tentador para cualquier radicalización crítica de derecha y de izquierda y, con suma facilidad, convertirse en un argumento no sólo contra un capitalismo desmesurado y depredador, sino incluso contra la propia modernidad y, finalmente, contra los derechos humanos. Es muy fácil pervertir el discurso ecológico, en particular profundo, hasta caricaturizarlo y convertirlo en un discurso contrario a las declaraciones de derechos y presentar el geocentrismo o cualquier otra tentativa de reconocer el carácter de sujeto de derechos a la naturaleza, como un discurso anti humanista que, por quitar al humano del lugar de titular del dominio absoluto de la naturaleza lo degrada a microbio eliminable si se opone a su conservación […].*

Es palpable, por lo anterior, que existen los grupos de poder político que desean seguir resguardando las posibilidades de ser quienes dominan el entorno geográfico y económico dentro de una lógica con visión antropocéntrica. Leff (2000) expone al respecto:

> *Las ideologías sobre la igualdad de los hombres, fundamento jurídico de las sociedades democráticas, se vinculan con las ideologías teóricas que disuelven la especificidad de las ciencias con el propósito de generar un campo unitario de conocimiento. Su función ideológica es la de ocultar los intereses en conflicto en la legalidad de los derechos individuales, en la igualdad del saber sobre una realidad uniforme.*

Por lo anterior, a pesar de la crisis planetaria, aún no se logra que la humanidad haga el movimiento radical para cambiar, porque el sistema económico pretende que las libertades empresariales economicistas perduren. Se nota que existe un *animus* en no modificar los patrones de consumo, ni cambiar las normas. Se tendrán que empeorar los problemas climáticos globales para que, por esos cambios, se consideren respetar y reconocer los derechos de la naturaleza como una rama autónoma.

Pero, mientras, el paradigma antropocéntrico seguirá y aunque se tendrán avances, estos no serán siempre significativos y ejecutables y, muchas veces, la línea hará regresiones, aspecto que no es anormal, sino que es lo esperable, cuando de sujetos humanos hablamos.

El paradigma antropocéntrico, con sus mecanismos inconscientes introyectados desde hace siglos y el modelo de consumo y desarrollo, palpados en muchas normas del ordenamiento jurídico, tales como las Constituciones Políticas, los tratados de libre comercio y los códigos civiles o reglamentos nos permitirán por ahora llegar hasta donde esas fuerzas no progresistas quieran y, por ello, urge discutir, criticar y hacer propuestas para cambiar profundamente.

Conclusiones

Las tres causas de mayor peso que generan la ineficiencia de los derechos de la naturaleza son las siguientes: a) las motivadas en el adoctrinamiento, por siglos, que hemos tenido dentro del paradigma antropocéntrico que es cosificador; b) la consideración de que los derechos de la naturaleza están dentro de los derechos humanos; y c) la del sistema economicista que solo busca el lucro de unos cuantos, donde lo ambiental es secundario. Dichas causas han condicionado el marco jurídico y el inconsciente colectivo sin lugar a dudas.

Incluso hasta algunas visiones de desarrollo sostenible utilizadas por políticos y empresarios se manejan como mito para hacernos creer que podría haber un equilibrio y esperanza para el futuro, pero de seguir igual, ello no es viable.

Descosificar a los bienes que tradicionalmente han sido tomados como cosas es fundamental en el siglo XXI, pues ello nos eleva éticamente en el proceso evolutivo. Si graficáramos lo anterior, la figura por la que se optaría sería un círculo, donde en el centro estarían el planeta, los ecosistemas, la biodiversidad y los humanos entremezclados; si no se hace así, el antropoceno será irreversible.

Los derechos de los ecosistemas y de los sujetos no humanos deben estar fuera de los derechos humanos, sean de los de tercera generación y/o de los del enfoque de derechos humanos ambientales, pues en estos siempre se antepone lo humano a cualquier otra "cosa" y eso retrasa el reconocimiento de los derechos de la naturaleza.

No se puede desconocer que lo ambiental es parte de los derechos humanos, pero no por ello se deben integrar propiamente los derechos de la naturaleza, con los humanos, pues tienen sus diferencias en cuanto a objeto y los sujetos. Continuar con una lógica de integración es como insistir en el argumento del pasado, que el derecho agrario y el ambiental son parte de un mismo bloque sólido, sin autonomía uno del otro. Por ello hay que construir la autonomía de los derechos de la naturaleza.

Para romper con la no efectividad de los derechos de la naturaleza, es fundamental considerar la ecologización del derecho. Para ello no basta con señalar que debemos tener más conciencia, pues está visto que el cambio no se dará por la razón de un simple querer. Un cambio de peso en el sistema iniciaría considerando los derechos de la naturaleza fuera de los derechos humanos.

Reconozco que las ideas expuestas podrían ser vistas demasiado dispersas, pero así inicia el camino de la autonomía de la nueva rama de los derechos de la naturaleza.

Bibliografía

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

- Antillón, W. (sin año de edición). *La naturaleza ¿persona jurídica?* Sin Editorial. Costa Rica.

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

- Boeglin, N. (2010). *Nivel de cumplimiento de decisiones judiciales en materia ambiental relativas a la protección del recurso hídrico, contenido en décimo sexto Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible*. Costa Rica.

- Boff, L. (2002). *Ecología: grito de la Tierra, grito de los pobres*. Madrid: Editorial Trotta.

- Bunge, M. (1998). *Sociología de la ciencia.* Argentina: Editorial Sudamericana.

- Capra, F. (1996). La trama de la vida. España: Editorial Anagrama.

- Correa, M. (2019). *La sentencia del Amazonas que se quedó en nada*. Artículo en el diario *El Colombiano.* Consultado el 28 de marzo de 2019. https://www.elcolombiano.com/colombia/la-sentencia-del-amazonas-que-se-quedo-en-nada-PA10237910

- De Saussure, F. (1987). *Curso de lingüística general*. México: Distribuciones Fontamara S. A.

- Fernández, E. (2016). Una amplísima legitimación para el acceso al juez constitucional: de la defensa del derecho ambiental (Costa Rica) a la defensa de los derechos de la naturaleza (Ecuador) contenido en la obra colectiva *El derecho al ambiente en la Constitución Política alcances y límites.* Costa Rica: Editorial Isolima.

- Gómez-Heras, J. (2010). *En armonía con la naturaleza, reconstrucción medioambiental de la filosofía.* Madrid: Biblioteca Nueva.

- Gordillo, A. (1999). *Derechos humanos*. Argentina: Editorial Fundación de derecho administrativo. Cuarta Edición.

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

- Kolbert, E. (2015). *La sexta extinción, una historia nada natural*. Barcelona: Editorial Planeta S. A.

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

- Latour, B. (2017). *Cara a cara con el planeta*. Argentina: Editorial Siglo XXI.

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

- Leff, E. (2000). *Los problemas del conocimiento y la perspectiva ambiental del desarrollo*. Argentina: Siglo veintiuno Editores.

- Leff, E. (2002). *Saber ambiental*. Argentina: Siglo veintiuno Editores.

- Leff, E. (2003). La complejidad ambiental. Argentina: Siglo veintiuno Editores.

- Morato Leite, J., Galbiatti Silveira, P, (2018). *A Ecologizaçao do Estado de Direito: uma Ruptura ai Direito Ambiental e ao Antropocentrismo Vigentes, A Ecologizaçao do Direito Ambiental Vigente, Rupturas Necessárias.* Morato Leite, J.R. (coordinador), Lumen Juris.

- Peña, M. (2018). *Derechos humanos ambientales*. Visible en: https://www.academia.edu/34561035/Derechos_Humanos_Ambientales consultado el 6 de abril de 2019.

- Peña, M. (enero/marzo 2019). *Revista de Derecho Ambiental*. Número 57. Argentina. Justicia ecológica en el siglo XXI.

- Santa Biblia. (1990). Gran Bretaña: Editorial Mundo Hispano.

- Sagot, A. (Septiembre, 2015). El derecho constitucional ambiental costarricense en momentos de un neoconstitucionalismo con enfoque biocéntrico. *Revista Judicial.* Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Número 117.

- Serrano, J. (1992). *Ecología y derecho.* España: Editorial Comares.

- Stone, C. (2009). ¿Los árboles deberían tener legitimación procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales. Contenido en la obra *Derecho ambiental y justicia social*. Colombia: Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes, Pontificia Universidad de los Andes.

- Sousa Santos, B. (2014). *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: Colección Dejusticia.

- Zaffaroni, E. (2012). *La Pachamama y el humano.* Buenos Aires: Ediciones Colihue.

Notas

1 *Causa n.° P-72.254/15 del 03/11/2016, de la chimpancé "Cecilia" y causa n.° CCC 088831/2014/CFCI del 18/12/2014, de la orangutana "Sandra". Ambos asuntos se han dado en Argentina.*

2 *La sentencia del Río Atrato es la n.° T-622/16.*

3 *La sentencia de la Amazonía colombiana es la n.° ST 4300-2018.*

4 *En Brasil, la chimpancé de nombre Suiza fue el primer simio del mundo, en el 2010, declarado sujeto no humano con derechos, pero obtuvo dicha declaratoria luego de fallecida. El caso de la orangutana Sandra es un reflejo de cómo se le reconocieron derechos judicialmente para trasladarla a un santuario, pero varios años después, no se ha ejecutado la resolución. Solamente la chimpancé Cecilia vive en un santuario.*

5 *María Victoria Correa (2019) señala en artículo en diario El Colombiano: "El 5 de abril de 2018 – hace ya 10 meses– la Corte Suprema de Justicia le ordenó al Gobierno colombiano proteger la Amazonia. Esto se dio a través de una sentencia que tenía dos características particulares: una, que fue un hecho sin precedentes, y dos, se dio en respuesta a la tutela que 25 jóvenes y niños de todo el país instauraron con el apoyo de Dejusticia. La Corte en dicha sentencia ordenó, entre otras cosas, formular "un plan de acción de corto,*

mediano y largo plazo que contrarreste la tasa de deforestación en la Amazonia" y la construcción de un "pacto intergeneracional por la vida del Amazonas", en el que se adopten medidas encaminadas a reducir a cero la deforestación y las emisiones de gases efecto invernadero. Para ambas órdenes la Corte dio un plazo de cuatro y cinco meses, respectivamente, es decir, debían estar listas antes de septiembre de 2018. Pues bien, al día de hoy, no hay nada de eso: No está listo ni el plan de acción ni el pacto intergeneracional. No hay nada".

6 *La Constitución Política ecuatoriana en el 2008 reconoció expresamente los derechos de la naturaleza: "Articulo 71.- La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos […]".*

7 *Como dato sumamente destacable, pero que es ejemplo sobre la visión antropocéntrica que aún perdura incluso en Ecuador, Fernández (2016) menciona sobre la defensa de los derechos de la naturaleza en Ecuador, lo siguiente: "Llama la atención una situación curiosa que notamos en todos los casos de defensa de derechos de la naturaleza a los que hemos hecho referencia. Se trata del hecho de que, a pesar de que los accionantes han acudido ante el juez, no a título personal, sino en representación de la naturaleza – puesto que es ella la titular de los derechos cuya defensa se ha alegado –, los casos han sido oficialmente registrados por las cortes ecuatorianas como si el actor u ofendido lo fuera la persona que actúa en nombre de la naturaleza, y no esta última. Por ejemplo, en el caso del Río Vilcabamba se registra como actores/ofendidos a los esposos Richard Fredrick Wheeler y Eleanor Geer Huddle".*

8 *Ahora, se aclara que no se plantea en este artículo que el derecho ambiental clásico que nos viene desde la Cumbre de Estocolmo esté mal, o que los derechos de la naturaleza sean una etapa superior, sino que cuando hablamos de los derechos de los ecosistemas, debemos pensar en un derecho autónomo con un objeto, con sujetos y principios diferentes al derecho ambiental.*

9 *Peña (2018) señala en el artículo Derechos humanos ambientales, sobre la cantidad de constituciones políticas que se han modernizado al introducir textos expresos sobre el derecho a un ambiente sano: "Más de 95 de entre ellas han consagrado el derecho humano al ambiente como un nuevo derecho fundamental de valor constitucional. Y aún en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, numerosas cortes constitucionales o cortes supremas han igualmente reconocido el derecho al ambiente"*

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

11 *Aftalión y Villanova (1992) señalan sobre el Génesis: "También el mito del Génesis contiene una ideología al servicio de una estructura social determinada […]".*

12 *El Considerando quinto de la Declaración de Estocolmo 1972 indica: "[…] De cuanto existe en el mundo, los seres humanos son lo más valioso […]". Por su parte el principio primero de Declaración de Río 1992 señala: "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza".*

13 *Que por cierto ha resultado en muchísimos casos ineficaz para resolver sobre nuestras relaciones entre nosotros y el entorno.*

14 *Sobre la importancia lingüística y los efectos del reconocimiento de los derechos de la naturaleza, Stone (1972) expone: "Se debe considerar también el hecho de que el vocabulario y las expresiones que están a nuestra disposición inciden e incluso dirigen el curso de nuestro pensamiento […] los jueces, al poder referirse sin temor a los derechos legales del medio ambiente, tendrían el estímulo para desarrollar un derecho viable para el medio ambiente, en parte simplemente debido a la disponibilidad y la fuerza de esa expresión. Además, el que los tribunales pudieran hablar de esa manera contribuiría a la creación de ideas populares; una sociedad que habla de los derechos legales del medio ambiente, estaría inclinada a aprobar más normas legislativas de carácter formal que lo protegieran".*

15 *Gómez Herra (2010) también en esa línea señala: "[…]En cualquier caso, la ciencia y la técnica no son ni política, ni ética, ni cosmovisionalmente neutrales ya que aparecen encuadradas en una llamémosle, ideología. […] Los intereses del hombre requieren los servicios de la ciencia y de la técnica para dominar y explotar una naturaleza sometida a su servicio […] La tecnociencia en modo alguno aparece como neutral puesto que se integra en las experiencias y valores del mundo vivido […]".*

16 *En el estudio de impacto ambiental del proyecto Terminal de Contenedores de Moín, expediente número 7968 – 2012- SETENA, los propios desarrolladores señalan: "[…] se anticipa la re-suspensión de lodos, que incluso podrían ser anóxicos. Este es un impacto intenso por la gran cantidad de sedimentos que se estarían levantando e igualmente tendría una extensión total porque se inicia en la parte norte del AID con el dragado de préstamo e incluso se tiene la posibilidad de que, por efectos de la corriente dominante allí que tiene dirección sureste y una velocidad de 0,5 m/s el sedimento se desplace hacia el sur, donde convergería con el sedimento del dragado capital, y ya juntos, continuar su viaje hacia el sureste donde entraría al área de corales y de pesca de pargo […]".*

17 *Este periodo o era, también se ha comenzado a llamar recientemente capitaloceno, siguiendo la tesis de que no todos los humanos hemos contribuido por igual en generar los daños ambientales en las dimensiones que se aprecian hoy en día.*

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 67-86 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

CULTURA JURÍDICA Y CONSTRUCCIÓN DE LA INDIGENEIDAD EN EL PODER JUDICIAL COSTARRICENSE

MSc. Mónica María Pérez Granados
pmonicag@yahoo.es

RESUMEN

En este artículo, se exploran aspectos de índole cultural que inciden en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Para esto se indaga sobre la construcción de la indigeneidad en el marco de la cultura jurídica del Poder Judicial costarricense y sus efectos en la forma de impartir justicia y en el ejercicio de los derechos de pueblos y de las personas indígenas.

Palabras clave: Cultura jurídica, indigeneidad, derechos, justicia, Poder Judicial

ABSTRACT

In this article, I explore the cultural aspects that affect the exercise of rights of indigenous people, for this reason explore about the construction of indigeneity in the framework of the Costa Rican Judiciary and its effects in the justice and in the exercise of rights of indigenous people.

Key words: legal culture, indigeneity, rights, justice

Recibido 6 febrero 2020 Aceptado 27 febrero 2020

Abogada por la Universidad de Costa Rica. Investigadora asociada del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. Doctoranda en Antropología en la Universidad Nacional Autónoma de México.
Correoelectrónico: moniperaz@gmail.com, ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1887-2846

Introducción

En el proceso de construcción del Estado nación costarricense, la clase en el poder, imbuida de ideas evolucionistas y de la supuesta superioridad racial de los europeos, construyó una idea de identidad nacional ordenada de forma jerárquica, con un mestizo blanco, de origen predominantemente europeo como el protagonista de la nación costarricense, lo cual lleva a perfilar a los pueblos indígenas como colectividades subordinadas, debido a su tácita ubicación en un estado evolutivo inferior.

Al respecto, Marisol de la Cadena (2009) plantea un ejercicio de historización de la noción de indigeneidad, como referida a un relato y formación discursiva sobre lo indígena; es decir, a la idea que pueden tener estos grupos y los no indígenas sobre el ser indígena.

En el caso de Costa Rica, se erige como un proceso de otrerización, mediante el cual, lo indígena, de forma colectiva e individual, se construye como el otro interno, no solo diferente, sino también inferior al nosotros; por tanto con una calidad étnica subvalorada y excluida de los grupos de poder, cuya supuesta inferioridad pasa a considerarse una característica esencial constitutiva de "lo indígena".

Esta construcción se asienta en la colonialidad del poder, instituida con base en el concepto de raza y en la idea de la superioridad de Europa sobre América, las cuales permiten instaurar un nuevo patrón mundial de poder que determina el establecimiento de relaciones (políticas, económicas, sociales y culturales), capaces de generar un limitado acceso a bienes y servicios, así como al ejercicio de derechos para las poblaciones racializadas (Quijano, 1995).

Lo anterior se evidencia en Costa Rica en las condiciones de vida de las poblaciones indígenas. Al respecto, los datos del Censo del 2011 resultan reveladores, pues muestran que las personas indígenas habitan en las zonas más pobres, con infraestructura de menor calidad y enfrentan inconvenientes para satisfacer sus necesidades básicas, tales como obtener una vivienda y acceder a un empleo digno[1].

Por su parte, esto se expresa a escala judicial en la asidua asistencia de estas poblaciones a instancias como la Sala Constitucional costarricense, encargada de garantizar los derechos y las libertades fundamentales consagradas en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de los derechos humanos, en un intento para hacer efectivos sus derechos vulnerados.

Sin embargo, los indígenas no siempre encuentran una respuesta satisfactoria a sus demandas, a pesar de que Costa Rica ha adoptado la más importante normativa internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y cuenta con normativa interna e instancias destinadas a reconocerlos y hacerlos efectivos.

Así, el Estado costarricense aprobó el Convenio 169 de la OIT, el cual fue convertido en ley de la república en 1992 y ha acogido la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas del 2007; además de haber promulgado la Ley Indígena N.° 6172

desde 1977 y, recientemente, la Ley N.° 9593, denominada *Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica*, del 28 de septiembre de 2018, entre otras normas relacionadas con los derechos indígenas.

En adición, la instauración de instancias como la Sala Constitucional en 1989 y la Subcomisión de Acceso a la Justicia del Poder Judicial costarricense, creada en mayo de 2007, han abierto espacios para que los pueblos indígenas planteen demandas y procesos donde se analicen las violaciones a sus derechos, pese a los cuales persisten brechas que impiden hablar de un efectivo ejercicio de estos.

Por su parte, la distancia entre lo que la norma indica y su aplicación práctica habla de un conjunto de factores que desbordan lo normativo y se sitúan en los planos económico, social y cultural.

Así, en la presente exploración, se retoman los aspectos de índole jurídico-cultural que inciden en el ejercicio de derechos de pueblos y personas indígenas, con el fin de hacerlos parte de la noción de cultura jurídica enunciada por el sociólogo del derecho, Lawrence Friedman, en su texto *El sistema legal* de 1975, en el cual, habla del concepto de cultura legal, al indicar que "se refiere al conocimiento público de y a patrones de actitudes y conductas hacia el sistema legal". (Friedman, 1975: 193).

A partir de esta definición, Friedman distingue entre la cultura legal externa e interna, define la primera como el conjunto de las ideas que personas de una sociedad determinada mantienen frente al sistema jurídico, y la segunda, como la concepción que del derecho tienen quienes realizan tareas legales especializadas.

Retomo esta última definición y, siguiendo a Friedman (1975, 1997, 2003), entiendo la cultura jurídica interna del Poder Judicial costarricense como el conjunto de expectativas, creencias, actitudes y opiniones de las personas funcionarias judiciales en relación con el derecho, la cual, en tanto sustrato de las interpretaciones posibles, permite una mayor compresión de la noción sobre "lo indígena" que se encuentra inserta en las acciones tomadas, las sentencias dictadas y en el ejercicio de derechos.

Así, exploro la construcción de la indigeneidad en el marco de elementos definitorios de la cultura jurídica del Poder Judicial costarricense y sus consecuencias en el ejercicio de derechos, con el objetivo de conocer qué factores jurídico-culturales inciden en la brecha que existe entre los derechos reconocidos y su aplicación práctica, a efectos de que su conocimiento y su visibilización abonen a su efectivo disfrute.

El método utilizado

Dado que el presente texto responde a una exploración inicial cualitativa y no exhaustiva, para abordar lo relativo a la cultura jurídica interna realicé un total de doce entrevistas a personas juzgadoras judiciales, de las cuales la mayoría la componen mujeres (ocho de ellas y cuatro hombres) mayores de 35 años, con estudios de maestría y una amplia experiencia en el Poder Judicial, y sus nombres se mantienen en el anonimato, por lo cual se utilizan seudónimos;

adicionalmente, tres de ellos se desempeñan como docentes.

De dichas entrevistas, se transcriben los fragmentos considerados de relevancia para la presente exploración. Estas entrevistas se hicieron en casas de habitación, cafés, restaurantes y por medio de comunicaciones de correo electrónico entre los meses de junio y septiembre de 2019. Por su parte, la observación etnográfica permitió relacionar los discursos expresados en las entrevistas con características sociales de los sujetos entrevistados.

En adición, ilustro estas declaraciones con criterios establecidos en sentencias emitidas por la Sala Constitucional costarricense, debido a su carácter vinculante, es decir, obligatorias para todos los jueces de la república[2].

Lo indígena en el marco de la cultura jurídica del Poder Judicial costarricense

El proceso de colonización hace que, en Costa Rica, se asuma la tradición jurídica romano-germánica, adoptada a consecuencia del proceso de colonización costarricense por España. En consecuencia, el conjunto de creencias, actitudes y opiniones respecto al derecho (Friedman, 1975, 1997, 2003) se inscribe en el caso del Poder Judicial en el marco de dicha tradición, la cual posiciona la ley, emanada de las autoridades competentes, como la principal fuente del derecho. De tal forma, para efectos jurídicos, las normas positivas definen a quién se considera indígena, cómo se le considera y el ejercicio de derechos derivados.

Al respecto, la Ley Indígena N.° 6172 de 1977 señala en su artículo primero que "son indígenas las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones pre-colombinas y que conservan su propia identidad".

Esta definición refiere dos características para que una persona o pueblo sea considerado como indígena: que se trate de descendientes directos de civilizaciones precolombinas y que conserven su propia identidad. En consecuencia, ambos criterios deben ser identificados por las personas juzgadoras para determinar si la ley aplica o no. Para esto, se han apoyado de forma mayoritaria en lo que indican las Asociaciones de Desarrollo Indígenas (ADIS), las cuales son instancias creadas por el Estado, en los resultados de peritajes culturales y, en menor medida, en lo que enuncia la propia comunidad[3] a través de sus entes representativos[4].

Así, en la mayoría de los casos, los entes estatales definen quién es indígena o no.

Lo anterior tiene efectos concretos en el ejercicio de derechos, en tanto no es siempre la propia comunidad, sino el Estado quien define quién es indígena, en transgresión a su derecho a la autonomía. Por otro lado, no siempre se cuenta con peritajes culturales que permitan la aplicación de una justicia con pertinencia cultural.

Por su parte, en su artículo 1, inciso b, el Convenio 169 de la OIT puntualiza lo siguiente:

> *[…] son indígenas quienes descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época*

> *de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (OIT, 1989, artículo 1).*

De tal forma, quedan excluidos de los derechos contenidos en ese cuerpo normativo, los inmigrantes indígenas que no pertenecen a pueblos ubicados dentro de la región geográfica a la que el país pertenecía en la época de la Conquista, y que han salido del territorio donde se han desplazado históricamente. Esto excluye las nuevas dinámicas de desplazamiento y movilidad a sitios no tradicionales, debido a conflictos ambientales, violencia y a las políticas de ausencia estatal en territorios indígenas.

La costumbre dentro de una cultura jurídica imbuida por la tradición romano-germánica

Por su parte, el hecho de que la tradición romano-germánica se base en la primacía de la ley como la fuente de derecho desemboca en que el derecho escrito prevalezca por sobre otras fuentes.

Así, dentro de la tradición romano-germánica, la costumbre desempeña un papel supletorio, es decir, no goza del valor de la norma escrita, emanada de la autoridad competente, según el procedimiento establecido, el cual es concebido, a su vez, como garantía de la legitimidad social y de la racionalidad de la norma, pues la ley se considera como la expresión de la voluntad general.

Adicionalmente, dentro de la tradición romano-germánica y para el positivismo jurídico, el ordenamiento jurídico es un sistema de normas, cuya unidad se basa en la norma fundamental, de la cual todas las normas del ordenamiento sucesivas derivan su validez, y se ordenan de acuerdo con el orden jerárquico establecido.

En concordancia, con esta teoría, en el caso de Costa Rica, la jerarquía normativa se establece en los artículos 6 y 7 de la Ley General de la Administración Pública y en el Capítulo I del Código Civil costarricense, según los cuales la conceptualización del derecho indígena como derecho consuetudinario le otorga la categoría de fuente no escrita, supeditada al ordenamiento jurídico positivo, lo cual lleva a su miramiento dentro de una estructura piramidal positivista que coloca a la costumbre en la base de la pirámide, como fuente supletoria y subordinada a la moral (de la sociedad dominante) y el orden público.

En efecto, según lo estipulado en el artículo 3 del Código Civil costarricense: el uso y la costumbre solo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo, lo cual, sumado al positivismo imperante, menoscaba otras concepciones de derecho no procedentes del Poder Legislativo, según el procedimiento establecido en la norma suprema (tal es el caso del derecho indígena).

En concordancia en el artículo 8, sección dos del Convenio 169 de la OIT, se estipula que "Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias,

siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos", de lo cual se deriva su subordinación al sistema jurídico nacional.

A lo anterior, se suma el positivismo jurídico que concibe como valor primordial la seguridad jurídica y refuerza la idea de un juzgador condicionado a acatar la norma escrita, lo cual marca la aplicación de criterios y la emisión de sentencias que dan prevalencia a criterios normativos más que a los culturales, sociológicos, históricos y axiológicos, los cuales, si bien sí son considerados, no tienen el mismo peso que el de la literalidad de la norma[5].

Esto desemboca en una desatención de aspectos simbólicos y, por tanto, limita las posibilidades de llenar de contenido los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, con consideraciones de tipo sociocultural, de tal forma que estos se efectivicen y no sean meramente nominales.

En adición, la jurisprudencia tiene el rango de norma no escrita y sirve para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito[6]. Por tanto, salvo el caso del valor vinculante de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la de los jueces superiores no es directamente aplicable por los inferiores, en relación con casos análogos, aun cuando sea objeto de control de constitucionalidad.

Lo anterior surge en el marco de una construcción del Estado nación costarricense como compuesto por una población ciudadana étnicamente homogénea, de origen europeo, la cual se asocia con la modernidad, la civilización, el desarrollo y a la otrerización de lo indígena como calidad étnica connaturalmente asociada a la ruralidad, la tradición, el salvajismo y la premodernidad y, por ende, como calidad étnica subordinada.

La función de la persona juzgadora

Así, la consideración de la norma escrita como cimiento y garantía de la objetividad lleva a concebir la labor de aplicación normativa que realiza la persona juzgadora, como un razonamiento deductivo, el cual consiste en imputar la norma aplicable de la legislación vigente al caso en cuestión, para que, una vez verificado el cumplimiento de los supuestos estipulados en ella, se produzcan los efectos jurídicos planteados y se logre justicia pronta y cumplida.

Esta concepción mecanicista irreal, pero predominante, ha llevado a concebir a la persona juzgadora inserta dentro de una estructura jurídica estatal como la boca de la ley, lo cual desemboca en la desconsideración de quienes imparten justicia en las comunidades indígenas como jueces o juezas en el sentido estricto de la palabra.

Por su parte, la preponderancia de la norma escrita dentro del ordenamiento jurídico costarricense se respalda a nivel formativo en una fuerte preparación teórica y un limitado papel al estudio de la jurisprudencia, a la discusión interdisciplinaria y a la formación práctica, aunque

la labor de interpretación normativa obedece a razones de índole económica, social, cultural y personales que, al lado de la norma, llevan a dimensionar como legítima una determinada interpretación y no otra.

La persona juzgadora es, pues, la boca de la ley, sí, pero de una ley interpretada de acuerdo con un contexto y hasta con posicionamientos personales, ocultados bajo el principio de independencia judicial.

En consecuencia, la familia romano-germánica, ligada al positivismo jurídico, el cual concibe el campo jurídico como una ciencia objetiva, separada de la política, la moral y la economía, desemboca en la creencia de que basta con aplicar una norma legítima, racional, universal y objetiva, en tanto emanada del órgano y por el procedimiento competente, para garantizar la eficacia del derecho y la resolución de problemas sociales. Es decir, lleva implícita la idea de que la norma dictada por el legislador siguiendo el proceso establecido es legítima y de que la Administración de Justicia es justa.

Lo anterior se expresa en las definiciones normativas. Al respecto, el artículo 2 de la Constitución Política costarricense manifiesta que la soberanía reside exclusivamente en la nación. Por su parte, el artículo 105 establece que la potestad de legislar mora en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa por medio del sufragio. Así las normas promulgadas por esta son expresión de la voluntad popular, y sumado al artículo 129, que establece que las leyes son obligatorias y que nadie puede alegar ignorancia de estas, y al numeral 41 que señala que, recurriendo a las leyes, todos deben encontrar reparación a las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales, y que debe hacérseles justicia pronta y cumplida, llevan a conceptualizar la ley como expresión de la voluntad popular (ente trascendente, homogeneizado y monolítico) expresada y delegada en el Poder Legislativo, el cual promulga instrumentos que permiten hacer efectivos los derechos, pues, gracias a ella, se debe encontrar reparación y se debe hacer justicia pronta y cumplida. Por estos motivos, se deriva que la ley promulgada por los canales establecidos es *per se* justa y buena.

En ese sentido, es particularmente distintiva la representación de la justicia en el edificio de los tribunales costarricenses como una diosa de ojos vendados y balanza en mano, que refiere a una autoridad trascendente e incorruptible que, sin mirar diferencias, otorga a cada uno y de manera justa cuanto le corresponde.

Estas ideas refuerzan la creencia de que, para hacer efectivos los derechos, basta con la existencia de normas; pese a que estas no se apliquen, de ahí se desprende la fe en que la emisión normativa y las reformas jurídicas, en especial las de la fuente suprema o constitucional, bastan para permitir el acceso y efectivo ejercicio de los derechos.

Por otra parte, la confianza en la emisión normativa, como remedio para hacer efectivos los derechos y encontrar reparación a los daños sufridos, incide en que no se cuestione su efectividad, pese a su discordancia con la realidad o a su ineficacia. Esto conduce a su vez a que, en la práctica, la emisión normativa sirva

más para legitimar las prácticas de las instancias públicas y las políticas de ausentismo estatal con respecto a los pueblos indígenas que como herramienta efectiva para ejercer derechos. Lo anterior evita la problematización y privilegia el mantenimiento de un orden social, económico y político determinado.

Si a estas ideas se les suma el temor de los jueces de incurrir en prevaricato[7] "que tipifica como delito penado con años de cárcel al funcionario judicial que dictare resoluciones contrarias a la ley", así como la cantidad de trabajo existente[8] que dificulta discusiones amplias e interdisciplinarias, hacen incidir en interpretaciones jurídicas que pueden terminar por reproducir nociones sobre lo indígena que se han convertido en aspectos "de sentido común" y han sido naturalizadas como evidencias, más que en interpretaciones innovadoras que efectivicen el principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos, las cuales requieren de discusiones a fondo de aspectos que rebasan lo meramente jurídico.

"Lo indígena" como calidad asociada a las prácticas inhumanas y al canibalismo

Ahora bien, la prevalencia del derecho escrito lleva a desconocer como tal aquellos preceptos que no sigan la vía de creación normativa establecida en la norma suprema. Estos quedan fuera del sentido común jurídico, de ahí que el derecho indígena sea visto y conceptualizado dentro del ordenamiento jurídico costarricense como derecho consuetudinario o, incluso, como un conjunto desarticulado de costumbres ligadas a mitos y a una visión del mundo de seres ubicados en un estado evolutivo inferior, lo que a su vez, los hace acreedores de un protoderecho inferior al de un ordenamiento normativo racional. De esto se deriva que tales costumbres deben ser reconocidas únicamente, si no contradicen los ordenamientos jurídicos nacionales, los derechos humanos, la moral y el orden público.

En este escenario, se inscribe lo expresado en la histórica sentencia en la que la Sala reconoció la constitucionalidad del Convenio 169, con ocasión de la consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad de que fue objeto la adopción de esa norma internacional. En esa sentencia, la Sala estipuló:

> *El Convenio consultado […] plasma en un instrumento internacional jurídicamente exigible una serie de derechos, libertades y condiciones económicas, sociales y culturales tendentes, no sólo a fortalecer la dignidad y atributos esenciales de los indígenas como seres humanos, sino también, principalmente, a proveer medios específicos para que su condición de seres humanos se realice plenamente a la vista de la situación deprimida, a veces incluso explotada y maltratada, en que viven los aborígenes de muchas naciones; situación que no es del todo ajena al Continente Americano, donde las minorías, y a veces mayorías indígenas, se encuentran práctica-mente desplazadas de la civilización predominante […] Hoy, en el campo de los derechos humanos se reconoce […]*

> *Que es también necesario garantizar el respeto y la conservación de los valores históricos y culturales de las poblaciones indígenas, reconociendo su peculiaridad, sin otra limitación que la necesidad de preservar, al mismo tiempo, la dignidad y valores fundamentales de todo ser humano reconocidos hoy por el mundo civilizado —lo cual implica que el respeto a las tradiciones, lengua, religión y en general cultura de esos pueblos sólo admite como excepciones las necesarias para erradicar prácticas universalmente consideradas inhumanas, como el canibalismo—; c) Sin perjuicio de lo anterior, debe también reconocerse a los indígenas los derechos y medios necesarios para acceder, libre y dignamente, a los beneficios espirituales y materiales de la civilización predominante [...]*[9].

.

Esto implica el reconocimiento de la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, dentro de la noción de "lo indígena" como calidad étnica asociada a prácticas inhumanas y al canibalismo, relativa a sujetos "prácticamente desplazados de la civilización predominante"; de tal manera, por encima del respeto a sus tradiciones, se encuentra la obligación de resguardar "la dignidad y valores fundamentales reconocidos por el mundo civilizado".

A partir de este razonamiento, se deducen la exclusión de los indígenas del mundo civilizado y la idea de que sus tradiciones pueden vulnerar los derechos humanos. Así, sin ningún antecedente histórico, ni caso referencial que en concreto permita sostener tales argumentaciones, se les atribuye a las indígenas costarricenses prácticas como el canibalismo, el cual los deshumanizan en tanto encierra un elemento en las ideas que asocian lo indígena con lo salvaje, fijando un criterio racista no utilizado con otros colectivos.
En concordancia, se reconocen las costumbres indígenas en la medida en que se trate de las costumbres permitidas por el ordenamiento jurídico, la moral y el orden público, lo cual deja abierta la intromisión en asuntos internos en todos aquellos casos que el indio permitido (Hale, 2004) se salga de los límites y márgenes del sistema jurídico dominante, lo cual implica una transgresión a la autonomía.

Por su parte, este criterio es respaldado por la existencia de normas que conceptualizan la validez de las costumbres de los pueblos indígenas cuando no se oponen a los derechos fundamentales reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales ni a los derechos humanos internacionalmente reconocidos[10], siendo el discurso implícito de estas normas que las costumbres indígenas son susceptibles de violentarlos.

Lo indígena como calidad étnica subordinada

En este marco, se crean instituciones para atender y representar a los pueblos indígenas. Así en la Ley Indígena y su Reglamento, se establecen las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígenas (ADIS) y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) como instancias representativas de los pueblos indígenas, aunque

sean entes de creación estatal, lo cual es vivido por quienes han objetado estos entes como un acto de subordinación de sus instancias representativas a las estructuras impuestas por el Estado que, de esa forma, extiende su control sociojurídico sobre las comunidades.

Sobre este tema, el relator especial de Naciones Unidas explicó en su visita a Costa Rica en el 2011:

> *[...] las ADI que existen en los varios pueblos indígenas de Costa Rica son percibidas como agencias del Estado y no como instituciones verdaderamente representativas de los pueblos. Se alega que las ADI han sido una imposición que ha llevado a debilitar las estructuras tradicionales de representatividad*[11].

Al respecto, una situación particularmente grave es la vivida en Térraba, donde dicha instancia sigue manteniendo la participación ilegítima de personas no indígenas, lo cual ha llevado a que un sector del pueblo no la reconozca, debido a las desafiliaciones y afiliaciones ilegítimas. Esta situación dio cabida a la sentencia 2010-10224, en la cual la Sala Constitucional costarricense varía el criterio respecto al cual eran las ADIS quienes definían a quién se consideraba como indígena para reconocer que eran los ancianos de la comunidad, quienes debían definirlo.

No obstante, al margen de lo estipulado en dicha sentencia, la Sala ha reiterado[12] a las ADIS como la única expresión legítima de representatividad de la comunidad indígena, al grado de que, en cada territorio, no puede haber más de una[13].

Por eso, aunque, en el 2010, parece darse un quiebre en cuanto al poder otorgado a las ADIS, en el 2011, mediante el voto 397, la Sala reitera la competencia de estas instancias para disponer de la posesión de la tierra[14], así como considera que "la mayor parte de las poblaciones indígenas tienen un grado de evolución cultural bastante avanzado, debido a su forma de organización actual, a través de las Asociaciones de Desarrollo Indígenas". Este criterio evidencia, a su vez, una noción de lo indígena como calidad étnica ubicada en un grado evolutivo inferior, lo cual demuestra "su evolución," en tanto se organice a través de dichas instancias estatales.

En cuanto a la CONAI, inicialmente se mantuvo el criterio de considerarla como el ente representativo de las comunidades indígenas, lo cual comenzó a variar en el 2005[15], cuando la Sala sostuvo que si bien la CONAI era una entidad estatal conformada por indígenas, no podía asimilarse a las comunidades indígenas.

No obstante, la CONAI sigue siendo el forzoso referente estatal en tareas de vital importancia para la autonomía de las comunidades indígenas. Tal es el caso de la competencia en las certificaciones de derechos de no indígenas en áreas colindantes con los territorios, o la competencia para autorizar y vigilar la explotación racional de los recursos naturales renovables en los territorios indígenas[16].

La consideración de aspectos socio-culturales en la emisión de sentencias

Dado el escenario previamente referido, los aspectos de índole cultural son accesorios y no siempre son contemplados para emitir sentencias,

aunque cada pueblo tiene diversas formas de llenar de contenido y hacer efectivos sus derechos. Al respecto, Carolina refiere:

> *Debemos cuestionarnos sobre el tipo de "justicia" que se está impartiendo realmente en el país, por cuanto esta podría estar más ciega de lo que debería estar, al omitir, a la hora de impartir el fallo, aspectos socioculturales y económicos relevantes. Los jueces de la república se encuentran abrumados con la cantidad de casos y expedientes que deben resolver. A la hora de emitir una sentencia, lo normal es que ese tipo de discusiones no se lleven a cabo. Realmente, es en casos muy grandes en los que se manejan grandes intereses económicos, y en los que los grandes bufetes participan como partes, que se podría presentar este tipo de discusión. (Comunicación personal, 11 de junio del 2019).*

En similar sentido, Alejandra indica:

> *Si las partes introducen, por ejemplo, la necesidad de un peritaje cultural o un peritaje antropológico, se incorpora y, a partir de ahí, se genera alguna discusión, pero es una discusión reglada, no libre. Por ejemplo, en materia penal, gracias al convenio de la OIT, se ha empezado a hacer peritajes culturales de las poblaciones indígenas cuando una persona indígena se encuentra como víctima o como imputado en un proceso penal y, a partir de ahí, se generan discusiones importantes. (Comunicación personal, 19 de agosto de 2019).*

Al respecto, para las personas juzgadoras entrevistadas, la existencia de una formación profesional formalista lleva a que el juez se considere como el aplicador de la literalidad de norma, más que como un actor que dentro del contexto histórico y sociopolítico deba realizar una interpretación con un elevado nivel de elaboración.

Al respecto, Ricardo explica:

> *Las clases, en su mayoría, siguen siendo magistrales y en las que se va a tomar nota de lo que luego se debe repetir en los exámenes. Seguimos siendo educados para aplicar leyes y códigos y repetir lo que dice el profesor. Falta un aprendizaje práctico que nos prepare para enfrentar cosas que de las que hablan poco los profesores en las clases, y en general que adolecen de una discusión a fondo en la sociedad costarricense (Comunicación personal, 23 de agosto de 2019).*

Por su parte, Carolina señala:

> *En las universidades costarricenses, tanto públicas como privadas, la educación jurídica se lleva a la práctica a través del estudio de los libros de texto de doctrina, historia y filosofía del derecho, así como del marco normativo que nos rige, siguiendo la pirámide de*

> *Kelsen de las normas, partiendo de la Constitución y los tratados y convenios internacionales, hasta los reglamentos, decretos, etcétera. Los profesores usualmente imparten clases magistrales y evalúan lo aprendido por el estudiante a través de exámenes parciales y finales, desde mi experiencia no existe la práctica de enseñar a través del análisis de caso. (Comunicación personal, 11 de junio de 2019).*

En concordancia, Alexis apunta:

> *En las universidades la formación se basa en el estudio del sistema normativo; ahorita, en el mejor de los casos, de la Constitución hacia abajo. Lamentablemente, no siempre los instrumentos internacionales de derechos humanos han tenido un peso significativo en la malla curricular. Ciertamente, predomina más la clase magistral, todavía, aunque hay otras metodologías, siguen predominando los exámenes basados en el conocimiento y no necesariamente en la resolución de casos. Por otro lado, la resolución del conflicto no es en conciencia, sino con base en la normativa y en el orden jerárquico que se juró cumplir. (Comunicación personal, 13 de junio de 2019).*

Así, aun cuando el estudio de casos no sea ajeno a las escuelas de derecho costarricense, se privilegian las clases magistrales, el estudio de teoría y la aplicación de exámenes, muchas veces focalizados en criterios memorísticos y en los que se consignan las soluciones dadas por el docente, más que en el estudio de casos y en una discusión interdisciplinaria dirigida a la resolución de problemas.

Aunado a lo anterior, dentro de la formación académica de las universidades, los cursos sobre los derechos de los pueblos indígenas son básicamente inexistentes y no se encuentran dentro de cursos obligatorios. De esta manera, aunque posteriormente el Poder Judicial -a través de las Unidades de Capacitación y de la Escuela Judicial- imparte cursos de formación con el propósito de crear conciencia en la judicatura sobre los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, persisten limitaciones debido a la carencia de una formación básica sobre el tema.

Sobre el tema, Nuria indica:

> *Falta mucho por hacer para cumplir los derechos de los pueblos indígenas. Lo que pasa es que no todos los jueces tienen formación en el tema, que es algo muy reciente. Si eso pasa con nosotros que somos jueces agrarios y hemos recibido capacitación sobre el tema, imagínese con los otros que nunca en su vida ven ni se topan con indígenas (Comunicación personal, 17 de septiembre de 2019).*

Al respecto, Ana María enuncia:

> *Aparte de que existe, en muchos casos, discriminación racial por parte de algunos operadores de justicia, en la mayoría de los casos, estos carecen de formación jurídica*

específica relacionada con los derechos humanos de los pueblos indígenas. Desgraciadamente, en nuestro país la materia no se encuentra incluida formalmente en la currícula de estudios de las universidades públicas y de las privadas y, en el Poder Judicial, no fue hasta la promulgación de las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Poblaciones en Condición de Vulnerabilidad que, por acuerdo de Corte Plena, fueron adoptadas en su totalidad por la Corte, que el tema comenzó a ser tratado y analizado por una Subcomisión Institucional de Acceso a la Justicia para Personas Indígenas. (Comunicación personal, 12 de junio de 2019).

Por su parte, Ricardo asevera:

En cuanto al tema de los derechos de los pueblos indígenas a todo nivel, se observan incumplimientos de los derechos que les son inherentes y que les son reconocidos por tratados internacionales. En materia de consulta, por ejemplo, hasta ahora, por algunas intervenciones de la Sala Constitucional, se está obligando a que se efectúe, solo que la forma en que se operativiza no necesariamente refleja la voluntad de los pueblos. En materia de derecho penal hasta ahorita ha comenzado a establecerse la necesidad de que existan traductores, y que el juicio se haga en un lenguaje accesible, que se haga en las comunidades. Hay grandes problemas en los temas de traductores. Todavía existen prácticas indebidas, como la de emitir sentencias orales, con respaldos audiovisuales a los que no tiene acceso la población indígena. En el tema del peritaje cultural o antropológico que se está exigiendo para conocer la cosmovisión, las costumbres, etcétera y respetar el Convenio de la OIT hay pocos profesionales capacitados para realizarlos. Adicionalmente, las personas indígenas que son sentenciadas por delitos graves, en donde no se puedan utilizar sanciones que marca la costumbre de su comunidad, tienen que cumplir la pena en centros penales, en el mejor de los casos en centros de población muy lejanos a los territorios en los que viven, lo cual los desarraiga de su población. (Comunicación personal, 23 de agosto de 2019).

Por su parte, Luis señala:

En el Poder Judicial, predomina un enfoque destinado a sacar adelante el trabajo y resolver la mayor cantidad de casos. En este escenario, los derechos de los pueblos indígenas son asuntos que se han desarrollado más por la Sala Constitucional; pero sobre todo por tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por eso el control de convencionalidad, que es algo novedoso, no siempre es parámetro ordenador a la hora de resolver casos. (Comunicación personal, 20 de agosto de 2019).

A esto se suman las limitaciones internas para que jueces y juezas asistan a las capacitaciones emprendidas por el Poder Judicial, debido, por ejemplo, a factores de tipo económico que impiden contar con los recursos para autorizar la sustitución de la persona juzgadora. De igual manera, cuando hay personas juzgadoras unipersonales se da el caso de que no pueden asistir a los cursos de formación y actualización, pues deben atender los casos asignados.

No obstante, las personas juzgadoras entrevistadas representan una disposición personal más progresista al señalar, recurrentemente, la necesidad de "interpretaciones pertinentes y justas que den respuesta real a las demandas de las personas" y a la necesidad de una justicia "con rostro humano", como el norte hacia el cual debe propender el proceso de interpretación normativa.

Al respecto, Nuria agrega:

> *Los territorios indígenas son otro mundo, y el derecho debe interpretarse considerando las visiones de mundo de los pueblos indígenas; esto no se hace, pero es algo que nos toca a todas y todos, el Poder Judicial debe tener un rostro más humano, cara de mujer, de indígena, de persona con discapacidad. Considerando que el valor fundamental de derecho es la convivencia social entre los seres humanos y el respeto de sus derechos fundamentales, sin discriminación de ninguna especie (Comunicación personal, 17 de septiembre de 2019).*

Mientras Xinia considera:

> *Hay mucho desconocimiento de los pueblos indígenas; por eso, hay que tener un acercamiento de otro tipo y valorar asuntos como los fuertes intereses económicos que hacen que se cometan muchas violaciones en cuanto a los territorios indígenas que son usurpados por personas no indígenas tanto para construir ahí sus viviendas como para la explotación agrícola o minera y la tala de árboles. Pero esto no es todo, también falta considerar aspectos sociales y culturales que hacen que sean violentados sus derechos laborales; por ejemplo, es el caso de la población ngäbe buglé reducida prácticamente a servidumbre, dentro de la cual sufren aún más las mujeres que, en algunas ocasiones, se ven separadas de sus hijos para ser llevados a instituciones estatales. (Comunicación personal, 21 de octubre de 2019).*

Por su parte, Elena refiere:

> *Es indispensable la realización de peritajes culturales y de una discusión interdisciplinaria que permita un efectivo ejercicio de derechos de poblaciones de las que se conoce poco, este debe ser un proceso que se ha de implementar paulatinamente debido a que necesita de recursos y de reformas profundas que implican un cambio de mentalidad. (Comunicación personal, 23 de octubre de 2019).*

Estas declaraciones hablan de la distancia entre la formación académica y una práctica institucional de corte positivista; pero, a la vez, descomprometida con la aplicación de la normativa existente sobre los derechos indígenas, frente a la importancia que a escala personal se otorga a respetar la normativa y a considerar el entorno social y cultural. En ese sentido, evidencian las diversas formas en que son apropiadas u objetadas las prácticas jurídicas que limitan el cumplimiento de los derechos de dichos pueblos.

Al respecto, diversos autores han llevado a cabo estudios etnográficos que dan cuenta de que el Estado y sus instituciones no son instancias coherentes, organizadas y de características precisas e inalterables, por lo cual solo es posible entenderlo si se consideran las prácticas de los agentes situados histórica y culturalmente que lo reproducen a diario (Abrams, 1988; Gupta, 1995; Gupta y Sharma, 2006; Schavelzon, 2008).

En correspondencia, las declaraciones de las personas funcionarias judiciales entrevistadas hablan de una disonancia entre los aspectos que para ellos efectivamente se consideran al momento de dictar las sentencias y las aspiraciones a nivel personal o del deber ser que ellos evalúan que deberían considerarse.

No obstante, aunque hay disenso, se termina por reproducir un orden social, cimentado en estructuras que impiden el pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Al respecto, Thompson (1990: 135) señala que, pese al desafío al orden social, su reproducción obedece a la falta de un consenso dirigido a conducir a acciones políticas que conlleven a cambios sustanciales y agrega que:

> *el rechazo de los valores y las creencias propagados por los principales organismos de socialización, no representan necesariamente un desafío al orden social. Con frecuencia, el escepticismo y la hostilidad se amalgaman con los valores tradicionales y conservadores. Y a menudo se moderan por un sentido de resignación.*

En este sentido, factores tales como las diferencias debidas a la rama del derecho en que las personas juzgadoras se especializan, la instancia del Poder Judicial donde trabajan, los particulares procesos de formación profesional, los factores personales, de género, clase y edad, entre otros, impiden acuerdos sustanciales para un reconocimiento más progresista de los derechos de los pueblos indígenas.

Lo anterior, sumado a la particular ubicación dentro de la estructura económico-social de las personas juzgadoras, que no es precisamente la de sujetos marginales, así como las condiciones materiales concretas selladas por un marco legal de actuación (y las consideraciones culturales impresas dentro de este) inculcado por los procesos de socialización y reforzado en las instancias de formación universitaria mediante sus métodos pedagógicos, explican por qué las declaraciones previamente referidas describen tanto la prevalencia del positivismo jurídico como el incumplimiento de los derechos que las normas estipulan, lo cual podría parecer contradictorio si no se considera que la misma norma estipula el reconocimiento de los derechos indígenas como supeditados al ordenamiento

jurídico nacional, a la moral, al orden público y a los derechos humanos (concebidos desde una visión unidireccional).

En ese sentido, el Poder Judicial no es monolítico -ni lo son sus diversas instancias- pero tampoco es una suma de fragmentos. Hay, pues, una cultura jurídica inmersa dentro de una tradición normativa y una idea sobre "lo indígena" traducida en normas, cuyo respeto es reforzado mediante procesos de formación universitaria e institucional que, al lado de las subjetividades y visiones personales, operan en prácticas jurídicas cotidianas que deben ser considerados a la hora de analizar las posibilidades que el disenso –el cual desafía el positivismo jurídico y articulado discurso que el Estado nación tiene sobre pueblos y personas indígenas- ofrece para un mayor acceso a la justicia de estas colectividades.

En relación con lo anterior, Díaz Arias refiere el peso de la construcción imaginaria de una Costa Rica "blanca" que, con la idea de una "raza homogénea", "construyó una imagen del indígena como una cultura y una sociedad desaparecidas en la época colonial y sin ninguna conexión con la actual sociedad costarricense". (2007: 59).

A esto se suma que la reforma al artículo primero constitucional donde Costa Rica se reconoce como república pluriétnica y multicultural, se efectuó hace apenas cuatro años; en agosto de 2015, a diferencia de países como Colombia (1991), Perú (1993) o Bolivia (1994) entre otros, por lo que, las concepciones normativas de valoración positiva y reconocimiento de la diversidad son más recientes.

En este orden de ideas, se construyen modelos de interpretación articulados en un derecho liberal y dentro de una cultura jurídica basada en la tradición romano-germánica, según la cual la persona juzgadora inserta en el aparato judicial es la boca de una ley racional, universal y legítima de cuya aplicación se obtiene una justicia pronta y cumplida, mientras que lo indígena como calidad étnica subordinada implica la sujeción al ordenamiento nacional y a los derechos humanos.

En este escenario, el derecho indígena es considerado como costumbre, y las costumbres de estos pueblos son apreciadas siempre que no entren en contradicción con los ordenamientos jurídicos nacionales, los derechos humanos, la moral y el orden público de un nosotros considerado como superior a la otredad indígena.

En ese sentido, el dogma del positivismo jurídico en la autonomía y la neutralidad del derecho encubre que las prácticas judiciales y las sentencias son producto de sujetos socializados en una determinada cultura, imbricada por relaciones de poder que son protegidas por un derecho liberal dentro del cual una normatividad es valorada en detrimento de la otra.

Lo anterior no desmerece la normativa dictada ni los valiosos reconocimientos que se han realizado en instancias como la Sala Constitucional en sus sentencias17 o en la Subcomisión de Pueblos Indígenas. No obstante, muestra que la distancia entre emisión y aplicación normativa debe ser explicada como un proceso socialmente estructurado, dentro del cual no son ajenos el orden geopolítico, las concepciones de derecho imperantes y los aspectos simbólicos y de construcción de sentido.

A modo de cierre

El derecho de corte liberal, el positivismo y la cultura jurídica del Poder Judicial costarricense privilegian la aplicación de normas escritas que validan el reconocimiento normativo de lo indígena como calidad étnica subordinada.

En concordancia, la jerarquía normativa estipulada en los artículos 6 y 7 de la *Ley General de la Administración Pública* y en el Capítulo I del Código Civil costarricense le otorga al derecho indígena concebido como derecho consuetudinario, la categoría de fuente no escrita, supeditada al ordenamiento jurídico positivo, a la moral (de la sociedad dominante) y al orden público. Esto también sucede con el Convenio 169 de la OIT, pues supedita el reconocimiento de las costumbres e instituciones indígenas a que no contravengan los ordenamientos jurídicos nacionales ni los derechos humanos.

En consecuencia, la norma contiene una formación discursiva sobre lo indígena que consagra un orden social y sus relaciones de poder, pese a que esta situación se mantiene oculta incluso para los aplicadores jurídicos que han interiorizado la idea de la legitimidad de las normas debidamente aprobadas, las cuales se reconocen como universales e igualitarias. Esto se expresa en el discurso enunciado en las entrevistas en donde lo que se cuestiona no es la norma, sino su falta de aplicación.

De tal modo, se encubren las relaciones de poder que determinan su promulgación y posterior aplicación, lo cual llama la atención sobre la necesaria consideración de aspectos estructurales de naturaleza social, económica y simbólica que, al lado de los jurídicos, determinan el ejercicio de los derechos.

Bibliografía

- Abrams, Philip. (1988). “Notes on the Difficulty of Studying the State”. 1 (1):58-89. *Journal of Historical Sociology.*

- Anaya, James. (2011). *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica*.

- De la Cadena, Marisol y Starn, Orin. (2009). “Indigeneidad: problemáticas, experiencias y agendas en el nuevo milenio”. 10: 191-223. *Revista Tabula Rasa*.

- David, D. A. (2007). Entre la guerra de castas y la ladinización. La imagen del indígena en la Centroamérica liberal, 1870-1944. (26): 58-72. *Revista de Estudios Sociales*.

- Friedman, Lawrence. (1975). *The legal system: a social science perspective*. Russell Sage Foundation.

- Friedman, Lawrence. (1997). “The concept of the legal culture: a reply”. En Nelken, David (ed.). *Comparing Legal Cultures,* (pp. 34-49). Aldershot, Reino Unido: Dartmouth.

- Friedman, Lawrence y Pérez Perdomo, R. (2003). *Legal culture in the age of globalization: Latin America and Latin Europe*. Stanford: Stanford University Press.

- Gupta, Akhil. (1995). "Blurred boundaries: the discourse of corruption, the culture of politics, and the imagined state". 22 (2): 375-402.En *American Ethnologist.*

- Hale, Charles. (2004). "El protagonismo indígena, las políticas estatales y el nuevo racismo en la época del 'indio permitido". En *Memoria del Congreso Internacional de MINUGUA "Construyendo la paz: Guatemala desde un enfoque comparado* (pp. 51-66). Recuperado de http://www.cedet.edu.ar/Archivos/Bibliotecas_Archivos/id40/hale%20protagonismo%20indigena.pdf

- Instituto Nacional de Estadística y Censos Costa Rica. (2011). X Censo Nacional y VI de Vivienda. Resultados generales. San José: Instituto Nacional de Estadística y Censos de Costa Rica (INEC).

- Quijano, Aníbal. (1995). "Raza, etnia y nación en Mariátegui: cuestiones abiertas". 2 (3): 3-19. En *Estudios Latinoamericanos*.

- Sharma, Aradhana y Gupta, Akhil (eds.). (2006). *The Anthropology of the State. A Reader*. USA UK Australia: Blackwell Publishing.

- Schavelzon, Salvador. (2008). "Antropología del Estado en Bolivia: verdades sagradas, farsas políticas y definiciones de identidad". (28): 67-84. En *Cuadernos de Antropología Social*.

- Thompson, John. (1998). *Ideología y cultura moderna. Teoría crítica social en la era de las comunicaciones*. Universidad Autónoma Metropolitana: México.

Notas

1 *El Censo del 2011 muestra que, mientras el promedio de años de escolaridad para la población total es de 8,7, para la población indígena es de 6,9 años de estudio. Adicionalmente, la tasa de ocupación nacional es del 5,7 por ciento, pero para pueblos indígenas es del 39,2 por ciento. Por su parte, el índice relativo a las necesidades básicas insatisfechas revela que la cantidad de personas con cuatro necesidades básicas insatisfechas constituye un 0,1 por ciento, en el caso de las comunidades indígenas, este porcentaje asciende a 3,1 por ciento. Asimismo, en relación con las viviendas en mal estado, la mayoría son habitadas por la población indígena en un 17,8 por ciento, en tanto que, a nivel nacional, dicha relación es de un 8,5 por ciento; además, de 1 211 964 viviendas solo 1148 de las habitadas por indígenas cuenta con servicios básicos. De 1 127 991 acueductos, únicamente 189 están en comunidades indígenas y de los 1 158 902 alcantarillados, 108 corresponden a viviendas indígenas. Finalmente, de 1 194 999 servicios de electricidad que proveen las empresas, solo 7581 se ubican en comunidades indígenas.*

2 *El artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional estipula que "La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma".*

3 *En el voto 1786-93 de las 16:22 horas del 21 de abril de 1993, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia indicó que las comunidades autóctonas debían definir quiénes eran sus integrantes, aplicando sus propios criterios y no los que seguía la legislación para el resto de los ciudadanos: "De allí que daban respetarse esos criterios y procedimientos para estimar a una persona como miembro de una comunidad indígena".*

4 *En la sentencia 2010-10224, la Sala reconoció que eran los ancianos de la comunidad los que debían decidir quién era indígena o no.*

5 *Así contemplado en los artículos 10 y 11 del Código Civil costarricense.*

Artículo 10. "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas".

Artículo 11. "La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita".

6 *Según lo estipula el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública.*

7 *Código Penal costarricense. "Artículo 350. Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos. Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión. Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores".*

8 *En una revisión realizada de la página el Poder Judicial, en agosto de 2019, se consigna que en 1989 la Sala conoció 365 casos, los cuales, al pasar los años, han aumentado de manera constante al punto de que en el 2018, la Sala resolvió 20 493 casos.*

9 *Sentencia 3003-92 de las 11:30 horas del 7 de octubre de 1992.*

10 *Según artículo 8, inciso 2 del Convenio 169 de la OIT.*

11 *Informe del relator especial de Naciones Unidas sobre El Diquís, párrafo 26.*

12 *Entre otras las sentencias, 2002-2623, 2003-03485, 6856 del 2005, 2010- 018714, 2011-710 y 2012-018147.*

13 *Criterio consignado en el voto 12-005315.*

14 *Por lo demás, el mismo voto es limitado, en tanto el carácter representativo otorgado a los ancianos es solo para determinar la condición de indígena de un sujeto, lo cual, aunque representa un avance, no tiene incidencia directa en la definición de políticas públicas y de recursos.*

15 *Cuando se emite el voto 05-006856.*

16 *En relación, pueden consultarse las resoluciones 3515-97, 04-009931 y 12-007214.*

17 *Dentro de estos, se encuentra la consideración de los derechos territoriales como derechos fundamentales en el voto 6229-99 (relativo a la constitucionalidad del reclamo de los indígenas Malekus para reivindicar tierras que les fueron cercenadas o cuando estipuló que los límites impuestos a las comunidades indígenas pueden ser una ficción estatal, por lo que se debe recurrir a otros criterios que den cuenta de la ocupación histórica y tradicional, estipulado en el voto número 10224-2010 de las 10:51 del 11 de junio de 2010. Asimismo, existen sentencias como la 7536-2016, en la cual estipuló que se deben respetar las costumbres de la comunidad indígena sobre la propiedad, o la 10288 del 2016, en la que -basada en los resultados de un peritaje cultural- se estimó que la no prórroga de un nombramiento no resultaba arbitraria, siempre y cuando se respondía a la cosmovisión y a la cultura cabécar. En adición, se ha dispuesto que parte del debido proceso del imputado indígena implica la presencia y participación de traductores y que se debe considerar la condición de indígena del imputado al momento de imponer la pena (votos 11-10836 y 11-1 1310). También ha establecido la celebración de audiencias en la comunidad indígena donde reside el imputado, para garantizar el derecho a la unión familiar y al ligamen con la comunidad de origen que mantienen los indígenas (voto 2015 014906), así como la obligación de asignar asistencia letrada en caso de pensiones alimentarias donde los acusados sean indígenas, para no causar indefensión (voto 011544-2016) y contar con traductores en casos ante el Patronato Nacional de la Infancia que involucren menores de edad que no hablen español (voto 2015-006279). No obstante, al lado de estos criterios, subsisten visiones limitadas del derecho a la consulta previa libre e informada cuando la Sala consideró en el voto número 2011-12975 que la consulta indígena no procedía en etapas de prefactibilidad, así como criterios paternalistas que siguen considerando a las ADIS y a la CONAI como instancias representativas de los pueblos indígenas.*

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 87-103 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

UN CLARO EJEMPLO DE ENGAÑAPICHANGA EN MATERIA DE DERECHOS DE GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS

EL PAPEL DE LA MUJER EN LA MODERNIDAD CON ESPECIAL REFERENCIA A LA ILUSTRACIÓN

Ll.M. Luis Alonso Salazar Rodríguez
luis.salazar@ucr.ac.cr

RESUMEN

El presente trabajo aborda el tema de la educación de la mujer durante el denominado Siglo de las Luces, desde una perspectiva crítica y reflexiva. Se sigue el modelo de cuestionario como recurso metodológico en el cual se incorporan las conclusiones parciales de cada uno de los puntos estudiados. El texto no se emite como una conclusión sobre el tema, sino más bien a manera de provocación para llamar la atención y crítica sobre un aspecto de la historia que, según nuestra perspectiva, se ha dejado de lado y no ha recibido la atención que merece.

Palabras clave: Educación. Mujer. Ilustración. Siglo de las luces. Movimiento intelectual. Humanismo. Renacimiento. Burguesía. Iluminismo. Conocimiento científico. Despotismo ilustrado. Derechos humanos. Reforma protestante.

ABSTRACT

This essay addresses the topic of the education of women during the entitled age of enlightenment, from a critic and reflexive point of view. It is written in form of a questionnaire in which the partial conclusions of every point studied, are incorporated. This essay is not an ultimate conclusion about the matter, on the contrary, it is written for it to awaken concern and criticism about an aspect of history which, according our own perspective has been left behind and hasn´t received enough atention

Keywords: Education. Women. Enlightenment. Age of enlightenment. Intellectual movements. Humanism. Renaissance. Bourgeoisie. Illuminism. Scientific knowledge. Enlightened depotism. Human rights. Protestant reform.

Recibido 6 de abril 2019 Aceptado 27 de febrero 2020

Profesor catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Costa Rica; bachiller y licenciado en Derecho y especialista en Derecho Penal por la Universidad de Costa Rica; LL. M. en Derecho Penal y Civil por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, República Federal de Alemania; máster en Sociología Jurídico-Penal por la Universidad de Barcelona; especialista en Ejecución Penal por la Universidad de Barcelona

Yo la quiero muy tonta, que en todo tema; mucho mejor es tonta que bachillera.
Antonio Muñoz, Aventuras en verso y prosa, Madrid, 1739

1) Introducción

A través de la historia, la cosmovisión androcéntrica ha sido una constante para la descripción de los procesos históricos. En el plano educativo, por las mismas razones, se evidencia un sesgo similar a la hora de abordar el papel de la mujer con relación a su rol en la educación durante la modernidad. En particular, hemos abordado aquí la temática del papel de la mujer en el plano educativo durante la Ilustración, tratando de manera breve pero crítica, la posición de la mujer durante el llamado "*Siglo de las Luces*".

Este abordaje o propuesta investigativa pretende reflejar que, si bien es cierto, desde el punto de vista formal, a partir de los movimientos surgidos sobre todo con la Revolución Francesa y el surgimiento del principio de *igualdad de todos los hombres*, al decir, hombres, la inclusión del género femenino dentro del genérico "hombre" fue más un recurso retórico que un efecto real.
Para el tratamiento del tema y, sobre todo, para un más adecuado planteamiento de este, se ha pretendido dar respuesta a cuatro interrogantes: ¿Cuál era la finalidad ética en la educación en la modernidad?, es decir, ¿qué tipo (os) de sujeto (s) moral(es) se buscaba (n) mediante la educación? ¿Jugaba [tenía] la mujer algún tipo de participación en el ejercicio de lo que podríamos entender hoy día [sic] como la función docente en la modernidad? ¿Era la mujer sujeto de recibir algún tipo de formación educativa (sea formal, no formal o informal)? ¿Existía algún tipo de código y/o principio (social, jurídico, religioso, moral u otro) que regulara la práctica educativa en relación con la mujer?

Hemos preferido conservar la estructura de las preguntas, puesto que su formulación no es propia, sino que ha sido producto de una asignación dentro de la asignatura de *Ética Profesional Docente* en el curso que imparte la Universidad Estatal a Distancia en el programa de Licenciatura en Docencia.

Antes bien y, por razones metodológicas, se realiza una breve introducción sobre lo que fue *La Ilustración*, sobre todo para poder situar adecuadamente las respuestas dentro del contexto histórico que se pretende abordar.

2) La Ilustración

Al hablar del período conocido como la Ilustración y para efectos comprensivos, lo primero que hay que indicar es que más que un período histórico, lo que hoy conocemos bajo ese tópico es un movimiento cultural e intelectual.

Cuando hablamos de la Ilustración, nos referimos entonces a ese movimiento que se dio en el continente europeo (los países más representativos son Francia, Inglaterra y Alemania) y que históricamente se ubica más o menos desde mediados del siglo XVIII en adelante y hasta la denominada Edad Contemporánea (aquí hay una discusión importante, algunos autores hablan que la Edad Contemporánea inicia con la declaración de la Independencia de los EEUU en 1776, y otros marcan su inicio con la Revolución Francesa de 1789).

No obstante, para efectos de este trabajo, separamos ese período en dos fases: una propiamente a la que denominaremos la Ilustración, claramente situada en el Siglo XVIII, y marcamos el comienzo de la Edad Contemporánea con el inicio del siglo XIX. En este trabajo y con relación al hilo temático, interesa indudablemente como fenómeno histórico y por lo representativo y problemático que resultó, precisamente la Revolución Francesa. La Ilustración del siglo XVIII en Alemania, por ejemplo, supuso un proceso de nueva interpretación de sí mismo una reorientación general en la cultura, en la conciencia ante el mundo (Herrmann, 1988, p. 130).

Debe tenerse presente también que La Ilustración se prolongó en algunos países durante los primeros años del siglo XIX. Al menos con referencia al caso español "existe un amplio acuerdo en fechar 1808 como el comienzo del XIX y el fin del siglo anterior". (Fuentes, 1988; Weinberg, 1988; Pereyra, 1988; Pereyra, 1988; Weinberg, 1988).
El nombre de la Ilustración proviene del cambio de paradigma epistemológico que pasó la fuente del conocimiento del Idealismo (Sócrates, Platón, Aristóteles) al Positivismo Empírico (vg. Descartes, D´Alembert, Locke, Bacon, Grocio, Galileo, Bayle, Hobbes, Spinoza, Leibniz, Newton entre otros. En disciplinas como el derecho, por ejemplo, encontramos casos como los de Lombroso, Ferri y Garofalo, claros exponentes del positivismo jurídico).

A la Ilustración se le denominó de este modo, por cuanto tenía como finalidad ilustrar a la humanidad mediante el uso de la razón. Era como una especie de "iluminar las tinieblas en que la humanidad había vivido en los siglos anteriores". Es así como al siglo XVIII se le conoce como el Siglo de las Luces, y la humanidad asienta su fe en el progreso más que en la fe por la fe misma.
Una de las ideas fundamentales de la Ilustración es que la humanidad como tal podía adquirir conocimiento a través del uso de la razón y, por lo tanto, combatir la ignorancia, dejar de lado el saber mitológico (basado en la fe, las creencias y la superstición) y abolir desde luego, la tiranía conocida en francés como el *Ancien Regime* y así construir un mundo mejor.

Por tanto, es claro comprender que, por tratarse más de un movimiento intelectual, como ya lo hemos indicado, de un cambio en el paradigma epistemológico, la Ilustración tuvo una gran influencia en aspectos científicos, económicos, políticos y sociales de la época y hacia el futuro.
Este tipo de pensamiento se expandió en la burguesía, entendida esta como las personas que dentro del denominado *Ancien Regime* pertenecían a los burgos, muy alejado del sentido semántico del término de hoy, pero también permeó a alguna parte de la aristocracia.

El empleo de nuevos medios de publicación y difusión (vgr. tomemos en cuenta que el *Discurso del método* de Descartes es el primer libro de filosofía en la historia de la humanidad escrito en lenguaje vulgar, francés. Antes todos los libros de filosofía se escribían en latín, por lo que el acceso al conocimiento estaba limitado a los aristócratas y religiosos que dominaban el idioma de los romanos. Entonces se organizaron grupos de personas con la participación de aristócratas para que, en esos grupos, participaran intelectuales y políticos e intercambiaran de tú a tú sus ideas y puntos de vista sobre política o literatura, incluso, ciencia o filosofía con personas con las que antes, ni siquiera se relacionaban.

Por ejemplo, en el ámbito español, Feijoo, siguiendo los pasos de los pensadores ingleses y franceses, utilizó el idioma castellano en sus publicaciones (Weinberg, 1988, p. 36).

Otro ejemplo de esta tendencia fue el caso de Antonio Genovesi, quien en Suiza, en 1754-55 empezó a dictar su curso universitario, ya no sobre metafísica, sino de economía política y causó un gran escándalo por dictar sus clases en italiano, dejando de lado el latín (Stiffoni, 1989, p. 105).

Es aquí donde toma relevancia nuestro hilo temático, porque, si bien es cierto, la mujer se encontraba relegada a ciertos campos del saber, por lo general, y no tenía prácticamente ningún papel en la toma de decisiones en la sociedad, algunas de ellas se involucraron en este movimiento, vgr. María Josefa Alfonso Pimentel (condesa duquesa de Benavente), María Francisca de Sales Portocarrero (condesa de Montijo) y Josefa Amar y Borbón, Madame de la Fayette, Lady Mary Wortley Montagu, Olympe de Gouges, Mary Chudleigh, junto a otras de las autoras contemporáneas como Teresa Iturriaga Osa, Olga Mínguez Pastor, Eloina Calvete, Rosario Martínez, Ana Gefaell Camacho, Fátima Díez, Carmen Paloma Martínez, Elena Marqués, Carmen Martí Fabra, Ana Zarzuelo Álvarez, Carmen Pita García, Pilar Escamilla Fresco, Rosi Serrano, Carmen Martagón, Ana Isabel Díez Varela, La vizcondesa de Saint-Luc, Eva María Cabellos, Ángela Hernández Benito, Maribel Lacave, Sol Antolín Herrero, Lorena San Miguel, María Luisa de León, Cristina Rodrigo Cebollada y Montserrat Suáñez), por citar algunos ejemplos. Así nos interesa saber un poco qué fue lo que la mujer tuvo que ver en el plano educativo en este período.

PRIMERA PREGUNTA: ¿Cuál era la finalidad ética en la educación en la modernidad, es decir, qué **tipo (os) de sujeto (s) moral(es) se buscaba (n) mediante la educación?**

Con ya se indicó, la Ilustración, entendida como un proceso de *voluntad de aprendizaje del pensamiento propio* (Herrmann, 1988, p. 131), es el fenómeno en el que desemboca el movimiento intelectual europeo que se inicia en los siglos XIV y XV, aumenta con el Humanismo y el Renacimiento. Continúa su marcha ascendente con el despertar religioso y cultural de la Reforma y Contrarreforma, prosigue con los grandes hallazgos e invenciones del siglo XVII y llega a su culmen en la segunda mitad del dieciocho con una pléyade de hombres eminente[s] [sic], cuyas figuras más relevantes son los enciclopedistas:

D' Alambert, Diderot, Voltaire y Montesquieu, y el benemérito pedagogo Jean Jacques Rousseau (Domínguez-Lázaro, 1989-1990, p. 173).

La Ilustración y luego del Renacimiento -caracterizado entre otras cosas por el surgimiento de la burguesía, el desarraigo de lo religioso y la consolidación de la cultura laica, un período en que los humanistas volvieron los ojos a un pasado clásico opacado por siglos de pensamiento teleológico, donde se revivió el patrimonio cultural antiguo en procura de alcanzar una autonomía de las instituciones y cultura medieval (Rodríguez-Ramírez, 2016, p. 55), se caracterizó por procurar un ser humano mejor en términos generales. El movimiento ilustrado era visto como una:

> *[…] corriente cultural innovadora, a diferencia de otras anteriores que habían tenido su cuna en el continente, en concreto en Italia, va a incubarse en las Islas Británicas con las ideas liberales de los filósofos ingleses y, sobre todo, con las del pedagogo J. Locke, y las del científico I. Newton. De Inglatema [rra] [sic] pasa a Francia por el año 1717, donde encuentra el terreno abonado y, como consecuencia, toma más fogosidad y radicalidad que en el país de origen y, debido a la facilidad literaria y a la arrogancia de los franceses para difundir las ideas, se extiende, como una mancha de aceite, por la vieja Europa (Domínguez-Lázaro, 1989-1990, p. 173).*

A este movimiento "se le conoce bajo distintos nombres *Enlieghmente* en Inglaterra, *Epoque de la Lumiére* en Francia, *Aufklarung* en Alemania, *Iluminismo* en Italia y en España *Ilustración*" así Gutiérrez Zuluaga, 1972: 279, citada por (Domínguez-Lázaro, 1989-1990, p. 173), en términos generales en este período se "plantea [n] transformaciones en la educación como uno de los ejes para [lograr] los cambios propuestos

> *[...] no sólo se "alude al incremento de las áreas del conocimiento que se tenían entonces, no debe olvidarse que es una época del despertar del conocimiento científico, sino que igualmente se pretende acrecentar lo moral, con el propósito de formar las ideas de ese mundo mejor que proponen" (Rodríguez-Ramírez, 2016, pp. 56-57). "Francia se erige como potencia política tras la revolución de 1789; Inglaterra marca un hecho histórico: sus guerras civiles con la victoria de los liberales y la caída del absolutismo, harán que se convierta en referente para todos los liberales de Europa. Holanda se convierte en modelo de tolerancia religiosa y política". (Criado-Torres).*

La investigación de la educación y formación durante la Ilustración se entiende hoy en Alemania como una contribución al estudio del proceso de transformación y modernización universal que puso fin al feudalismo e implantó a la sociedad burguesa (Herrmann, 1988, p. 121).

> *Este período genera un gran interés por múltiples saberes, por nuevos descubrimientos geográficos y con ello, por la búsqueda de nuevos*

> *criterios, en especial el humanismo, donde lo educativo adquiere un valor trascendental. Por otro lado, el cisma religioso o reforma luterana genera a su vez conflictos religiosos, políticos y bélicos que se conjugan con el proceso de conformación de los Estados modernos y de nuevas relaciones económicas y sociales (Rodríguez-Ramírez, 2016, p. 56).*
>
> *El proceso de la Ilustración debe considerarse sobre todo en la perspectiva de la antropología cultural y social, y uno de sus problemas centrales es la religión. El proceso de descristianización y deseclesialización, especialmente de la burguesía culta en Alemania, está aún poco estudiado (Herrmann, 1988, p. 130).*

Se puede afirmar, por consiguiente, que la Ilustración fue fundamentalmente un movimiento filosófico, pedagógico y político que sedujo a las clases cultas y burguesas del siglo XVIII. Debe tenerse presente eso sí, que la Ilustración no fue concebida en el ámbito europeo de la misma manera en todos los países, "el filósofo José Ortega y Gasset lamentó muchas veces el hecho de que España no hubiera tenido su propio Siglo de las Luces, su propia Ilustración, y esto lo condujo a interrogarse si aquella centuria había tenido (o no) algún efecto en la modificación de su país, sus hábitos y sus instituciones". (Weinberg, 1988, p. 34).

El factor común de dicho movimiento es la confianza en la razón humana que libera al hombre de los dogmas, la superstición y el poder ciego en la fe religiosa.

> *Los ilustrados defienden que puesto que la razón es un elemento global, es posible mediante el diálogo llegar a acuerdos y a verdades útiles. En este momento la razón se convierte en el motor del progreso humano. Parte de la experiencia de los sentidos, y a través del análisis de la realidad llega a los primeros principios. Estos pensadores, a diferencia de los pensadores del XVII, no buscan ya verdades eternas, renuncian a estos primeros principios y se conforman con una verdad más material y provisional. No se trata de buscar una verdad que revele la verdad más profunda del ser, sino una verdad con la que se pueda estar de acuerdo (Criado-Torres).*

Desde el punto de vista epistemológico, se procura la defensa del conocimiento científico y de la técnica como elemento de transformación del mundo, de allí el papel fundamental de la educación para alcanzar estos objetivos. Desde luego esto no era posible en un modelo basado ciegamente en la fe religiosa. "La Educación fue la verdadera lógica de la Ilustración". (Pereyra, 1988, p. 5).

Se busca alcanzar altos niveles de tolerancia ética y religiosa, no debemos olvidar que el pensamiento ilustrado o Despotismo Ilustrado –cuyo fin e inicio de la Edad Contemporánea se ubica en 1808 al menos en España (Fuentes, 1988, p. 13) - como también se le conoce coexiste

con la reforma luterana (protestantismo) y el calvinismo, el trabajo y su producto son un signo externo de la gracia y la bendición divinas y, por eso, la aspiración a aumentar los bienes terrenos es la ejecución de un plan de acción divino ya en la vida terrena (Herrmann, p. 124).

Al respecto, debemos tener presente que "el despotismo ilustrado no es otra cosa que el intento de la propia Monarquía y de las clases privilegiadas del Antiguo Régimen de adaptarse a una coyuntura favorable". (Fuentes, 1988, pág. 13).

Como producto de la Revolución Francesa, la Ilustración pretende la defensa de los derechos naturales, ya que los considera inalienables (hoy se les conoce como DDHH de primera generación). Al mismo tiempo, dentro de los pilares fundamentales del pensamiento ilustrado, encontramos un rechazo a los dogmatismos metafísicos y una crítica a la superstición y al mito como base fundamental de este constructo humano.

> *Para contextualizar el tema a tratar es importante situarse en las consecuencias de la Revolución Francesa, que fueron muy diversas y de gran importancia en la Historia. Las más claras son la abolición de la monarquía en Francia, la instauración de la [Ia] [sic] República y el fin de una era: el Antiguo Régimen. Con ello se acabaron los privilegios de iglesia y nobleza con los que contaban tanto la aristocracia como el clero, eliminado la servidumbre, el diezmo y los derechos feudales. También se disgregaron las propiedades y se introdujo el principio de distribución equitativa en el pago de impuestos (Criado-Torres).*

Tampoco podemos entonces dejar de lado que el pensamiento ilustrado es entusiasta y se fundamenta en la adquisición del conocimiento por medio de la razón humana. Esto hace que este pensamiento sea optimista y que los "pensadores ilustrados" confíen en la educación como herramienta de transformación de las cosas.

Dos ejemplos de lo expuesto son Diderot, quien pensó que alcanzaría esas metas por medio de la Enciclopedia; y Voltaire, quien se concentró en su idea de lograr una reforma de las costumbres.

A manera de conclusión, podemos indicar que los ilustrados soñaron con un "hombre nuevo" representado por los ideales de libertad e igualdad. Este hombre nuevo no podría educarse en la "Escuela Tradicional" del *Ancien Regime*. Es por ello que, a partir de la Revolución Francesa, se desmantelan de las escuelas anteriormente a cargo de la Iglesia y se sustituyen por sistemas de educación públicas a cargo del Estado (Criado-Torres).

Tres cuartos de lo mismo se dieron en Italia posterior a la crisis educativa provocada por la pérdida de prestigio de la Universidad en manos del clero. Un ejemplo de ello, entre otras, fue la Universidad de Bolonia (primera universidad de la historia), la cual produjo durante la Ilustración que el sistema educativo fuera desprovisto de la carga religiosa propia de períodos precedentes para resurgir como una institución capaz de servir a los fines filosófico-políticos del nuevo concepto de hombre surgido a partir de este momento. (Stiffoni, 1989, pp. 102-105).

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Jugaba [tenía] la mujer algún tipo de participación en el ejercicio de lo que podríamos entender hoy día [sic] como la función docente en la modernidad?

Si bien es cierto que, poco tiempo después de la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (en francés: *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa, el 26 de agosto de 1789, y que es uno de los documentos fundamentales de la Revolución Francesa (1789-1799) cuando no el principal y más conocido, en 1791 Olympe de Gouges escribe y publica "La Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana (en francés: *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne*)".

Debemos tener claro que incluso hoy, ya adentrados en el siglo XXI, la situación del respeto y reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres es un asunto recurrente en la literatura sobre el tema y se encuentra lejos de ser una realidad en sentido estricto por más reivindicaciones y mejoramiento de las condiciones alcanzadas en algunas latitudes por las mujeres en el plano social, económico, sexual, religioso, laboral y un grandísimo etcétera. Tengamos presente el apostillamiento que realiza Ortega-López.

> *[d]e generación en generación, a las mujeres españolas se les hurtó la posibilidad de recibir una educación similar a la impartida a los varones. No había prohibición taxativa para que acudiesen a las escuelas de las ciudades o de los municipios importantes. Tampoco había impedimentos para que acudiesen a las clases privadas de los maestros de primeras letras. Y sin embargo, salvo raras excepciones, no solían acudir. Simplemente, no era ese el papel que se le asignaba a la mujer a lo largo del Antiguo Régimen. Su educación, por el contrario, se centraba en una serie de valores que consideraban útiles para la cultura patriarcal dominante —encarnada primero por el padre, luego por el marido, más tarde por el hijo— que como denominador común, significaba una exaltación de los valores internos de la persona (es decir, el desarrollo del amor, de la sensibilidad, de la paciencia, de la espontaneidad, etc.), en contraposición con la cultura oficial, la educación que se transmitía en las aulas, más racionalista y fría y de evidente control varonil. (Ortega-López, 1988, p. 308).*

Es precisamente durante la Ilustración cuando:

> *[p]or vez primera, la mujer de la alta aristocracia, burguesía, clase media y pueblo llano, plantearon de manera colectiva sus aspiraciones sociales y políticas. Con respecto a la alta nobleza, y a pesar de que debían someterse al poder del marido como lo hacían ante el del rey, eran mujeres de gran inteligencia y ambición, que cosecharon un gran poder en los asuntos domésticos y en el mundo de las artes, siendo fervorosas mecenas. Y mientras que en el siglo*

> *XVII la llamada de Dios acaparaba las mentes de hombres y mujeres, en el siglo XVIII una faceta más terrenal sale a la superficie. Esto sólo es posible gracias a la máxima ilustrada que defiende la separación entre la doctrina del Estado, la política y, en otras palabras, lo público; y la doctrina religiosa, es decir, lo privado. Esta situación se dibuja como la más propicia para convertir esa faceta más terrenal en un arte en sí mismo, la del ocio y la despreocupación, que acabará siendo el perfecto terreno para convertir la conversación en arte, dotada siempre de un espíritu crítico muy desarrollado, de gran agudeza y comprensión, y desenvuelto en los salones. La conversación se regía por leyes que aseguraban un diálogo armónico, donde reinaba el respeto, la elegancia. Además, la capacidad de escuchar estaba tan valorada como la capacidad de hablar (Criado-Torres).*

Es obvio que tales ideas llevan consigo un proceso de racionalización y, por tanto, de secularización de la fe cristiana, de suerte que, al final, el peso principal de la educación pudo y *tuvo que* recaer en la racionalización de la conducta y la metodización de la praxis vital, como señaló Max Weber (Herrmann, 1988, p. 124).

Sin embargo, es claro que, desde la perspectiva de género, el discurso de la historia ha tenido un corte claramente androcentrista, esto es, que ha sido narrada desde la cosmovisión del hombre, algo así como lo que Benjamin [uno de los principales autores de la Escuela de Fráncfort (Salazar, 2012, pp. 107 y sgtes.), no siempre bien ponderado ni reconocido] ha denominado como la "memoria histórica o memoria de los vencedores", (Benjamin, 1940).,

> *Desde la Edad Media el único discurso imperante y válido era el masculino, de manera que la información que existe sobre actividades cotidianas, pensamientos, actitudes, comportamientos, etc., nos llega directamente de clérigos masculinos. Si dejamos a un lado las claras diferencias de género, y nos centramos sólo en las mujeres, habría que hacer otra diferenciación importante: las desigualdades entre clases sociales. Al ser la sociedad medieval una sociedad estamental, encontramos a la mujer noble, la monja y la campesina. La mujer noble, a pesar de las riquezas y el poder que pudiera poseer, no dejaba de ser una pertenencia del padre, marido o hijo, o moneda de cambio en matrimonios de conveniencia política, estratégica o económica, que al final venían solo a favorecer a uno u otro hombre. Además, rara vez se les permitía participar en política y tampoco podían disfrutar de su dote ni aun siendo viudas. Sin embargo, sí podían instruirse, un privilegio sólo al alcance de la casta noble y religiosa (Criado-Torres).*

Para entender el rol de la mujer en la sociedad ilustrada, debemos comprender lo que bien nos apunta Herrmann sobre lo que, con apoyo de múltiples trabajos de autores alemanes, se ha entendido como la sociedad ilustrada

> *[…] lo que debemos entender por «sociedad ilustrada»: un nuevo grupo social —todavía no un estrato, y mucho menos una clase— que apareció junto a la nobleza y la burguesía de las ciudades (patriciado, comerciantes y artesanos) de orientación tradicional. Se trataba de un estrato ascendente surgido al margen del antiguo orden social corporativo e integrado por funcionarios administrativos y teólogos, profesores- y preceptores, letrados y mayordomos, síndicos y juristas, jueces, abogados y notarios, médicos y farmacéuticos, ingenieros y arrendatarios de fincas estatales, escritores y periodistas, oficiales y directores de empresas estatales, sin olvidar a los empresarios que dirigían editoriales, manufacturas... y bancos». Sus integrantes no pertenecían a un estamento hereditario, sino que formaban una nueva élite funcional. Dentro de esta élite hay que distinguir entre la burguesía propietaria y la burguesía culta (Herrmann, 1988, p. 122).*

Una lectura crítica de este constructo teorético permite, sin mucho esfuerzo intelectual, determinar el sesgo androcentrista del que adolece, se concibe la sociedad como masculina, se asignan los roles sociales y se entienden desde la perspectiva del hombre. No se teoriza desde la perspectiva de la mujer asumiendo los roles reservados para el hombre. Aunque Ortega-López bien señala que:

> *las nuevas corrientes de investigación que intentan transcender el desconocimiento que el análisis histórico ha otorgado a la mujer dentro de su participación en la vida colectiva de la humanidad; hecho harto difícil por la parcialidad con que la historia ha valorado el discurrir femenino y por la poca elocuencia con la que la documentación histórica —netamente masculina— ha tratado a la mujer como sujeto histórico (Ortega-López, 1988 p. 306).*

A consecuencia de la separación entre vivienda y trabajo o profesión, la mujer de la burguesía culta quedó fijada fundamentalmente al ámbito de la vida doméstica, y la vida privada se estilizó en el idilio. El cultivo de la sociedad doméstica —círculos de lectura y música doméstica— pasó a ser un área esencial de la mujer. (Herrman, 1988, p. 129).

En síntesis, en el plano estrictamente teorético, la percepción ilustrada incorpora al hombre ciudadano y parece que, dentro de ese tópico, se incluye a la mujer. No obstante, desde una perspectiva pragmática, rápidamente se infiere que ciertamente se ha pensado en el "hombre" no en la mujer y, por lo tanto, tampoco se incorpora de la misma manera en ese nuevo modelo que persigue el movimiento filosófico que conocemos como La Ilustración. La situación descrita, incluso y no en pocos lugares, se mantiene hasta nuestros días, pues aún se considera, lamentablemente, a la mujer como "un ciudadano" de segunda categoría e, incluso, se le discrimina en la política, economía, trabajo, deporte, arte y, prácticamente, en todos los ámbitos.

TERCERA PREGUNTA: ¿Era la mujer sujeto de recibir algún tipo de formación educativa (sea formal, no formal o informal)?

No solo la mujer, sino incluso muchos hombres no tenían acceso a la educación formal en la época previa a la Ilustración y durante esta:

> *[…] en el curso de los siglos XVII y XVIII la monarquía se sintió inquieta ante la proliferación anárquica de centros escolares. La matriz de la razón de Estado en la materia la ofrece el Testamento político de Richelieu, texto citado a menudo, que desarrolla una argumentación reiterada invariablemente en el curso de los siglos XVII y XVIII: las letras "no se deben enseñar a todos indiferentemente, un Estado se haría pronto "monstruoso" si todos los sujetos que lo habitan fueren sabios […]. (Juliá, 1988, p. 71).*

Dentro de lo que podemos denominar como los primeros espacios de socialización de las mujeres, en los cuales sus pensamientos encontraron cabida, fueron los "salones":

> *[e]stos nuevos espacios de sociabilidad tuvieron su precedente en el siglo XVII en el Hotel de Rambouillet, propiedad de la marquesa de Rambouillet. Debido a su delicada salud y a su constante interés en cuestiones culturales, reunía en su casa a la élite social e intelectual francesa de la época, dando forma así a este nuevo espacio: el salón. Aquí, tanto hombres como mujeres se congregaban para intercambiar ideas, expresar sus inquietudes o simplemente charlar sobre todo tipo de asuntos intelectuales. Lo novedoso de este salón es que resultó ser el primero en dar mayor peso y autoridad a las mujeres, de modo que la marquesa coordinaba a un grupo de jóvenes francesas de la aristocracia, llamadas "preciosas", que se dedicaban al cultivo del espíritu. El Hotel Rambouillet se erigía en el lugar donde actualmente se encuentra el Palais Royal, que ya presidido por la duquesa de Chartres fue testigo de las primeras reuniones revolucionarias y algunos incipientes levantamientos antimonárquicos.*

Es importante eso sí tener presente que en durante la Ilustración se da un paso significativo en la conformación de la sociedad en la denominada burguesía culta, a saber, se pasa de la familia extensa caracterizada por el trabajo conjunto y como unidad productiva de auto subsistencia al modelo de familia nuclear. Este cambio conlleva que el padre se convierta en el principal proveedor de la familia y esta última deje de ser vista como una unidad productiva para ser fuente de protección del núcleo familiar. De esta forma, el padre "abandona" el entorno familiar y se avoca a la producción de riqueza que le permitan proveer a la familia de todas sus necesidades y relega a la mujer las labores del hogar, incluyendo las labores de labranza, cuido de los hijos y la educación. Los hombres en procura de su incorporación a los nuevos modelos productivos, salen del hogar en busca de una educación formal que les permita integrarse al nuevo estilo de producción y formas de trabajo y a las mujeres se

les educa como madres, esposas y jefas de hogar, lo cual crea diferencias significativas en los roles de cada uno de los géneros Cfr. (Herrmann, 1988, pp. 127-128).

Ortega-López señala que el abordaje de esta temática, al menos con referencia al caso español, es difícil, pues: "las lagunas son inmensas y queda un largo camino por hacer con nuevos planteamientos metodológicos que permitan encarar la «silenciosa» presencia de la mujer espapez presente el apostillamiento que realiza Ortega-Lp clarsido objeto segeridas, le produjo placer. No obstante lo anterioñola en el Antiguo Régimen". (Ortega-López, 1988, p. 307).

De allí surge la importancia de los salones como espacios de conversación y transferencia de conocimiento para las mujeres

> *[e]stos salones se convertirían con el paso del tiempo en salones literarios, gracias a la madurez intelectual de los asistentes y al esplendor de la Enciclopedia, donde se encontrarían amigos y artistas protegidos por la anfitriona de la casa. En resumidas cuentas, suponían una antesala de la Academia Francesa, cuyo acceso debía estar precedido por unos méritos en estos influyentes salones.*
>
> *Tuvieron que pasar 150 años para que estos nuevos espacios de sociabilidad alcanzaran su auge. A mitad del siglo XVIII todas las capitales europeas podían disfrutar de uno. (Criado-Torres).*

Debemos tener presente que, durante La Ilustración, se da una etapa de gran efervescencia pedagógica, con propuestas de verdaderos impulsores de la pedagogía. Destacan en este período las ideas de Comenio en relación con la universalización de la educación sin importar la edad. Por su parte, Descartes señala la capacidad de pensamiento como algo propio de todos los hombres sin distinción alguna. Locke hace énfasis en la libertad como el ideal a alcanzar de toda educación. (Rodríguez-Ramírez, 2016, p. 57).

> *A pesar de los logros en lo que se refiere a la educación de las mujeres hay que aclarar que, esa educación no estaba destinada a crear mujeres que actuaran de manera activa y útil en la sociedad o la política, sino que concebía la figura de la mujer como sabia consejera o educadora de ciudadanos, siempre a la sombra del hombre, ya fuera esposo o hijo. Además de poseer sabiduría y competencias, de los cuales no debía hacer alarde en público, debía ser discreta y comedida. Pero cabía esperar que, haciendo gala de inteligencia, la mujer aprovechara las fisuras del modelo educativo que la Ilustración les proponía a través de los ya citados salones y tertulias, en la prensa, y poco a poco, cada vez más en la vida pública. El tema de la educación en las mujeres lo abordaré más adelante (Criado-Torres).*

Ortega-López, parafraseando a Feijoo, pone el dedo en la llaga a señalar que "el relativismo cultural existente y la situación social de la mujer originaban una división social del trabajo

profundamente marcada por la peculiaridad de los sexos, que convertía en axiomas lo que únicamente era producto de las circunstancias". (Ortega-López, 1988, p. 316).

En el ámbito latinoamericano, es importante destacar, eso sí, el diferente desarrollo que tuvo la educación superior, ya sea que estemos frente al modelo de "cultura impuesta," propio de las colonias españolas o al modelo "rígido y riguroso," impuesto en Brasil, como colonia lusitana. El abandono de la encomienda y su sustitución por un modelo económico hacendal propició al mismo tiempo la laicización de la educación y la apertura de un sistema educativo abierto, sin tanta influencia religiosa y con una dimensión francamente distinta que posibilitó el influjo de las ideas de la Ilustración hacia América. (Weinberg, 1988, pp. 47-48).

No debemos considerar que esto haya sido una apertura inmediata del acceso de la mujer al modelo educativo, sobre todo, en lo referente a la educación universitaria, lo cual no se produjo, por ejemplo, en Costa Rica, sino mucho después dando sus primeros pasos con Felícitas (Lita) Chaverri Matamoros en 1912. (Rodríguez-Ramírez, 2016, p. 19).

CUARTA PREGUNTA: ¿Existía algún tipo de código y/o principio (social, jurídico, religioso, moral u otro) que regulara la práctica educativa en relación con la mujer?

Durante La Ilustración, el rol de la mujer en la sociedad varió de una forma significativa, Ortega-López lo resume de una manera clarísima –refiriéndose al caso español- en los siguientes términos:

> *[p]or primera vez en la historia de España se tomaba en consideración a las mujeres como elementos a tener en cuenta en el diseño de la nueva sociedad laboriosa y productiva que se perseguía. Ciertamente, se acudía a ellas llevados más por un evidente pragmatismo —el conocido utilitarismo que impregnó la labor de la Ilustración— que por un convencimiento de sus propias capacidades. Sin embargo, la educación femenina fue punto de convergencia de moralistas, políticos y filósofos que denunciaban la general ignorancia de las mujeres y la necesidad de poner remedio a esa situación (Ortega-López, 1988, p. 306).*

Se les presentaba a la mujer, lo mítico y lo religioso como "una vía de escape a [...las…] que habían pecado y querían redimirse, mujeres que no podrían gozar de una dote en su matrimonio, o mujeres que huyen de un matrimonio pactado". (Criado-Torres).

El caso de las hijas es totalmente distinto en el siglo XVIII. Su educación y formación, exclusivamente domésticas, se orientan en los modelos de mujer de la burguesía culta: debe ser ama de casa, esposa y madre; debe poseer, más que una formación intelectual, una «formación del corazón»; debe ser agradable y modesta, fiel servidora del esposo y un ejemplo para la casa en todos los aspectos (Herrmann, 1988, p. 125).

Era necesario crear mujeres responsables de su función: buenas esposas y madres que supiesen hacer las tareas de la casa y que apreciasen el trabajo, en lugar de pasarse el día en charlas y diversiones. Se trataba, en suma, de crear buenas profesionales del hogar, en torno a cuyos valores giraría toda su educación (Ortega-López, 1988, pp. 319-320).

> *[p]ero aún más difícil se presentaba la vida para la mujer campesina. Encargada de la casa, la educación de los hijos, la limpieza, y en muchas ocasiones trabajaba además fuera del hogar en el negocio familiar, como servicio doméstico en otra casa, como jornalera en el campo o en labores de hilado. No hace falta decir que el acceso a la educación para estas clases sociales, sobre todo en zonas rurales, era casi imposible (Criado-Torres).*

> *la «sociedad ilustrada» aparece en principio como una sociedad política, mas no de oposición, ya que el objetivo de los «patriotas» fue la mejora de la sociedad y la elevación de la cultura, y no el cambio revolucionario del orden político. De ese modo, la función política y cultural y la situación social de la burguesía culta dieron lugar a un doble compromiso en favor de la educación y formación bajo el signo de la Ilustración: por una parte, seres humanos como lucha contra la superstición y su educación para la aplicación y la utilidad pública; y por otra parte, la formación de los ciudadanos para inculcarles un hábito cultural específico que los distinga de otros grupos y capas sociales y les garantice determinados privilegios (Herrmann, 1988, p. 123).*

Como puede apreciarse, en ese modelo de ser humano, como tesis de principio, claramente no puede ser mejor el hombre, si no es junto con la mujer, lo cual supone que para alcanzar ese ideal, esa felicidad y mejoramiento de su estatus moral y condiciones de vida que le permitan alcanzar la felicidad, se requiere que ambos géneros se involucren en ese "crecimiento personal" que solo se alcanza abriendo la mente a las luces del conocimiento por medio de la educación. Pero ya hemos visto que a la mujer se le concebía de una forma distinta que al hombre:

> *[s]in embargo, y a pesar de estas convicciones tan negativas para la mujer, constantemente se vierten en diferentes estudios otras perspectivas acerca de la figura femenina, tales como sus conocimientos en medicina familiar, especialmente en plantas medicinales; o grandes mujeres que se enfrentaron a las circunstancias de su tiempo como Juana de Arco (1412 – 1431), militar y heroína francesa, Leonor de Aquitania (1122 – 1204), duquesa de Aquitania y reina consorte de Francia e Inglaterra, Christine de Pisa (1364 – 1430), poetisa y filósofa. Iniciadora de un movimiento de defensa de la mujer que, durante el Renacimiento, sería conocido como la "Querelle des femmes" María Pita (1565 – 1643), heroína española (Criado-Torres).*

Aún más claro, podemos verlo en Ortega-López:

> *[e]n efecto, los planteamientos dominantes de la cultura patriarcal no sufrieron sino ciertos retoques, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras. Por ejemplo, dos teóricos de la educación francesa, como Fenelón, en el siglo XVII, y Rousseau, en el siglo XVIII, tan distintos conceptualmente, coincidían en la postergación de la educación de las mujeres a los intereses de los hombres. Fenelón, en su «Educación de las niñas», de 1627, introducía la formación psicológica frente a los métodos impositivos de la época anterior; pero la finalidad de esa educación no era otra que la de servir mejor para el matrimonio y para la maternidad. Rousseau no era menos explícito: «La educación de las mujeres deberá estar siempre en función de los hombres: agradarnos, sernos útiles, hacer que las amemos y estimemos, educarnos cuando somos pequeños, cuidarnos cuando nacemos y crecemos... Estas han sido las tareas de la mujer y eso es lo que se las debe enseriar en su infancia». (Ortega-López, 1988, p. 311).*

En la Italia ilustrada, fue Antonio Genovesi el precursor de un modelo educativo que contara con una escuela elemental en cada pueblo y propuso la organización de la escuela secundaria donde también se educara a las mujeres. (Stiffoni, 1989, p. 106).

> *En lo que respecta a la educación de la mujer, había muchos autores que defendían con criterios biológicos la discapacidad intelectual de las mujeres, basándose en la teoría aristotélica de los cuatro humores: las mujeres son frías y húmedas, y por tanto emocionales; los hombres calientes y secos, es decir, racionales. Sin embargo, comenzaban a escucharse discursos de autores que concebían la instrucción intelectual en el sexo femenino, como Juan Luis Vives, con su obra De la institución de las mujeres cristianas, Antonio de Guevara o Erasmo, todos ligados al movimiento imperante de la época: el humanismo. También desde comienzos del siglo XVII damas de la alta nobleza se encargan de fundar instituciones que se dedican a instruir a niñas, que podían ser escuelas propiamente, la casa, el convento o internados laicos (Criado-Torres).*

En Alemania, como bien nos señala Herrmann, el abandono de la hegemonía eclesiástica, producto obviamente de la reforma protestante (reforma luterana), se constituyó como un verdadero factor determinante de la formación de un *ethos* que, a la postre, influyó de manera significativa en la conformación no solo de la sociedad sino del modelo educativo y la participación de los distintos actores sociales en él.

> *[l]as investigaciones fundamentales de Leschinsky/Roeder han mostrado la estrecha relación existente entre la economía y la teología protestante en este proceso de establecimiento del*

autocontrol. Esta perspectiva permite comprender por qué los Estados o territorios protestantes del Norte de Europa lograron la preponderancia económica y política sobre los países católicos del Sur en el proceso ulterior de modernización e industrialización. En cualquier caso, hubieron de cooperar siempre los dos factores del proceso de modernización y movilización: los inventos científico-técnicos y el ethos protestante del trabajo: la economía expansiva y la organización racional e ilustrada de la sociedad; el saber innovador y la disposición a implantarlo e imponerlo; la combinación de las premisas objetivas y las disposiciones subjetivas o mentalidades colectivas de su realización práctica (Herrmann, 1988, p. 125).

3) Conclusión

A manera de conclusión y como corolario, desde el título mismo, hemos insinuado que el "discurso oficial" en torno a la situación de la mujer en la sociedad contemporánea ha operado como una especie de "engaña bobos". De esta manera, históricamente, se han hecho afirmaciones sobre la tan justa y pretendida igualdad en torno a la perspectiva de género que muchas personas llegan a considerarla verdaderamente existente.

Al tomar como un ejemplo el papel de la educación de la mujer, notamos que, desde la misma Ilustración, surgieron grandes diferencias de enfoque y que el tan mentado principio de igualdad entre los hombres fue más que eso, una igualdad entre iguales, ignorando y no en pocas ocasiones, las grandes desigualdades entre desiguales y ni qué decir en torno a las mujeres a las que incluso llegó hasta a ignorárseles.

Bibliografía

- Benjamin, W. (1940). Tesis sobre la filosofía de la historia. (Über den Begriff der Geschichte Thesen).

- Criado-Torres, L. (n.d.). El papel de la mujer como ciudadana en el siglo XVIII. La educación y lo privado. http://www.ugr.es/~inveliteraria/PDF/MUJER%20COMO%20CIUDADANA%20EN%20EL%20SIGLO%20XVIII.%20LA%20EDUCACION%20Y%20LO%20 PRIVADO.pdf.

- Domínguez-Lázaro, M. (1989-1990). La educación durante la Ilustración española. (D. d. UEX, Ed.). Norba. Revisa de Historia, 10, 173-186.

- Fuentes, J. F. (1988). Luces y sombras de la Ilustración española. (P. d. Ciencia, Ed.) Revista de Educación, 9-27.

- Herrmann, U. (1988). Educación y formación durante al Ilustración en Alemania. (P. d. Ciencia, Ed.) Revista de Eduación. Número extradordinario. La eduación en la ilustración, 119-132.

- Juliá, D. (1988). Educación e Ilustración en Francia. Los cambios del sistema educativo en Francia en el siglo XVIII. (P. d. Ciencia, Ed.) Revista de Educación. Número extraordinario. La educación en la Ilustración , 69-98.

- Ortega-López, M. (1988). La educación de la mujer en la Ilustración española. (P. d. Ciencia, Ed.). Revista de Eduación. Número extraordinario. La Ilustración en la educación española, 303-325.

- Pereyra, M. (1988). Presentación. (P. d. Ciencia, Ed.). Revista de Educación. Número extraordinario. La educación en la Ilustración española, 5-6.

- Rodríguez-Ramírez, C. A. (2016). Ética profesional jurídica. San José, Costa Rica: Editorial Unversidad Estatal a Distancia.

- Salazar, A. (2012, Septiembre). El delito como manifestación de poder. Derecho de los vencedores y la memoria histórica en Walter Benjamin. Revista Judicial, 107-123.

- Stiffoni, G. (1989). Educación e Ilustración en Italia. (P. d. Ciencia, Ed.). Revista de Educación. Número extraordinario. La educación en la Ilustración, 99-117.

- Weinberg, G. (1988). Ilustración y educación superior en Hispanoamérica. Revista de Educación. Número extraordinario. La Educación en la Ilustración española, 29-58.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 105-133 2215-2385 / Junio 2020

EL JURADO

MSc. Rodolfo Solórzano Sánchez
rsolorzanosanchez@hotmail.com

RESUMEN

El artículo *El jurado* pretende caracterizar los elementos que lo componen y que hacen que el sistema de justicia sea calificado de alto contenido democrático, esto por la participación ciudadana en las decisiones judiciales. Las razones político-ideológicas aparecen justificadas, la participación de la ciudadanía, el control de cómo se hace la justicia en sus comunidades y la calidad de la justicia hacen que el tema en otrora alejado y reservado a los jueces y las juezas pueda contar no solamente la participación ciudadana, sino su control. No son menores los inconvenientes que van desde la selección del jurado, el desarrollo de las audiencias judiciales y la toma de las decisiones, plantean nuevos retos que podemos y debemos resolver con propiedad.

Palabras clave: Estado democrático, participación ciudadana, selección jurado, veredicto, justicia de calidad, jurado clásico, jurado escandinavo.

ABSTRAC

The article The Jury, tries to characterize the elements that compose and that make the system of justice of the sea qualified of high democratic content, this by the citizen participation in the judicial decisions. The ideological political reasons appear justified, the participation of citizens, the control of how justice is done in their communities and the quality of justice, make the issue once remote and reserved for judges, can count on not only the citizen participation, but its control. There are no minor inconveniences, ranging from the selection of the jury, the development of judicial hearings and decision-making, they pose new challenges, which we can and must solve with ownership.

Keywords. Democratic state, citizen participation, sworn selection, verdict, quality justice, Classic jury, Scandinavian jury.

Recibido 25 de octubre 2019 Aceptado 27 de febrero 2020

Licenciado en Derecho, Especialista en Ciencias Penales, ambos de la Universidad de Costa Rica, Master en Administración de Justicia de la Universidad Nacional. Miembro de la Comisión de Oralidad en materia penal del Poder Judicial y capacitador certificado en destrezas de litigación, miembro del equipo que rediseño despachos judiciales, capacitador de jueces, defensores públicos y fiscales de Costa Rica. Consultor internacional en sistemas de justicia.

SUMARIO: Introducción. Capítulo único La institución del jurado. Sección I El jurado. A.- Caracterización y naturaleza jurídica. B.- Los modelos de jurado. B.1.- Sistema tradicional o clásico de jurado. Estructura, ventajas e inconvenientes. B.2.-Sistema escabinado. B.3.- Derecho del acusado o limitado a un ámbito material de determinados delitos. C.- Bondades y zonas grises del jurado. Sección II Recomendaciones de implementación en costa rica. Sección III. Conclusiones

Introducción

Los sistemas de justicia se caracterizan por determinadas instituciones que les representan, así el sistema romano germánico o continental se caracteriza por la escritura, el expediente y los jueces que resuelven el conflicto. El sistema anglosajón se caracteriza por la oralidad de los procedimientos, los litigantes, los jueces y el jurado. Este último instituto jurídico es el que se quiere caracterizar y reseñar, pues resulta muy emblemático, dado que en él hay un mandato al pueblo a fin de que "haga" la justicia.

Esto trae muchas ventajas, así como también desventajas que han motivado en este caso en particular la investigación, con el objetivo de hurgar el desarrollo y desempeño del jurado tanto doctrinariamente como en la praxis judicial. Obviamente, hay que tener en circunspección que es una institución que ha tenido un desarrollo muy escaso en los sistemas romano-germánico, no así en el sistema anglosajón, donde es eje de ese sistema. Por ello las consideraciones históricas resultan relevantes para comprender el desarrollo que el jurado ha tenido principalmente en Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica.

Dentro de las características que se le atribuyen al jurado, se señalan las siguientes: a.- Garantiza la participación de la ciudadanía en el sistema de Administración de Justicia. b.- El pueblo tiene por medio de la participación, el control sobre cómo se hace la justicia en su comunidad. c.- Se logra una calidad institucional superior además que fortalece el sistema de justicia.

En Costa Rica, no tenemos la institución del jurado, por ello su caracterización y análisis son relevantes para conocer en detalle sus elementos; el primer componente: la participación va de la mano con la característica que se ha señalado como b.- que es el control que tiene la ciudadanía de "cómo" se hace la justicia en su comunidad o en su pueblo y permite poder ir viendo no solamente los éxitos, sino también los yerros que van a reunir, como oportunidades de mejoras; con ese acerbo práctico, se puede proponer y procurar los cambios que ellos demanden. Con el cumplimiento de ese segundo elemento caracterizador, deviene el tercer elemento que es una mejor calidad del producto que se le entrega a la ciudadanía que se somete a la Administración de Justicia, una justicia más cercana, transparente y convincente. Vivir esta experiencia desde adentro genera no solamente la percepción, sino también la convicción de lo complejo, delicado y demandante que es el administrar justicia.

Por ello, se ha planteado como propósito del presente trabajo de investigación caracterizar la institución del jurado desde la perspectiva democrática republicana y señalar la necesidad

de que este sea tenido como eje central de un Estado de derecho y, a la luz de esa concepción, describir la realidad y la experiencia del jurado en los países anglosajones y también de España, para finalmente plantear algunas recomendaciones para Costa Rica en relación con el instituto del jurado.

El método de investigación utilizado es principalmente el exegético. Se han consultado diferentes fuentes bibliográficas, tanto de doctrina, legislación, así como de jurisprudencia que nos han brindado un panorama claro, para poder opinar científicamente del tema. El diseño adoptado para la investigación será estructurado en un único capítulo con dos secciones. En la primera, analizaremos el instituto del jurado, sus características, los diferentes modelos, bondades y críticas, y en la segunda sección, nos aproximaremos a las recomendaciones para la implementación en Costa Rica, con todos esos elementos, y finalmente plantear recomendaciones y conclusiones.

CAPÍTULO ÚNICO:
La institución del jurado

El jurado como institución nos parece *prima facie* de necesaria implementación en los Estados de derecho, pues como ya lo hemos indicado, es la participación democrática y republicana de la ciudadanía en la Administración de Justicia. Sin embargo, de una lectura de las principales opiniones jurídicas, podemos colegir que eso que se observa como casi una necesidad no es visto como tal en la comunidad jurídica romano-germánica, más bien su aceptación resulta ser escasa y, en nuestro país, es nula.

A raíz de esta situación, hay que plantearse, como algunos doctrinarios ya lo han hecho, si nos encontramos en el gobierno de los jueces y si son estos los que no permiten que el instituto sea promovido, instalado y aprovechado. Entre las razones más importantes de rechazo, se señalan desde entregarles una labor técnica a personas que no tienen el conocimiento para ello, hasta una amenaza para su trabajo. No obstante, hay que advertir que no se cuentan con datos científicos que permitan aseverar el porqué de la poca aceptación del jurado[1].

El principal elemento del jurado es la democratización del Poder Judicial con el ingrediente relevante también de que esta nos permite pasar de un modelo de justicia-poder, a un modelo de justicia-servicio, en donde lo más importante sea la persona usuaria que viene al sistema de justicia con un conflicto para que le sea resuelto, y ese producto que le entregamos en una sentencia debe ser de calidad.

Se estima que debe ser un objetivo del Estado democrático promover, instalar y preservar el instituto del jurado. Para ello es necesario sensibilizar a la ciudadanía con información de calidad, sobre su naturaleza y bondades, para hacer nacer y desarrollar conciencia en la sociedad, de la significación que tiene su participación en la justicia, así como la enorme responsabilidad que dimana de participar en él.

Para la adecuada implementación del jurado, se debe hacer una reingeniería, un cambio de las estructuras judiciales de otro siglo, rígidas, lejanas, frías, a unas más cercanas y transparentes, en donde el nuevo paradigma sea mirar la justicia

como un servicio. Sin lugar a dudas, todos ganaríamos con la correcta implantación del instituto del jurado, pueblo, ciudadanía, sistema de justicia y operadores jurídicos.

En ese sentido, se esboza en la exposición de motivos de la Ley del Tribunal del Jurado de España:

> *El artículo 125 de la Constitución española de 1978 establece que los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine. Nuestro texto constitucional cumple con ello lo que puede considerarse una constante en la historia del derecho constitucional español; cada período de libertad ha significado la consagración del jurado ; así en la Constitución de Cádiz de 1812, y en las de 1837, 1869 y 1931, y por el contrario cada época de retroceso de las libertades públicas ha eliminado o restringido considerablemente ese instrumento de participación ciudadana, en paralelo y como complemento a las restricciones del conjunto de sus derechos y de los instrumentos de participación en los asuntos públicos*[2].

En consecuencia, la Constitución española también reconoce como elemento central el de la participación ciudadana. Ahora habrá que ver en la práctica si esto que el constituyente plasmó en una norma, se traduce en la realidad como tal.

En la república de Argentina, se instaló el juicio por jurados que señala:

> *El juicio por jurados es un mandato que estableció la Constitución Nacional de 1853. La Constitución lo indica en tres artículos diferentes: los juicios (en general y específicamente los criminales) deben ser juzgados por jurados populares. Es la manera de garantizar la participación ciudadana en la administración de justicia, acercando la justicia a la sociedad. El jurado otorga mayor imparcialidad ya que la decisión no está tomada por una sola persona, sino por doce personas que no están involucradas en el proceso previo ni pertenece al Poder Judicial. Por su funcionamiento, es el sistema más respetuoso de los derechos y garantías que rigen el proceso penal: el establecimiento de jurados obliga a que el juicio sea oral y público, dotando de mayor transparencia a las decisiones judiciales y haciéndolas más accesibles para la ciudadanía, obligando a dejar de lado el lenguaje jurídico en pos de un lenguaje más sencillo. Los jurados ayudan a elevar la calidad del juicio, porque exigen mejores investigaciones, y obligan a abogados y fiscales a entrenarse en herramientas orales y de argumentación. Estudios alrededor del mundo también demuestran que el establecimiento de jurados aumenta la legitimidad y la confianza que tiene la ciudadanía en el sistema de justicia. Las personas que fueron jurados se*

> *sienten más comprometidas con sus deberes públicos y más interesadas en el funcionamiento de diversas políticas estatales, lo que ayuda al fortalecimiento de la democracia*[3].

La regulación de este instituto constitucionalmente indica: "ARTÍCULO 24.- El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados".

De igual manera agrega:

> *ARTÍCULO 118.- Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la cámara de diputados se terminaran por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse le juicio*[4].

Como se colige claramente, la inspiración de ambos países obedece a los principios democráticos anteriormente desarrollados que permiten consolidar el sistema de justicia de un Estado social de derecho.

Sección I El jurado

A.- Caracterización y naturaleza jurídica

En la mayor parte de la doctrina, existe consenso sobre el concepto del jurado. Para ello transcribimos las principales definiciones que nos ayudarán a caracterizar y, de paso, comprender mejor el instituto.

El jurado se define como:

> *[…] el tribunal constituido por ciudadanos que pueden o no ser letrados y llamados por la ley para juzgar, conforme a su conciencia, acerca de la culpabilidad o de la inocencia del imputado, limitándose únicamente a la apreciación de los hechos (mediante un veredicto), sin entrar a considerar aspectos jurídicos, reservados al juez o jueces que, juntamente con los jurados, integran el tribunal*[5].

Esta parece ser la idea más generalizada de la definición de jurado que contiene los elementos más sustanciales, la participación ciudadana en la Administración de Justicia, la apreciación de los hechos y su veredicto de inocente o culpable.
Este autor también explica:

> *El juicio por jurados, instituido en muchos países, constituye uno de los temas más debatidos en la doctrina procesal penal, ya que cuenta con entusiastas defensores y con fuertes detractores. En su aceptación o rechazo, aparte serios razonamientos técnicos, entran en juego consideraciones de*

> *orden político, ya que el juicio por jurados representa la intervención popular en la administración de justicia*[6].

La institución del jurado, como entidad jurídica, data de muchos siglos, igual que la humanidad misma. La mayoría de los autores coinciden en que su instalación y desarrollo suceden en Inglaterra, así como su posterior traslado a los países anglosajones e, incluso, muchos del sistema romano-germánico.

Inicialmente se le llamó así porque era el testimonio de vecinos jurados, fue utilizado primero por Guillermo el Conquistador, después fue incorporado a la práctica del proceso penal por Enrique II, y se le reconoció un cierto papel histórico en la configuración del juicio por jurado[7].

Esta cita es muy importante, puesto que nos muestra no solamente el concepto del jurado, sino también otro tema sobre el cual, el sistema anglosajón ha marcado una diferencia importante con los países del sistema romano-germánico. ¿Cómo los ingleses conciben el jurado? Como un derecho del acusado, pues viene íntimamente ligado a la idea de libertad, a diferencia de lo que sucede en nuestros países, en donde el jurado no es un derecho de la persona acusada, sino que es un instituto al servicio del sistema de justicia, y la ley es la que en definitiva precisa cuáles delitos pueden ser gestionados por el instituto del jurado. Así sucede en el caso de España y de Argentina, en donde la ley define cuáles son los delitos por los que los acusados serán juzgados por medio de un jurado. La concepción política de jurado es una de las principales diferencias entre los sistemas anglosajones y los instalados en los sistema romano-germánico. No está por demás apuntar que, en los Estados Unidos de Norteamérica, el jurado se configura como un derecho del acusado.

En igual sentido, otro autor se pronuncia:

> *El sistema democrático se caracteriza por la capacidad de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, eligiendo a sus representantes y controlando, por vía indirecta, o a través de la opinión pública el funcionamiento de las instituciones. No obstante, el sistema no proporciona la posibilidad de intervenir y participar directamente en el funcionamiento de los poderes del Estado. Sólo a través del jurado, pueden los ciudadanos integrarse de manera plena en la propia estructura de un poder del Estado como el Poder Judicial desarrollando una función jurisdiccional que, en principio, parecía reservada exclusivamente para los jueces y magistrados, como pudiera deducirse de una lectura rápida y fragmentaria del artículo 117.1 de la Constitución*[8].

Definición

Con todos estos elementos, podríamos ya acuñar una definición para el jurado de la siguiente manera: El jurado es el instituto jurídico que permite la participación ciudadana, dentro del proceso penal con la función de juzgar el

ciudadano que se le imputa un delito, decidiendo sobre su inocencia o culpabilidad, valorando los hechos y pruebas que se le sometan a su consideración, no así el derecho, facultad que se les reserva al juez y a la jueza.

Por ello, tal y como se indicó arriba, el instituto del jurado es un medio para limitar el monopolio de la justicia, en manos de los jueces y juezas; además se erige como una garantía para la persona acusada de ser juzgada por sus pares.

Desde la óptica de la ciudadanía, el jurado es la institución en la que participan en la Administración de Justicia para juzgar a sus pares, se conforma mediante la designación de personas por sorteo. Son ciudadanos comunes de la circunscripción territorial en la que tuvo lugar el hecho y, dependiendo del sistema de elección que se fije para la composición del jurado, podrán tener conocimientos de derecho o no[9].

Por su parte, la exposición de motivos de la Ley del Tribunal del Jurado de España lo define de la siguiente manera:

> *La Ley parte de la concepción de que el Estado democrático se caracteriza por la participación del ciudadano en los asuntos públicos. Entre ellos no hay razón alguna para excepcionar los referidos a impartir justicia, sino que por el contrario se debe establecer un procedimiento que satisfaga ese derecho constitucional de la forma más plena posible. Pero la institución del Jurado es al mismo tiempo y de forma complementaria, una manifestación del artículo 24 de la Constitución que declara que todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley ; cumple por tanto una función necesaria para el debido proceso, pero lo hace desde una óptica distinta a la que tenía atribuida en su recepción en el Estado liberal burgués; no hay reticencia alguna al Juez profesional; no se trata de instaurar una Justicia alternativa en paralelo y menos aún en contradicción a la de los Jueces y Magistrados de carrera a que se refiere el artículo 122 de la Constitución, sino de establecer unas normas procedimentales que satisfagan al mismo tiempo y en paralelo todas las exigencias de los procesos penales con el derecho-deber de los ciudadanos a participar directamente en la función constitucional de juzgar*[10].

La definición que hace la Ley española del Tribunal del Jurado es muy completa, por cuanto considera todos los elementos que hemos mencionado, la participación ciudadana, el derecho-deber del ciudadano de participar, la garantía del juez ordinario y las normas procedimentales que instrumentalizan o materializan en la realidad el funcionamiento del jurado, desde su elección, pasando por los permisos, hasta los emolumentos que les asignarán.

B.- Los Modelos de Jurado

B.1.- Sistema tradicional o clásico de jurado. Estructura, ventajas e inconvenientes

En el sistema tradicional del jurado, tenemos que un grupo más o menos numeroso de ciudadanos que deliberan entre sí, según las indicaciones que el juez profesional les dirige, determina si la persona es culpable o inocente (veredicto de culpabilidad) y luego sobre la base intangible de ese veredicto, el juez profesional determina las consecuencias legales de la acción culpable o inocente.

Este es un modelo de decisión entre jueces legos y profesionales, fraccionada en dos momentos, que no necesariamente coincide con una división entre los hechos y "el derecho", como es tradicional afirmar, sino que se refiere con mayor precisión, a la determinación del antecedente de la pena (que implica la construcción del supuesto fáctico del juicio) y las consecuencias que surgen de ese antecedente. Encontramos el modelo anglosajón en países como Inglaterra, Escocia, Gales, Estados Unidos, Canadá, Noruega, Australia o España[11].

Como apreciamos en términos generales, este primer modelo, llamado clásico, se caracteriza por un grupo de ciudadanos dirigidos por un juez que toman la decisión de si una persona es inocente o culpable de unos determinados cargos por los que la acusan. Posteriormente, el juez elabora la resolución con esa decisión.

Hay que apuntar que, por diversas razones, el modelo se le clasifica de clásico atendiendo a esos elementos, pero existen diferencias en cada uno de los países en que se ha implementado; pero no por ello deja de ser clásico, lo sigue siendo solo que con los matices particulares que el país que lo ha instaurado estime necesario.

Gastón de Bourge construye la definición clásica del jurado siempre circunscrito al ámbito penal como:

> *la reunión de un cierto número de ciudadanos que no pertenecen a la clase de jueces profesionales y que son llamados por la ley para concurrir transitoriamente a la administración de justicia haciendo declaraciones que se llaman veredictos, según su convicción íntima sobre los hechos sometidos a su consideración. Son, pues, jueces temporales para el asunto sometido a su consideración, jueces legos en cuanto no juristas que resuelven según su convicción personal, jueces que actúan en colegio de forma autónoma y separada del juez profesional, y, por fin, jueces del hecho y no del derecho, pues -como aseguró Montesquieu- dado que el pueblo no es jurisperito, preciso es presentarle un hecho, un solo hecho, y que sólo atienda a esto, si debe absolver o condenar*[12].

La división entre los hechos y el derecho es otro elemento característico de este modelo, y la expresión de Montesquieu señalada lo resume muy bien: que haga una valoración de los hechos y el derecho por su parte se le encargará al juez para que sea el que plasme el derecho de esa decisión.

La Ley del Tribunal del Jurado lo plantea muy claro para el caso de España, cuando en su artículo segundo, define al jurado como un jurado clásico, cuando señala:

> *Artículo 2. Composición del Tribunal del Jurado. 1. El Tribunal del Jurado se compone de nueve jurados y un Magistrado integrante de la Audiencia Provincial, que lo presidirá. Si, por razón del aforamiento del acusado, el juicio del Jurado debe celebrarse en el ámbito del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado será el presidente de la Sala o Sección de lo Penal del Tribunal Supremo o el presidente del Tribunal Superior de Justicia o el Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal en quien deleguen éstos, respectivamente. 2. Al juicio del Jurado asistirán, además, dos jurados suplentes, a los que les será aplicable lo previsto en los artículos 6 y 7*[13].

Tenemos, entonces, nueve miembros del jurado que son los encargados de juzgar los hechos y de decidir si la persona es inocente o culpable. Estos son dirigidos por un magistrado de la audiencia provincial, dejando claro que el concepto que asume la ley española es la del jurado clásico. Además, hay que señalar que la ley es muy previsora, pues también convoca y participa a dos suplentes que estarán participando pasivamente de lo que suceda en la sala, por si eventualmente se les requiere para suplir a alguno de los titulares.

Sin embargo, este criterio no es pacífico, pues algunos autores ubican el sistema de jurado español, como un sistema mixto atendiendo las labores que desempeña el juez en su interacción con el jurado.

La Ley Orgánica 5/1995 del 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (en adelante, abreviadamente, L. J.) opera sobre la base de un tribunal mixto (art. 2), formado por un magistrado (juez profesional) "[...] integrante de la Audiencia Provincial, que lo presidirá [...]", y nueve jurados (sin conocimientos jurídicos profesionalizados). El número de estos últimos se elevó de siete a nueve. Resulta, así, un jurado de tamaño moderado, pero suficiente para hacer posible un razonable margen de pluralismo en su composición (Sobral y Arce, 1990, 49 y ss.; Kaplan, 1990, 418).

La distribución interna del trabajo permite diferenciar relaciones de naturaleza muy diversa. a) Competencias exclusivas: a) Del jurado: básicamente (art. 3): a) Emisión del veredicto: "[...] declarando probado o no probado el hecho justiciable que el magistrado-presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros hechos que decidan incluir en su veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél [...]" (art. 3.1 LJ); y b) juicio de culpabilidad o de inculpabilidad: "[...] También proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos respecto de los cuales el magistrado-presidente hubiese admitido acusación [...]". (Art. 3.2 LJ)[14].

En igual sentido, en la república de Argentina se regula de manera similar. La ley nos indica:

> *Artículo 338 bis: Integración del juicio por jurados. Condiciones. Impedimentos. Remuneración. 1. En la ocasión del primer apartado del artículo 338, y en los casos del artículo 22 bis, el Tribunal de jurados estará compuesto por un juez, que actuará como su presidente, doce (12) jurados titulares y seis (6) suplentes. La función de jurado es una carga pública obligatoria y es un derecho de todos los ciudadanos que habiten la Provincia de Buenos Aires para participar en la administración de justicia. 2. Para ser miembro de un jurado se deberán reunir las siguientes condiciones: a) Ser argentino nativo o naturalizado con no menos de cinco (5) años de ciudadanía. b) Tener entre 21 y 75 años de edad. c) Entender plenamente el idioma nacional. d) Estar en pleno ejercicio de los derechos ciudadanos. e) Gozar de aptitud física y psíquica suficientes para el desempeño del cargo*[15].

Resulta muy atendible la opinión de este autor, pues tal como se explicó antes, el hecho de esta situación en donde el juez participa muy activamente es motivo suficiente para ser llamado un tribunal mixto, pues lo que hace la Ley del Jurado española es delimitar muy bien lo que es la labor del jurado, con la colaboración del juez, quien hace previamente una delimitación de los hechos, lo caracterizaría como un tribunal mixto y no como un jurado clásico. Además habría que valorar si ello no desnaturaliza la labor del jurado o la del juez como director de este.

Desde ese punto de vista, queda muy claro cuando estamos ante un jurado clásico, en donde la independencia del jurado es total de uno mixto como el español, en donde el juez no solamente dirige al jurado, sino también le delimita los hechos, haciendo del oficio de juzgar una actividad compartida.

B.2.-Sistema escabinado

El segundo modelo tradicional de participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia se basa en un modo distinto de decisión conjunta. Según este, se conforma un grupo de jueces, integrados por jueces profesionales y "jueces legos"-o ciudadanos- ("colegio sentenciador") que delibera en conjunto y llega a la solución total del caso. El número de jueces de un tipo y otro varía, y existen modelos con preeminencia de los jueces técnicos y otros con preeminencia de los jueces legos, siempre dentro de un número total de jueces también variables. Este modelo de decisión conjunta privilegia el hecho de la deliberación, a través de la cual se produce un proceso dialéctico que asegura que la decisión final será el conjunto de diversas valoraciones sociales y consideraciones técnicas. El jurado escabinado se da en Francia, Italia, Alemania, Suiza o Portugal[16].

El modelo escabino se caracteriza muy claramente por la deliberación conjunta entre los jueces profesionales y los jueces legos, ese es el eje central y el punto de discusión entre teóricos de la política y profesionales del derecho, pues los primeros afirman que, en la práctica, los

jueces profesionales suelen tomar ventaja en sus posiciones y terminan influenciando a los jueces ciudadanos en la toma de la decisión, debido a sus conocimientos jurídicos que puede hacer valer frente a estos. Por eso, en algunos países, que han adoptado este modelo les han dado más cantidad de integrantes a los jueces ciudadanos que a los jueces legos. Sin embargo, eso no es ninguna garantía de que el efecto del juez letrado sea contundente sobre los jueces ciudadanos.

Originalmente, la idea lo que perseguía era conjugar tanto los factores jurídicos, como los factores fácticos, la realidad social de los ciudadanos en conflicto, su entorno, para hacer la decisión lo más justa posible y lo más cercano a la realidad.

Dentro de lo que es la participación democrática de los ciudadanos, se pueden dar variaciones en el tipo de jurado, un poco mixto que, por lo general, lo que hacen es tomar elementos de los dos sistemas de jurados tradicionales, el modelo clásico o anglosajón y del modelo escabinado, y mezclarlo de acuerdo a como ese país estime que le es más conveniente la participación ciudadana.

Estos matices que puedan tomar las diferentes legislaciones de los países no hacen ni clásico ni escabinado el jurado, sino que le da su propio ajuste de acuerdo con lo que quieran políticamente concebir como participación ciudadana en la Administración de Justicia.

Se dan casos en que los jurados deliberan solos sin los jueces. Si el veredicto es de absolución, se decreta esta y, en su caso, se libera al reo; en tanto que, si es de condena, los jurados se tienen que reunir con los jueces para decidir la extensión de las penas, aquí el matiz es más participación en uno u otro campo para los jueces profesionales o para los ciudadanos jueces, los ciudadanos entran en el campo del derecho o los jueces profesionales entran en el campo de los jueces ciudadanos.

No se observa mal esta relación entre la función de jueces, legos y profesionales, lo que sí es menester es que esta se encuentre debidamente regulada en la ley, con mucho detalle para evitar conflictos de cualquier orden.

Gutiérrez-Alviz y Moreno Catena consideran también más ajustada la instauración del tribunal de escabinos, como figura evolucionada del jurado tradicional, a través del que se permite la participación directa de la ciudadanía en la Administración de Justicia, el contacto inmediato del pueblo y su justicia, y una corresponsabilidad cívica en las tareas juzgadoras, sin que se aprecien mayores riesgos o peligros de la presunta influencia o, incluso, dominio de los jueces técnicos en los escabinos ante su mayor autoridad y conocimientos jurídicos, pues los legos aportan otros criterios de conocimiento, valoración y crítica complementarios en el juicio.

De manera concluyente, Martín Ostos expone:

> *el escabinado ofrece la particularidad de no introducir diferencias entre diversas formaciones, al atribuir toda la labor de valoración, apreciación, calificación y decisión a un colectivo jurisdiccional único, compuesto tanto por magistrados profesionales y peritos en derecho como por ciudadanos posiblemente*

> *legos en conocimientos jurídicos; de esta manera se supera la problemática relativa a la posibilidad de valoración separada del hecho y el derecho, a la vez que se acude a un organismo más reducido en número y en el que resulta una constante la estrecha relación entre los jueces profesionales y los legos. En fin, en el tribunal de escabinos no hay dos declaraciones, una sobre los hechos a la vista de las pruebas y otra sobre calificación de los hechos y aplicación del derecho, sino una única declaración sobre la cuestión*[17].

La opinión de este autor resulta muy acertada, desde afuera, pues como lo señala, no hay un fallo dividido, en el sentido de hechos y derecho, como sucede en el jurado clásico, sino que, en el caso del jurado de escabinos, como la deliberación se ha producido en lo interno, se presenta la sentencia como un producto uniforme de consenso, monolítica que genera mucha credibilidad y legitimación del sistema de justicia.

B.3.- Derecho de la persona acusada o limitada a un ámbito material de determinados delitos

La concepción que tengan los Estados de si el jurado es un derecho o está limitado por el legislador a un número determinado de delitos tiene relación directa con la concepción política ideológica que tenga la nación. En este punto, para poder analizar este apartado resulta esclarecedora la siguiente cita:

> *La instauración del Jurado entre los ingleses tuvo una razón de ser política bien ajena al simple papel testimonial de los vecinos. Aquélla radica sin duda en la garantía arrancada por los barones a Juan sin Tierra, primero, y por el pueblo llano a Enrique III, más tarde. Los barones se procuraron el juicio por iguales para emanciparse, como recuerda Alejandre, de la justicia real. El Bill of Right sustrae al ciudadano de la jurisdicción de los señores feudales. Más que de la formalización de una costumbre se trata entonces de un derecho fundamental de todo ciudadano inglés. Y es difícil separar esa dimensión garantista de la idea de libertad. Esa idea de libertad, como enseña García de Enterría, es transmutada por Locke, al justificar el Bill of Right, dejando de ser un simple derecho judicial "heredado". La libertad individual no sólo es el origen de la sociedad, sino, a la vez, justamente su finalidad última. Añade García de Enterría: la libertad dejará de ser una simple "franquicia" frente al poder, una reducción o límite a ese poder, ineludible o fatal y siempre ajeno, pasando a ser precisamente el objeto de éste. Esas ideas de Locke tuvieron una decisiva influencia en la Revolución americana. En ella, las reivindicaciones de los colonos, partiendo de la formulación de Locke, invocan inicialmente tres derechos. Junto al de libertad religiosa y de voto, se reivindica el juicio por jurado. Este*

> *les era negado por el status colonial que implicaba la sumisión a los funcionarios reales*[18].

La idea del jurado se encuentra arraigada a la idea de libertad, por eso en el derecho anglosajón se le considera como un derecho del acusado, porque efectivamente es su libertad la que está en juego frente al poder del Estado, y tiene que ser él (acusado) a quien se le garantice no solo el derecho a ser juzgado por el jurado, sino también esto va de la mano con la idea de libertad.

La Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica recoge igualmente como un derecho básico de la ciudadanía el derecho a un tribunal de jurado y es básico porque va ligado al derecho fundamental de libertad. Concretamente, el derecho al proceso mediante un tribunal de jurado en las causas penales surge de la Sexta Enmienda que señala textualmente:

> *En toda causa criminal, el encausado gozará del derecho a ser juzgado rápidamente y en público por un Jurado imparcial del distrito y estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley, así como a que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, a que se le caree con testigos que depongan en su contra, a que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y a contar con la ayuda de un abogado que le defienda (Hastie, Penrod&Pennington, 1986). Sin embargo, dicha garantía está formulada en abstracto y no contiene referencia alguna a criterios de tamaño, pautas de decisión y procedimientos de selección de los miembros.*
>
> *Más específicamente, la Quinta Enmienda recoge el derecho a ser acusado por un "Grand Jury" (Jurado de Acusación) cuando el delito imputado esté castigado con pena capital o infamante. Este Tribunal se encuentra en decadencia en la mayor parte de los estados de la Unión, habiéndose extinguido ya en Inglaterra. El acta de acusación del «Grand Jury» ha sido sustituida por la acusación del Ministerio Fiscal al que se denomina en esta función «Gran Jurado de un solo hombre» (Gisbert, 1990). Veamos un supuesto concreto: un caso de arresto con una acusación formal, si el acusado no se acoge al denominado "plea bargaining" (pacto de la defensa) tendrá derecho a un juicio con jurados. Esto es, el acusado puede elegir ser juzgado por un juez u optar por un juicio con Jurado, en cuyo caso se procede a la selección de los miembros del mismo*[19].

Está claro entonces que la elección del acusado a un tribunal de jurado tiene una raigambre histórico-política importante. En el mundo anglosajón, se ha estimado que el jurado deviene como se expresa elocuentemente en las citas precedentes, de la libertad conquistada y de ella dimana ese derecho a ser juzgado por sus pares, por otras personas ciudadanas.

Por ello históricamente se puede entender por qué en el *common law* se considera un derecho.

No sucede lo mismo con la mayoría de los países de la corriente romano-germánica, los cuales han adoptado el instituto del jurado, pero han estimado que el legislador es quien debe disponer en la ley cuáles delitos deben ser conocidos por el instituto del jurado. Se le mira más como una herramienta judicial que permite la participación ciudadana y, por eso, herramienta y no como se ve en el mundo anglosajón, una conquista y, así, un derecho.

Otro autor con relación al sistema anglosajón en la siguiente cita doctrinaria expone lo siguiente:

> *En los Estados Unidos de Norteamérica, la enmienda número decimocuarta señala: En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se le caree con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de Asesoría Legal para su defensa*[20].

La escogencia del jurado en el sistema anglosajón es también muy relevante, pues les brinda la posibilidad a los litigantes de ir "eligiendo" y teniendo control de cuáles son las personas que decidirán ese caso, para ello cuentan con la herramienta del *voir dire*, con la cual pueden ir filtrando a los mejores jurados. Los miembros seleccionados no deben tener conocimientos personales de los hechos de ese caso en particular, ya que eso podría influir en su decisión. Con el propósito de lograr ese objetivo, el juez y los abogados les hacen preguntas a los posibles jurados para saber si existe alguna relación entre sus familiares y las partes del caso o los abogados, y si ellos mismos conocen a las partes o a los abogados y los hechos del caso. Este proceso se llama ***voir dire*** que significa "decir la verdad". Si esa relación o esos conocimientos pudieran influir en la decisión de un jurado en ese caso, el jurado quedará excluido para ese caso[21].

Si bien es cierto, la Ley de Tribunal de Jurado cuenta con una herramienta para filtrar a los miembros del jurado, como lo hace el sistema anglosajón, con el *voir dire*, el diseñado por la ley se observa más burocrático y engorroso.

Enlistamos solamente dos ejemplos, a fin de visualizar cómo el sistema escrito lo vuelve burocrático y engorroso, así el artículo 21 dispone:

> *Recusación. El Ministerio Fiscal y las demás partes, a quienes se ha debido entregar previamente el cuestionario cumplimentado por los candidatos a jurados, podrán formular recusación, dentro de los cinco días siguientes al de dicha entrega, por concurrir falta de requisitos o cualquiera de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición previstas en esta Ley. También propondrán la prueba de que intenten valerse. Cualquier causa de recusación de la que se tenga conocimiento en ese tiempo, que no sea formulada, no podrá alegarse posteriormente.*

> *Artículo 22. Resolución de las excusas, advertencias y recusaciones. El Magistrado-presidente señalará día para la vista de la excusa, advertencia o recusación presentada, citando a las partes y a quienes hayan expresado advertencia o excusa. Practicadas en el acto las diligencias propuestas, resolverá dentro de los tres días siguientes*[22].

Como se observa, los sistemas descansan en presupuestos diferentes y, por eso, igualmente son diversos en la utilización de esta herramienta de filtro. Y es que, mientras en el sistema anglosajón, se hace el mismo procedimiento del sistema español que señalan los artículos 21 y 22, difieren en la forma, pues en el sistema que indica la Ley de Tribunal de Jurado española, sigue la lógica del sistema escrito, la herramienta de filtro se llama recusación y se hace luego de que los jurados seleccionados contestan el cuestionario que previamente el juzgado les ha hecho llegar y sobre los cuales el ministerio fiscal y las partes hacen objeciones igualmente por escrito. Con esas recusaciones o incumplimientos de los requisitos legales para ser jurado, el juez convoca a una audiencia en donde escucha a las partes y resuelve dentro de tercer día por escrito mediante una resolución si acepta lo que las partes han solicitado o no.

En el sistema anglosajón, tienen la misma herramienta, solo que la aplican de manera oral, en la misma audiencia, se convoca a una cantidad importante de probables ciudadanos que pueden hacer de jurados y los litigantes, defensor y fiscal, al igual que el juez de la causa van explorando a cada uno de los posibles ciudadanos jurados, y tanto el defensor como el fiscal van haciendo uso del voir dire, para excluir ciudadanos jurados, con criterios más amplios y más ligados a las partes y no tanto a causales taxativas como las de recusación. Y en una audiencia o al máximo en dos ya tienen conformado el tribunal del jurado.

Los dos sistemas ejecutan las actividades de manera similar, solo que hay que caracterizar en el sentido de que el ordenado por la Ley del Tribunal de Jurado de España es mucho más lento que el que se estila en el sistema anglosajón, básicamente por cómo se usa dicha herramienta, en una de manera escrita y aunque tiene una pequeña parte oral para la selección, se sigue la tramitología del sistema escrito, mientras que el otro se efectúa de manera oral y de forma más expedita.

C.- Bondades y zonas grises del jurado

Tal y como lo hemos venido explicando, las bondades que se le atribuyen al jurado son varias, principalmente a la participación ciudadana dentro del Poder Judicial, se tienen además como bondades del instituto, la educación que va recibiendo la población para poder ejercer el oficio de juez lego; la nueva y real percepción de cómo se hace la justicia y la profilaxis del sistema de justicia que permite que jueces legos con visiones diferentes, sobre todo de las situaciones de hecho, integren mejores decisiones.

El derecho-deber a ser jurado ha sido calificado de derecho fundamental, cívico y activo. Los jurados son jueces ordinarios predeterminados por ley, legos y temporales. Los jurados se rigen,

básicamente, con determinadas especialidades, por los mismos principios que los jueces profesionales, (de carrera). Es decir, por la independencia, la responsabilidad y la sumisión a la ley (art. 3.3 LJ), la inamovilidad, lógicamente, tiene un tratamiento distinto, tanto en el tiempo, su duración, como en el contenido (p. e.: disolución del jurado, recusación de los jurados sin causa [...][23].

Vemos que aquí se apunta como la bondad central y creo que en eso hay acuerdo en la doctrina y jurisprudencia romano-germánica, la participación ciudadana dentro de la Administración de Justicia, dentro del Poder Judicial, pero se le da el valor de derecho fundamental cívico y activo, lo que denota no solamente la participación, sino también la educación y el mejoramiento del Estado y, en particular, de la Administración de Justicia por parte de la ciudadanía. Por ello también se le caracteriza como un derecho deber, puesto que si somos parte de un Estado, debemos contribuir a su solidificación y mejoramiento continuo.

También se le otorgan desventajas al instituto del jurado, entre ellas podemos señalar las siguientes: El tema de la imparcialidad, por lo general ,los ciudadanos jurados, ya tienen una serie de información en su cerebro que los condiciona a pensar de determinada forma, ya tienen un bagaje cultural condicionante y, como tal, pues podríamos decir puede ser controlado o conducido por la magistrada o el magistrado presidente a la hora de dar las instrucciones y conducir a los jurados. Pero no hay que perderlo de vista, porque puede ser un elemento muy importante a la hora de la decisión.

Se insiste también en la poca o nula experiencia de los y las miembros del jurado, en las actividades judiciales y esto nos lleva al tema inconsensuado sobre el no poder separar los hechos del derecho. Los requisitos que, en general, se solicitan para que un o una miembro del jurado es que no sabe los hechos implicados en caso de ser juzgados. La magistrada o el magistrado presidente guía a los jurados en la determinación de los hechos que pueden admitir como prueba y los que se deben excluir.

Muchos miembros del jurado se encuentran con problemas complicados mucho más allá de su formación y experiencia. La falta de conocimiento legal permite tanto personas abogadas litigantes, defensoras, querellantes, así como a los fiscales y las fiscalas, convencer con relativa facilidad o al menos persuadir a los y las miembros del jurado de sus pretensiones, lo que algunos han denominado como una actuación de película ante el jurado.

Otra desventaja que ya hemos señalado es la de los prejuicios. Los sesgos y prejuicios locales sin lugar a dudas influyen en el resultado del caso. Muchas veces el hecho de que la persona pertenezca a una determinada religión, que su piel tenga un color determinado o que sus ojos y cabello igual tengan un color particular condiciona no solamente los razonamientos, sino también las conclusiones de los jurados. Además hay que tener en consideración que pueden ser influenciados por los medios de comunicación, así como los juicios paralelos que se dan en los *mass* media, pues solamente permanecen incomunicados cuando se retiran a deliberar, pero durante la duración del juicio duermen en sus

hogares y tienen acceso a otras personas y a los medios de comunicación, lo que eventualmente puede producir el sesgo que aquí se precisa evitar.

En este particular aspecto, habría que hacer toda una labor para tratar de excluir los estereotipos y la discriminación de todo tipo que contribuyen inconscientemente a la construcción de una decisión que afectará a mediano plazo a la de la justicia.

También se plantea como una desventaja la incorrecta separación entre lo que son los hechos y el derecho, puesto que la mayoría de los y las miembros del jurado no comprenden el derecho, las leyes que deben aplicar y deben en ese sentido ser conducidos por la magistrada y el magistrado presidente.

La prueba, testimonial o pericial es igualmente muy difícil no solamente de comprender, sino de evaluar y aquí otra vez nos encontramos en la frontera del derecho y los hechos, esa separación que en definitiva es muy difícil de hacer. Y ni qué decirse de casos complejos, con muchas personas imputadas, con prueba matemática o de asuntos financieros, en los cuales es difícil hacer los dos pasos: 1.- comprensión y 2.- apreciación o evaluación.

En España, la mayoría de las objeciones del jurado están enfocadas principalmente hacia el veredicto y sobre este su falta de motivación. Un autor nos explica que:

> *El objeto del veredicto constituye un verdadero acto jurisdiccional de síntesis, tras la conclusión del juicio oral y previo a la deliberación del jurado, que reordena y sistematiza el objeto del proceso a fin de facilitar la decisión al Tribunal del Jurado. La LOTJ pide al Magistrado-presidente, que metodice la respuesta del jurado al hecho justiciable en función de su relevancia jurídica. Por ello, el Magistrado Presidente ha de llevar a cabo un fraccionamiento lógico del contenido de las respectivas propuestas acusatorias y defensivas a fin de parcelar su valoración jurídica por el jurado. En este sentido, el veredicto es un escrito jurisdiccional que recoge todas las cuestiones o proposiciones fácticas relativas al hecho criminal objeto del juicio, entendido éste en un sentido amplio, abarcando los elementos fácticos que determinan la existencia del delito, así como también las circunstancias eximentes o de modificación de la responsabilidad criminal, y los datos fácticos que sirvan para establecer la autoría de ese hecho, su grado de participación y de ejecución del mismo, sin perjuicio de algunas otras cuestiones de carácter eminentemente jurídico tales como el criterio acerca de la remisión condicional del fallo y la petición de indulto en la sentencia, temas estos que, sin embargo, no tendrán un contenido vinculante para el Magistrado Presidente*[24].

De la lectura de la cita en cuestión, nos damos cuenta de que el veredicto no es algo sencillo, pues implica no solamente un proceso lógico, sino también valorativo. Sin embargo se estima que, desde la definición que hace la Ley del

Jurado española, se plantea la necesidad de que exista una buena coordinación entre el magistrado presidente y los jurados, pues nace una especie de equipo de trabajo, entre los jueces legos y profesionales, se hace una especie de chequeo de la acusación, hecho por hecho votándolo y aunque el magistrado presidente no participa de la votación, sí va tomando nota.

No obstante, la misma ley señala que no tendrá contenido vinculante para el magistrado presidente quien finalmente redacta la sentencia. Obviamente partimos de la buena fe de que el hecho de que no sea vinculante no significa excluirlo, sino el hecho de no condicionar al magistrado a la hora de redactar el fallo, pero que, si la valorara, pues es el instituto constitucional y legalmente acreditado para dictar el fallo.

Vemos entonces cómo el veredicto resulta ser muy controversial, sobre todo si la comunidad jurídica estamos tan familiarizados con la técnica de la sentencia y de los elementos estructurales para la toma de decisiones judiciales. Sin embargo, me muestro optimista en el sentido de que es una situación que puede ser solventada, si hay un buen apoyo de la magistrada o del magistrado presidente y los jurados y viceversa.

Por esto el tema del veredicto es una labor complicada, el secreto está como ya se ha indicado en hacer un buen equipo de trabajo, para que, de manera fluida, puedan realizarse las tareas sin mayores problemas. Los problemas que se pueden presentar son de interpretación y como este es un instituto en el que nos encontramos aprendiendo, tenemos que ir cosechando las oportunidades de mejoras en cada uno de los procesos.

En este tema del veredicto, también se ha pronunciado la jurisprudencia española que nos explica:

> *El objeto del veredicto habrá de sujetarse, pues, a este contenido y estructura legal, e incluso, como puso de manifiesto el Tribunal Supremo en una de sus primeras sentencias sobre juicios con jurado, la 84/1998, de 30/1/1998 (caso del Valle, Barcelona), al orden marcado por el precepto. Asimismo, el escrito en que quede plasmado el objeto del veredicto habrá de tener en cuenta el sistema legal de votación y de redacción del acta del veredicto*[25].

Estimamos que, al inicio, como en la mayoría de las cosas, la interpretación que el Tribunal Supremo hace es muy literal. Lo más conveniente es hacer una interpretación literal, pero también integrando la naturaleza jurídica del jurado y sus elementos. En este caso, en particular, el veredicto resultaba ser muy rígido, redactado en un acta con todos los requerimientos legales. En realidad, los problemas no estaban en el jurado y en el trabajo en equipo que el magistrado presidente y los jueces legos hacían, sino en quién redactaba el veredicto y cómo, que era lo más difícil.

Se observa en este modelo adoptado por España, un protagonismo del juez o magistrado presidente en el equipo de trabajo, pues como ya lo hemos señalado *supra*, es muy difícil hacer la separación hechos y derecho y lo que hay que garantizar es que ambos roles se cumplan adecuadamente por los jurados y por el juez presidente que los guía.

Debe guiarse no solamente para la fijación de los hechos, sino también sobre la votación para poder tener los insumos y así finalmente redactar la sentencia, y ya depurados los hechos, se puede tener en cuenta lo que los jueces legos hayan considerado. Si bien es cierto, la ley lo autoriza a no considerarlo, entendemos esto como una excepción en el caso de que estos no hayan sido debidamente filtrados en las actividades de acompañamiento que hace este juez magistrado presidente con el jurado.

Solo el tiempo y las buenas prácticas pueden ir direccionando al jurado hacia un equilibrio y sin tanta rigidez, sin dejar de observar la ley, por supuesto, pero sí poniendo énfasis en el equilibrio de los dos actores del jurado, el magistrado presidente y los nueve jurados, para España o los doce jurados para otros países que han adoptado el instituto.

Sección II
Recomendaciones de implementación en Costa Rica

Tal y como se formuló en la introducción, el propósito en este apartado es analizar la posibilidad constitucional de que el jurado sea una institución que la norma suprema pueda abrigar. Para ello repasaremos lo que indica nuestra carta magna, haremos las inferencias jurídicas del caso, para finalmente proponer su viabilidad.

Nuestra carta magna señala en su artículo 1º.- Costa Rica es una República democrática, libre e independiente.

> *El principio democrático tiene una triple connotación constitucional: en primer lugar, como característica esencial de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, que implica, una especial forma de elección de nuestros gobernantes, que se traduce en el sistema de democracia representativa, participativa y pluralista, como el ejercicio indirecto del poder a través de los diversos puestos de elección popular; en segundo lugar, como fuente o parámetro de interpretación, en tanto se constituye en la fuente y norte del régimen jurídico, al permear todo el ordenamiento y formas jurídicas, de modo que se impone como principio rector en la organización política del Estado y de todas las formas de organización colectiva (como sucede con la integración de los órganos colegiados de los entes corporativos, tanto de las municipalidades, como los colegios profesionales y corporaciones de producción) y, la representatividad en su instrumento pragmático de realización; y en tercer lugar, como verdadero derecho, y en esa condición, justiciable ante instancias administrativas y jurisdiccionales" Se cita el principio democrático.* Sentencia Sala Constitucional 9197-06[26] .

Tanto la Constitución, como la Sala Constitucional, (intérprete de dicho cuerpo normativo), señalan a Costa Rica como una república, un Estado organizado con tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Dentro de esta

interpretación constitucional, la Sala explica que la democracia es participativa. Si bien es cierto nos habla de la participación en el Poder Judicial, nosotros sí entendemos en sentido amplio que la ciudadanía puede participar "haciendo" la justicia.

El artículo nueve de nuestra Carta Magna señala:

> *Artículo 9 El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable.* ***Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.*** *(Este primer párrafo del artículo 9, fue reformado por el artículo único de la Ley N° 8364, de 1º de julio de 2003. Publicada en La Gaceta N° 146, de 31 de julio de 2003.)* ***Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias. Un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los Poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuyen esta Constitución y las leyes.*** *(El párrafo final fue adicionado por Ley N.° 5704 del 5 de junio de 1975.)*
>
> *Es rasgo fundamental de nuestro sistema de gobierno lo que modernamente se denomina y entiende como el principio de* **distribución de funciones***, que está expresamente dispuesto en el artículo 9 constitucional, el cual, sustenta la organización y distribución de las diversas funciones esenciales del Estado, por cuanto en virtud de éste, el poder y su ejercicio está distribuido entre diversos detentadores; y en tal virtud se constituye en una garantía de la libertad de los administrados frente a los detentadores del Poder, en tanto se traduce en sí mismo en un límite y control en el ejercicio del Poder, al delimitarse la y "cuota" y contenido que le corresponde a cada uno, además de que define las prerrogativas de la Administración Pública. Principio de distribución de poderes. Artículo 9 de la Constitución Política.* Sentencia de la Sala Constitucional n.° 13323-06[27].

De igual manera, se observa que el artículo 9 de la Constitución privilegia la participación como método de la democracia; en consecuencia, debido a que la ciudadan**ía** participa en los otros poderes del Estado, es viable que participe en el Poder Judicial a través de los jurados.

Estimo que el marco constitucional está dado para que se pueda instalar los jurados, pues la Sala se refiere expresamente al principio constitucional del juez natural:

> *[...] el principio del juez regular puede expresarse como el derecho de los ciudadanos de ser juzgados únicamente por los tribunales previamente instituidos de acuerdo con nuestra Constitución; esto es, por los del Poder Judicial creados por la ley, a tenor*

de lo dispuesto en el artículo 152 y siguientes de nuestra Carta Magna; y, a contrario censu, como la obligación negativa del Estado de juzgarlos por medio de "[...] comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso [...]" (artículo 35 antes transcrito).- Resulta entonces que si la competencia para el conocimiento de un determinado asunto, independientemente de la materia, grado, o cuantía y de si existen o no juzgados especializados para ello, le está dada por ley a un tribunal determinado; ello no constituiría violación de ese derecho fundamental, siempre y cuando éste se ajuste -en cuanto al ámbito de su competencia- a los parámetros que aquélla fije; como sí lo sería el juzgamiento por un tribunal sin competencia para ello […]. Sentencia 5965-93[28].

Entonces si se promueve una ley que instale el tribunal de los jurados, esta sería constitucional, pues se enmarca dentro de lo que esta resolución señala, pues la prohibición es establecer tribunales o jueces especialmente para un caso en concreto.

[…] si bien es cierto, el artículo 152 de la Constitución Política establece que el Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley, también lo es, que de acuerdo con los artículos 46 párrafo 1º y 59 inciso 16) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Corte será la competente para determinar la forma en que los tribunales creados por el legislador, cumplirán las funciones que les han sido encomendadas, teniendo la potestad de refundirlos, dividirlos, trasladarlos de sede y fijarles la respectiva competencia, todo conforme a los criterios de eficacia, eficiencia y mejor servicio público, potestad que en última instancia se deriva del principio de división de poderes y su correlativo, el de independencia […] Sentencia 7626-02[29].

El principio constitucional de exclusividad o reserva de jurisdicción en el ejercicio de la función jurisdiccional se encuentra establecido en el artículo 153 de la Constitución Política , el cual estatuye:

[...] Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas […] resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie". Este precepto constitucional también enuncia el núcleo duro de la función materialmente jurisdiccional, la cual le corresponde ejercer, privativa y exclusivamente, a ese Poder de la República a través de las diversas Salas de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y juzgados que establezca la ley (artículo 152 ibídem). De este modo, el principio de reserva de jurisdicción significa que los tribunales han sido instituidos, exclusivamente, para ejercer esa función material, a través del dictado de sentencias con

> *fuerza de verdad legal para dirimir una controversia o litigio entre las partes – extremo que no excluye la terminación anormal o anticipada de los procesos a través de otro tipo de resoluciones- y de su debida ejecución […].* Sentencia 7965-06[30].

Esta sentencia resulta ser más clara para nuestro enfoque, en cuanto que señala, que el artículo 152 de nuestra constitución indica que el poder judicial se organizará a través de los tribunales y juzgados que establezca la ley; en consecuencia, la ley puede perfectamente establecer el instituto del tribunal de jurados.

> *Artículo 167. Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea.*

El artículo 167 de la Constitución Política dispone la necesaria consulta de la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia, de proyectos de ley que se refieran a la organización y funcionamiento del Poder Judicial y señala expresamente que para separarse del criterio de la Corte, se necesita el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea. **(**Sentencia **1618-91**)[31].

Además, se garantiza por medio del artículo 167 que el Poder Legislativo no tomará la iniciativa de crear la ley de jurados, sin consultarle a la Corte, pues todos aquellos proyectos de ley que afecten su organización le deberán ser consultados para atender sus observaciones, objeciones y tomar una decisión bien informada.

En igual sentido se pronuncia la siguiente sentencia:

> *Esta Sala se ha referido a los alcances de este deber del legislador, entendiendo que dicha consulta resulta obligatoria cuando lo discutido en la Asamblea es un proyecto de ley que pretenda establecer reglas de funcionamiento y organización del Poder Judicial, entendido esto no apenas como las disposiciones que regulen la creación de tribunales de justicia o competencias jurisdiccionales, sino incluso aquellas que dispongan sobre modo de ejercicio de dichas competencias, es decir, sobre la forma en que el Poder Judicial lleva a cabo su función jurisdiccional, incluidas normas propiamente procesales.* Sentencia 13273-01[32].

Podemos concluir entonces que, si bien es cierto, la Constitución Política de Costa Rica no prevé expresamente el instituto del jurado, de su conformación se puede derivar claramente que no lo prohíbe. Al contrario, todo el andamiaje constitucional y legal permite con aplomo que el instituto del jurado pueda coexistir en nuestro modelo de justicia.

En consecuencia, se puede afirmar que sí es posible instalar la institución del jurado, por medio

de una ley regule todos los extremos.Vemos que la principal vía para que ello se haga realidad es por el principio constitucional de la participación democrática que, unida a la división de poderes de la república, permite que la ciudadanía pueda en función de juezas y jueces legos participar en la Administración de Justicia del Poder Judicial.

Sección III
Conclusiones

Los objetivos de la investigación eran caracterizar la institución del jurado desde la perspectiva democrática republicana, señalar la utilidad y pertinencia de que este sea tenido como eje central de un Estado de derecho; de la misma manera, caracterizar el jurado, a la luz de los modelos romano-germánico y anglosajón, y presentar algunas consideraciones constitucionales para la instalación en Costa Rica.

Así se puede concluir luego de la investigación que el jurado se caracteriza por: a.- Garantizar la participación de la ciudadanía. b.- El pueblo tiene un control sobre cómo se hace la justicia en su comunidad. c.- Lograr una justicia de calidad y de fortalecimiento del sistema de justicia.

Podemos acuñar una definición del jurado como el instituto jurídico que permite la participación ciudadana dentro del proceso penal, con la función de juzgar al ciudadano o a la ciudadana que se le imputa un delito y decidir sobre su inocencia o culpabilidad, valorando los hechos y pruebas que se le sometan a su consideración, no así el derecho, facultad que se le reserva a la persona juzgadora.

Se concluye además que, dentro de las diferentes modalidades del jurado, el más utilizado es el jurado clásico, en donde un grupo más o menos numeroso de la ciudadanía delibera entre sí, según las indicaciones del juez o de la jueza profesional, determina si la persona es culpable o inocente (veredicto de culpabilidad) y luego, sobre la base intangible de ese veredicto, el juez o la jueza profesional determina las consecuencias legales de la acción culpable o inocente.

Desde el punto de vista teórico, este instituto ofrece solidez y confianza, pero atendiendo a la cultura jurídica en que nos hemos desenvuelto. Provenimos de la rama romano-germánica, por lo que se recomienda considerar para nuestra región el jurado escabinado, por ser un grupo de personas juzgadoras integradas por juezas y jueces profesionales y juezas y jueces legos o ciudadanos, los cuales deliberan en conjunto y resuelven el caso de manera conjunta.

Este modelo de jurado es más afín con nuestra tradición jurídica y, siendo novedosa, integra a las juezas y los jueces dentro del modelo de jurado. Así el cambio no resulta ser tan abrupto y seguro generará más réditos para la Administración de Justicia.

En el esquema de pesos y contrapesos, siempre hay que evitar que no nos suceda como en España, donde el(la) juez(a) o magistrado(a) presidente(a) en el equipo de trabajo asume un rol muy determinante que acaba por anular al jurado. Es una crítica muy fuerte que se le hace a este modelo de jurado y sobre la cual hay sin lugar a dudas que legislar. En la experiencia argentina, este ha sido un tema muy debatido, y hoy se inclinan por la independencia del jurado.

Otra conclusión de la caracterización es con el tema del veredicto y la motivación que con razón desvela a la comunidad jurídica, pues esa relación entre los hechos y el derecho es precisamente la que caracteriza a los conflictos judiciales. Parece imposible de escindir y conlleva a que se presenten regularmente alegaciones contra estos, pues la misma ley les impone a los jurados dichas obligaciones que, si se incumplen, pueden dar al traste con el proceso.

Por eso un jurado de escabinos, compuesto por personas ciudadanas y juzgadoras que deliberen conjuntamente, tomara una decisión mucho más ajustada al estándar a la que la comunidad jurídica continental está acostumbrada.

Finalmente, se concluye que, si bien es cierto, la Constitución Política de Costa Rica no prevé expresamente el instituto del jurado, de su articulado ni las interpretaciones que la Sala Constitucional ha hecho, se puede derivar claramente que no lo prohíbe y, en consecuencia, por principio, si no está prohibido, está permitido. Y el Parlamento no tendría inconveniente en promulgar una ley que regule un tribunal de jurado. Con ello se harían realidad los principios constitucionales de participación democrática y una justicia cercana, comunitaria y de calidad.

BIBLIOGRAFÍA

- **A**rrieta Caro José. Apogeo y declive del derecho constitucional a un juicio por jurado para causas penales en los Estados Unidos. Derecho PUCP, n.º 78 (junio), 129-69. https://doi.org/10.18800/derechopucp.2017

- Álvarez Alarcón Arturo. Crónicas de las jornadas sobre el jurado. https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=96646

- Arias Domínguez Ángel. Estudio bibliográfico sobre el jurado. Dialnet. https://dialnet.unirioja.es/

- Binder Alberto M. Iniciación al proceso penal acusatorio. (2000). Buenos Aires, Argentina: Campomanes Libros.

- De Paúl Velazco Pilar. (2010). De la composición y veredicto del jurado. Comentarios psicológicos al anteproyecto de ley del jurado.

- Fletcher George P. (2008). El jurado en Estados Unidos. Traducción de Francisco Muñoz Conde.

- Garzón Adela. (2010). El jurado en las democracias actuales. Psicología y jurados.

- Gastón Enrique. ¿Iguales o diferenciados? Consideraciones de cara a la implantación del jurado en España. Dialnet. https://dialnet.unirioja.es/

- Goti Ordeñaña Juan. (1997). La problemática de la institución del jurado. España: Editorial Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones.

- Gutiérrez Carbonell Miguel. Sinopsis de la constitución del y del juicio oral (arts. 38 al 51, excluido el art. 46). Estudios de derecho judicial 96 – 2006. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial.

- Harfuch Andrés. Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásicos. Buenos Aires, Argentina.

- Igartua Salaverría Juan. (2014). La Ley del Jurado por montera. Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, n.º 81.

- Jueces para la democracia. El juicio el jurado en el proceso penal: bases para una ley de jurado. http://www.juecesdemocracia.es/2017/06/22/2a-ponencia-juicio-jurado-proceso-penal-st-cataluna/

- Kihn Bruno Roberto. Modelo anglosajón puro del juicio por jurados, constitución nacional y sistema interamericano de protección de los derechos humanos. II Coloquio sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos UNS□UNICEN 2011. Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur, Argentina.

- Langer Máximo. La dicotomía acusatoria – inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. Buenos Aires, Argentina. Instituto de Ciencia Procesal Penal.

- López Jiménez Raquel. La prueba y el juicio oral en la Ley del Jurado. Juicio por jurado: experiencia y revisión. Estudios de derecho judicial 96 – 2006. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial.

- López Ortega Juan José. Contradicción y defensa. Cinco cuestiones sobre la prueba penal, precedidas de una introducción sobre la eficiencia del proceso penal. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Estudios de derecho judicial.128/2007. España.

- Maier Julio B. J. (1996). Derecho procesal penal. Tomo I Fundamentos, 2ª edición. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Martín Ostos José. (1982). Algunas consideraciones sobre el jurado. Ponencia presentada a las jornadas sobre la Administración de Justicia de Andalucía.

- Martín Pallín José Antonio. (1997). El jurado, ¿otra forma de justica? Revista del Poder Judicial n.º 45. Primer trimestre. PJ974508.

- Miranda Estrampes Manuel. (2006). El jurado. Revista Poder Judicial, n. º especial XIX.

- Morey Suau Jaime. La Ley del Jurado y el modelo acusatorio. Justicia 99.

- Munsterman G. Thomas. (2000). La realidad del jurado en los Estados Unidos. Centro de Estudios del Jurado. Virginia. Psicología Política, n.º 20.

- Muñiz Calaf Bernardino. (1995-1996). El tribunal del jurado. Definición, veredicto y sentencia, pp. 65-78. Derecho y opinión, ISSN 1133-3278, n.º 3-4.

- Novo Pérez Mercedes y otros. El tribunal del jurado en Estados Unidos, Francia y España: tres modelos de participación en la Administración de Justicia. Implicaciones para la educación del ciudadano. Publicaciones, 32-2002.

- Pérez Martínez Fernando. Visión histórica y constitucional del jurado. Juicio por jurado: experiencia y revisión. Estudios de derecho judicial 96 – 2006. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial.

- Quintana Sáenz de Jubera María Cortijo. (2014). El proceso ante el tribunal del jurado: Problemas del régimen actual y perspectiva de futuro. Trabajo de fin de grado. Universidad de la Rioja.

- Ramón Arce Francisco Tortosa. (2003). Veredictos y análisis del contenido de las deliberaciones de los tribunales de jueces y jurados en el contexto jurídico español. España: Psicothema, vol. 15, n.º 1.

- Del Río Fernández Lorenzo Jesús. El veredicto y la sentencia. Formulación del objeto del veredicto. Motivación y control judicial. Juicio por jurado: experiencia y revisión. Estudios de derecho judicial 96 – 2006. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial.

- Sanchis Crespo Carolina. El jurado y la presunción de inocencia. A propósito de la película El veredicto final. https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4077/1/pg_313-332_penales25.pdf

- Torres-Dulce Lifante Eduardo. (Comunicación). La Ley del Jurado: Algunas reflexiones sobre la preparación de la acusación.

- Torres Zarate Fermín y otro. (Enero/agosto 2008). Common Law: una reflexión comparativa entre el sistema inglés y el sistema estadounidense. Alegatos, n.° 68-69, México.

- Varela Castro Luciano. El juicio sobre la acusación. Consejo General del Poder Judicial.

- Escuela Judicial. Hacia un nuevo proceso penal. Manuales de formación continuada 32/2005. España.

- Varela Castro Luciano. El tribunal del jurado. Fundamentos políticos-constitucionales y procesales. España.

- Varela Castro Luciano. (96/2006). La instrucción de los procesos ante el tribunal del jurado y el juicio de acusación. Estudios de derecho judicial.

- Varela Castro Luciano. El enjuiciamiento de ciudadanos por ciudadanos. Algunas prácticas conformadas por una jurisprudencia abrógatela. Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica.

Resoluciones judiciales, jurisprudencia y sitios de internet

- Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia. San José, de las catorce horas y dieciséis minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno.

- Consulta legislativa. Voto 1618-91. Expediente n.º 1747-91.

- Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia. Exp: 04-006504-0007-CO. Res. nº 2006-009197. San José, de las catorce horas y cincuenta y cinco minutos del cuatro de julio de dos mil seis.

- Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia. Exp: 06-006097-0007-CO. Res. nº 2006013626. San José, de las dieciséis horas y quince minutos del trece de septiembre de dos mil seis.

- Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia. Exp. n.°2614-M-92. N°.5965-93. San José, a las quince horas nueve minutos del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

- Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia. Exp: 02-003538-0007-CO. Res: 2002-07626. San José, de las catorce horas con treinta y cinco minutos del primero de agosto de dos mil dos.

- Real Decreto 385/1996, del 1 de marzo, por el que se establece el régimen retributivo e indemnizatorio del desempeño de las funciones del jurado. Incluye la corrección de errores publicada en BOE n.° 90 del 13 de abril de 1996. Ref. BOE-A-1996-8285. Ministerio de Justicia e Interior BOE del 14 de marzo de 1996.

- Roj: SAP PO 904/2014 - ECLI:ES: APPO: 2014:904 Órgano: Audiencia Provincial. Tribunal Jurado Sede: Pontevedra Sección: 100 n.º de recurso: 69/2013 n.º de Resolución: 176/2014 Fecha de resolución: 18/07/2014. Procedimiento: Tribunal del Jurado Ponente: José Juan Ramón Barreiro Prado. Tipo de resolución: sentencia.

- Sentencia: 00001/2015 Tribunal Superior De Justicia.Sala de Lo Civil y Penal. Galicia. Recurso de apelación al jurado aud. provincial sección n.° 1 de A. Coruña sentencia n.º 1 A. Coruña, veinte de enero de dos mil quince.

- Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia n.º: 310/2014. Recurso de casación n.º 1874/2013. En la Villa de Madrid, veintisiete de marzo de dos mil catorce.

- http://inecip.org/wp-content/uploads/Ley-Nacional-de-Juicio-por-jurados.pdf

- Argentinahttps://www.oas.org/dil/esp/Constitucion de la Nación Argentina.pdf

Notas

1 *Ver en ese sentido. La exposición de motivos de la ley del tribunal de jurados de España que así lo reconoce, cuando señala: "La institución del jurado es al mismo tiempo y de forma complementaria, una manifestación del artículo 24 de la Constitución que declara que todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley ; cumple por tanto una función necesaria para el debido proceso, pero lo hace desde una óptica distinta a la que tenía atribuida en su recepción en el Estado liberal burgués; no hay reticencia alguna al Juez profesional; no se trata de instaurar una Justicia alternativa en paralelo y menos aún en contradicción a la de los Jueces y Magistrados de carrera a que se refiere el artículo 122 de la Constitución, sino de establecer unas normas procedimentales que satisfagan al mismo tiempo y en paralelo todas las exigencias de los procesos penales con el derecho-deber de los ciudadanos a participar*

2 *Ley Orgánica 5/1995 del 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 23 de mayo de 1995, p. 1.*

3 *http://inecip.org/wp-content/uploads/Ley-Nacional-de-Juicio-por-jurados.pdf*

4 *https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_la_Nacion_Argentina.pdf*

5 *OSORIO Manuel. El diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, p. 528. http://elderechoyelestudiante.bligoo.es/media/users/34/1723250/files/649683/Manuel_Ossorio.pdf*

6 *Ibid., p. 528.*

7 *VARELA CASTRO Luciano. (1995). Fundamentos político-constitucionales y procesales. El tribunal del jurado. Editado por: Consejo General del Poder Judicial. Colección: Cuadernos de Derecho Judicial / Monografías, p. 2.*

8 *Martín Pallín José Antonio. (1997). El jurado, ¿otra forma de justica? Revista del Poder Judicial, p. 1., n.º 45. Primer trimestre.*

9 *En ese sentido. Ley Orgánica 5/1995 del 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Publicada en el BOE del 23 de mayo de 1995.*

10 *Ley Orgánica 5/1995 del 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 23 de mayo de 1995, p. 2.*

11 *Binder Alberto Martín. Iniciación al proceso penal acusatorio, p. 72.INECIP. Buenos Aires Argentina: Campomanes Libros.*

12 *Arnaldo Alcubilla Enrique. (2000). Algunas notas sobre el jurado. En defensa del escabinado, pp. 111-126. Revista de Derecho Político, n.° 47. Conferencia pronunciada en el curso de verano de la UNED. (Ávila, 1998) sobre «El Poder Judicial A Debate», dirigido por Antonio Torres del Moral, p. 113.*

13 *Ley Orgánica 5/1995, del 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 23 de mayo de 1995, pp. 15, 16.*

14 *Entralgo fernández Jesús. La doma del unicornio. El juicio con jurado: veredicto. fallo…http://bddoc.csic.es:8080/resultados.html?strIndiceSQL=RF+has+%27%27CUADERNOS+DE+DERECHO+JUDICIAL%27%27&page=12&tabla=docu&bd=JURIDOC p. 3.*

15 *http://inecip.org/wp-content/uploads/Ley-14543-de-Jurados-en-Provincia-de-Bs.As_-2.pdf*

16 *Arnaldo alcubilla Enrique. (2000). Algunas notas sobre el jurado. En defensa del escabinado. Revista de Derecho Político, n.° 47, pp. 111-126. Conferencia pronunciada en el curso de verano de la UNED. (Ávila, 1998). sobre «El Poder Judicial A Debate», p. 73, dirigido por Antonio Torres del Moral.*

17 *Arnaldo Alcubilla Enrique. (2000). Algunas notas sobre el jurado. En defensa del escabinado. Revista de Derecho Político, n.° 47, pp. 111-126. Conferencia pronunciada en el curso de verano de la UNED (Ávila, 1998) sobre «El Poder Judicial a Debate», dirigido por Antonio TORRES DEL MORAL. p. 6.*

18 *Varela Castro Luciano. (1995). Fundamentos político-constitucionales y procesales. El tribunal del jurado, pp. 1, 2. Editado: Consejo General del Poder Judicial. Colección: Cuadernos de Derecho Judicial / Monografías.*

19 *Novo Pérez Mercedes y otros. (32-2002). El tribunal del jurado en Estados Unidos, Francia y España: tres modelos de participación en la Administración de Justicia. implicaciones para la educación del ciudadano, p. 4. Publicaciones.*

20 *Ibid., p. 4.*

21 *Ibid., p. 5.*

22 *Ley Orgánica 5/1995 del 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 23 de mayo de 1995, pp. 23,24.*

23 *Gutiérrez carbonell Miguel. Sinopsis de la constitución del tribunal del jurado y del juicio oral. Juicio por jurado: experiencia y revisión, p. 139. Estudios de derecho judicial 96 – 2006. Consejo General del Poder Judicial.*

24 *Del Río Fernández Lorenzo Jesús. El veredicto y la sentencia. Formulación del objeto del veredicto. Motivación y control judicial. Juicio por jurado: experiencia y revisión, p. 213. Estudios de derecho judicial 96–2006, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial.*

25 *Ibid., p. 215.*

26 *Constitución Política de Costa Rica. 7 de noviembre de 1948. Imprenta Nacional. Costa Rica. Art. 1. Exp: 04-006504-0007-CO. Res. n.º 2006-009197. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las catorce horas y cincuenta y cinco minutos del cuatro de julio de dos mil seis.*

27 *Constitución Política de Costa Rica. 7 de noviembre de 1948. Imprenta Nacional. Costa Rica. Art. 9. Exp: 06-006097-0007-CORes. n.º 2006013626 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las dieciséis horas y quince minutos del trece de septiembre de dos mil seis.*

28 *Constitución Política de Costa Rica. 7 de noviembre de 1948. Imprenta Nacional. Costa Rica. Art. 152. Exp.n.° 2614-M-92. N°.5965-93. Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia. San José, a las quince horas nueve minutos del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres.*

29 *Ibid. Art. 152.Exp: 02-003538-0007-CO. Res: 2002-07626. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las catorce horas con treinta y cinco minutos del primero de agosto de dos mil dos.*

30 *Ibid. Art. 153. Exp: 02-010070-0007-CO. Res: 2006-07965. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, de las dieciséis horas con cincuenta y ocho minutos del treinta y uno de mayo de 2006.*

31 *Consulta legislativa. Voto 1618-91. Expediente: n.º 1747-91. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, de las catorce horas y dieciséis minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno.*

32 *Exp: 01-012212-0007-CO. Res: 2001-13273. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las once horas con cuarenta y cuatro minutos del veintiuno de diciembre de dos mil uno.*

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 135-158 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

MSc. Luis Mariano Argüello Rojas*
arguellomariano@gmail.com

MSc. Frank Harbottle Quirós**
frankharbottle@gmail.com

RESUMEN

La presente investigación se aboca al análisis de la delincuencia económica con el estudio de las peculiaridades que, en esta materia, presenta la exigencia del reconocimiento de bienes jurídicos en los tipos penales. Se parte de una perspectiva "desmitificadora" que de acuerdo con la doctrina más actualizada, permite evidenciar los rasgos propios y los caracteres autónomos que alcanzan los bienes jurídicos en las modernas formas de manifestación normativa del denominado *ius puniendi*. Finalmente, se realiza un breve acercamiento a los delitos económicos en Costa Rica.

Palabras clave: delitos económicos, bien jurídico, principio de lesividad, parámetro de constitucionalidad.

ABSTRACT

The present investigation is advocated to the analysis of the economic delinquency, particularizing the study, in the peculiarities that it presents in this matter, the requirement of the recognition of juridical goods in the criminal types. It is based on a "demystifying" perspective that, in keeping with the most up-to-date doctrine, makes it possible to demonstrate the proper features and autonomous characters that reach juridical rights in the modern forms of normative manifestation of the so-called "*ius puniendi*". Finally, there is a brief approach to economic crimes in Costa Rica.

Keywords: economic crimes, legal good, principle of harmfulness, parameter of constitutionality.

Recibido 8 agosto 2019 Aceptado 27 de febrero 2020

* *Doctorando en Derecho y Máster en Derecho Constitucional DE la UNED. Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en Derecho Civil de la (UNA). Tiene una especialidad en Derecho Notarial y Registral por la (UCR). Es Licenciado en Derecho con énfasis en Derechos Humanos por esta misma universidad. Juez de la república en la jurisdicción civil y contencioso-administrativa. Profesor de Derecho en la UCR.*

** *Doctorando en Derecho y máster en Criminología de la UNED. Licenciado en Derecho con honores de la UCR. Especialista en derechos fundamentales y garantías constitucionales en el derecho penal y procesal penal, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana, Georg-August Universität Göttingen, Alemania. Posgrado en Control de Constitucionalidad y Convencionalidad de los Derechos, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor de la Facultad de Derecho de la UCR y del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.*

Sumario. I. Planteamiento inicial. **II.** Conceptualización de la delincuencia económica. **III.** Distinción entre delitos patrimoniales y delitos económicos. **IV.** El sujeto activo en los delitos económicos. **V.** El bien jurídico como exigencia de constitucionalidad en los tipos penales. **VI.** ¿Bien jurídico o bienes jurídicos en los delitos económicos? **VII.** Un acercamiento a los delitos económicos en Costa Rica. **VIII.** Conclusiones**.** Referencias bibliográficas.

I. Planteamiento inicial

La presente reflexión busca delinear de forma clara y precisa los contornos más elementales que presentan los delitos económicos. Para ello, se ensaya una conceptualización que brinde las bases teóricas suficientes para su posterior deslinde con los delitos patrimoniales. Asimismo, se presenta una interesante disertación acerca de las particularidades que alcanza el bien jurídico tratándose de ilícitos económicos, no sin antes advertir la importancia que representa para esta materia el anclar metodológicamente el enfoque en una perspectiva "constitucionalista" del bien jurídico.

Finalmente, de la suma de todos estos elementos, se exhibe una concretización propia de lo que se debe entender por delincuencia económica y la trascendencia de su efectivo tratamiento, para la salvaguarda del Estado constitucional de derecho. Al finalizar, se brinda un panorama general sobre los delitos económicos en Costa Rica.

II. Conceptualización de la delincuencia económica

La criminalidad económica constituye un fenómeno complejo. El estudio de los delitos económicos necesariamente debe hacerse teniendo una noción de lo que se ha denominado derecho penal económico, el cual se encuentra relacionado con cuestiones concursales, societarias, bursátiles, del mercado de valores, bancarias, de competencia, entre otras.

El derecho penal económico puede ser definido como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico (Bajo, Pérez y Suárez, 1987, p. 564). En la actualidad, ha ganado importancia cuantitativa, pero ha perdido precisión conceptual (Righi, 2000, pp. 112-113).

Dentro de la discusión dogmática que ha tenido lugar tanto en Alemania como en España, se han propuesto dos conceptos distintos del derecho penal económico: el concepto estricto y el concepto amplio (Rojas, 2013, p. 401). Ambos establecen que el objeto de protección es el orden económico, el cual se ha concebido desde una doble perspectiva.

La concepción estricta alude al conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la participación estatal de la economía. En consecuencia, el delito económico estricto es la infracción jurídico penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica de la participación estatal en la economía de un país.

Bajo esta conceptualización, el derecho penal económico queda reducido a los delitos que atenta contra los intereses económicos públicos (delitos monetarios, las infracciones de contrabando y el delito fiscal) y los que atentan contra la libertad de competencia.

Desde la perspectiva amplia, se concibe el derecho penal económico como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, visualizándose, entonces, el delito económico como aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la protección, distribución y consumo de bienes y servicios, pudiendo incluirse en este gran grupo los delitos de insolvencia, la competencia ilícita, la usura, la estafa, los fraudes alimentarios, los delitos laborales y los delitos relacionados con la actividad de las sociedades mercantiles, la receptación, malversación de caudales públicos, la falsedad de documentos, los delitos contra el medio ambiente, etc. (Bajo, Pérez y Suárez, 1987, pp. 564-565).

Parma (2018, pp. 419-420) expone que la denominada criminalidad económica engloba una amplísima gama de conductas de diverso calibre, desde los delitos tributarios, lesivos de la hacienda, el contrabando donde se afecta el orden económico planificado estatalmente, hasta estafas y quiebras, donde el Estado en sí no participa y se perjudica solo a particulares.

En Alemania, Tiedemann (2010, pp. 55-57) señala que el derecho penal económico puede ser definido desde una perspectiva criminológica y desde una perspectiva jurídico-dogmática. En el primer caso, la concepción se basa, en parte, en las extensas repercusiones que generan los delitos económicos (en la economía nacional o en sus componentes) y, en parte, en el abuso de la confianza necesaria para el tráfico económico, no una simple confianza individual de los agentes del mercado, sino como en una confianza institucionalizada.

En un sentido jurídico dogmático, la peculiaridad de los delitos económicos y del derecho penal económico se aprecia, principalmente, en la protección de bienes jurídicos supraindividuales (sociales o colectivos, intereses de la comunidad). El común denominador de las infracciones que configuran el denominado derecho penal económico es que todas ellas tienen que ver con roles económicos o con actuaciones en subsistemas económicos con determinados derechos (libertades económicas) y deberes (Feijoo, 2013, p. 56).

Conforme Cruz (1994, pp. 78-80) lo sostiene, la delincuencia económica encuentra su antecedente en la denominada delincuencia de cuello blanco, definida por Sutherland como la violación de la ley penal por parte de una persona de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de una actividad profesional.

La "Escuela de Chicago", de donde surge Sutherland, constituye uno de los focos de expansión más poderosos e influyentes de la sociología criminal moderna. Sus postulantes establecieron que las características de

determinados espacios urbanos de la ciudad industrial contribuían al desarrollo de la criminalidad y explicaron, a la vez, la distribución geográfica del delito por áreas o zonas específicas (Burgos, 2015, p. 61).

El infractor en este tipo de delincuencia es una "persona respetable" o de nivel socioeconómico elevado, lo que le permite ejercer, con mayor o menor éxito, suficiente influencia para pedir la intervención de la víctima o del aparato de persecución estatal. Además de estas características, se pueden agregar las siguientes:

1. Lesión de la confianza en el tráfico mercantil.

2. Comportamiento abusivo frente a la ignorancia o ingenuidad de la víctima.

3. La planificación de la acción delictiva le permite al autor impedir o controlar su descubrimiento. En algunas materias la complejidad de los textos que la regulan les permiten a los asesores especializados, crear las condiciones con las que impiden la aplicación de la ley, obteniendo beneficios injustificados e ilegítimos. La creciente intervención estatal en la economía y la utilización del capital anónimo facilitan la acción delictiva y dificultan notablemente su investigación (Cruz, 1994, pp. 78-80),

Se ha dicho también que la escasa notoriedad del delito, la difuminación de la calidad de víctimas y las estructuras anónimas de comunicación son, sobre todo, lo que conduce a suponer que se está ante un delincuente de los llamados de cuello blanco (Kaiser, 1988, p. 356).

Se le ha atribuido una serie de características particulares a la criminalidad económica, en las que se encuentran:

a) Tiene por objeto la obtención de un beneficio económico, como cualquier otra actividad económica, por lo que su conducta se funda en elecciones racionales basadas en una valoración de coste/beneficio de sus actos.

b) Es profesional y su comportamiento puede caracterizarse por la falsificación de instrumentos mercantiles en vigor o instrumentos públicos para lograr sus propósitos de lucro; la alteración fraudulenta de balances; la utilización de procesos normales de la economía y las finanzas – créditos, subvenciones, exenciones de impuestos – para su propio provecho; la utilización de "paraísos fiscales" para evadir tributos; la manipulación de medios de comunicación a distancia; la utilización de los recursos informáticos, etc.

c) Tiene una relación estrecha con la criminalidad organizada, precisamente porque esta última actúa movida por el afán de lucro y porque modernamente la mayoría de los delitos económicos se cometen a través de empresas.

d) La criminalidad económica está caracterizada por la aparente legalidad de los actos que conforman.

e) Es internacional, situación que se debe principalmente al paulatino proceso de la globalización económica. (Castro y Ramírez, 2010, p. 398).

La criminalidad económica es, salvo irrelevantes excepciones, criminalidad empresarial, esto es, se comete a través de una empresa jerárquicamente estructurada y organizada en puestos de trabajo.

De ello derivan numerosos problemas para un derecho penal económico practicable, los cuales se refieren, por un lado, a la imputación de la lesión del bien jurídico y, con ello, a la parte general del derecho penal, y, por otro lado, a los problemas de prueba y, con ello, primariamente al derecho procesal penal, secundariamente incluso al derecho constitucional, a saber, cuando el legislador intenta soslayar las dificultades de prueba en el derecho material mediante la creación de tipos de sospecha, abiertos o solapados. Y el tercer conjunto de problemas resulta de los efectos criminógenos de la integración en un grupo a cuya rutina pertenece la práctica de ciertas lesiones de bienes jurídicos, en la que domina una actitud colectiva criminal, ante lo cual la eficacia preventiva del derecho penal resulta esencialmente debilitada, en comparación con la criminalidad individual (Schünemann, 2009, p. 229).

Por su parte, en relación con el delito económico, debe decirse que, en sus inicios, el criterio básico considerado más relevante era el que exigía que afectara bienes jurídicos supraindividuales relacionados con el orden económico. Righi (2000, pp. 91-99) apunta que en su evolución se han planteado diversos criterios, tales como el criminológico, el pragmático y el procesal.

El criterio criminológico fue consecuencia de las investigaciones sobre formas de delincuencia, cuyo rasgo común estuvo dado por la pertenencia del círculo de personas autoras a un elevado estatus social, ya que la comisión del hecho fue realizada en el marco de su actividad profesional o empresarial.

Hasta los años ochenta, ese concepto de *white collar crime* ofrecido por la sociología criminal, donde se encontraba la fisonomía del delincuente sujeto de conocimiento, no presentaba punto de contacto con la noción jurídica de delitos económicos. Para esta última, los relevantes no eran las peculiaridades de los sujetos, sino algunas características de sus comportamientos y, más específicamente, la índole de los intereses sociales lesionados o puestos en peligro.

El criterio pragmático surgió de la necesidad de agrupar los distintos tipos que fueron incorporándose al derecho positivo, en función de resolver exigencias en la criminalización primaria de comportamientos lesivos al orden económico.

El criterio procesal fue presentado como una necesidad vinculada a un conjunto de hechos incriminados como delitos patrimoniales clásicos con dificultades en la investigación, los cuales requerían conocimientos especiales en materia económica, de los que carecen los tribunales ordinarios.

Modernamente puede reconducirse a tres la diversidad de contenidos que se asignan a la delincuencia socioeconómica. Una primera opción parte del bien jurídico protegido y señala como ámbito propio de este sector bien la protección general del orden económico frente a los ataques más intolerables, bien, de modo

más estricto, la protección de las reglas de la intervención estatal en la economía.

Una segunda opinión identifica delincuencia económica con delincuencia de empresa, con lo que, por una parte, restringe los comportamientos delictivos en función del autor, el empresario o sus delegados, pero por otra, los amplía al incluir en su seno los atentatorios a bienes distintos de la economía, como, por ejemplo, el patrimonio individual.

Una tercera postura sitúa el rasgo distintivo de la delincuencia económica en los medios delictivos: en el abuso de los instrumentos y los mecanismos económicos (Rodríguez, 2009, p. 86).

Righi (2000, p. 104) afirma que actualmente la noción de delito económico se nutre de la utilización de tres criterios:

a) La afectación a bienes jurídicos supra-individuales (aunque no ya como exclusiva pauta definitorio, se utiliza la teoría del bien jurídico y el criterio mantiene vigencia de que el delito económico no solo lesiona bienes individuales, sino también colectivos de la economía).

b) La criminalidad a través de la empresa (tanto por su incidencia como escenario apropiado para la comisión de hechos punibles de significancia económica, como por las dificultades que plantean para su adecuada prevención y especial represión, las modalidades delictivas que involucran a las corporaciones empresarias son considerados problema esencial para el derecho penal económico.

c) El abuso de modernos instrumentos de la vida económica (por ejemplo, el uso indebido de cheques y tarjetas de crédito, como también los delitos cometidos mediante computadoras).

Volviendo a la criminalidad económica, es claro que esta presenta una escasa visualización y dificultades en el cálculo económico del daño. Además, suele ejecutarse a través de personas jurídicas, causando afectación a bienes jurídicos de carácter no personal y, por lo general, supraindividuales (Mapelli, 1998, p. 43).

Existe una realidad en el contexto mundial, de la cual Costa Rica no escapa. Una importante cantidad de los delitos económicos se comete a través de personas jurídicas[1].

En los países en los que no se regula, diferentes sectores abogan por sancionar la participación de la persona jurídica en el hecho delictivo, lo que ha llevado a afirmar que, en la actualidad, el principio "*societas delinquere no potest*" se encuentra en crisis.

En Costa Rica, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema que presenta gran actualidad[2]. Parece que hay una tendencia a nivel mundial y nacional en el sentido de que las personas jurídicas sí pueden responder penalmente.

En los tiempos actuales, la criminalidad económica suele vincularse con la criminalidad organizada. Se indica que esta última es, por naturaleza, económica, y la criminalidad económica es cada vez más organizada.

Según Calvo (2019, pp. 389-390), el delito económico está vinculado a la actividad empresarial, lo que representa de algún modo, la antesala de la corrupción pública, por lo que causa daños irreversibles en las instituciones públicas y resulta letal para el adecuado funcionamiento del aparato estatal.

De acuerdo con Foffani (2001, pp. 56-57), debe tomarse en cuenta que, en determinadas realidades sociales y nacionales, existe una serie de estructuras organizadas ilícitas que preexisten a (y prescinden de) la influencia que ejercen sobre las actividades económicas.

Por otra parte, no puede olvidarse que la criminalidad económica conforma un universo extremadamente vario: abarca desde formas de criminalidad en la empresa (que pueden asumir connotaciones exquisitamente individuales) pasando por las más complejas formas de criminalidad de empresa (entendiendo por tal la inserción de conductas ilícitas en el contexto de una actividad y de una política de empresa por lo demás lícita) hasta el más grave fenómeno de la empresa ilícita (entendida como empresa heterodirigida por una estructura criminal a ella sometida).

Vargas (2019, p. 232), por ejemplo, al referirse a los delitos tributarios, señala que, por su naturaleza, la investigación y el sometimiento a proceso y pena de los evasores resultan muy difíciles dado que usualmente no se cuenta con prueba directa. El delincuente procura no cometer el delito en presencia de terceras personas, incluso intenta no dejar rastros de su accionar, teniendo que acudirse a la prueba indirecta o indiciaria.

Precisamente, sobre el delito tributario como delito económico, Chirino (2019, pp. 366-367) afirma que, desde la fenomenología de este tipo de delincuencia, se generan preguntas que continúan abiertas, como lo son, por ejemplo, la actividad de los agentes económicos como personas jurídicas y las consecuentes lagunas de punibilidad que se pueden generar a partir de la actuación de ejecutores inmediatos que tienen poca o ninguna conexión con los centros de toma de decisiones de las poderosas empresas económicas de nuestro tiempo, las cuales actúan de manera deslocalizada y con diversos medios de evitación de la responsabilidad penal como el actuar en nombre o en lugar de otro, o la misma responsabilidad de las personas jurídicas.

La persecución de los delitos socioeconómicos posee una serie de obstáculos, entre ellos, la gran complejidad que presentan los hechos objeto de investigación judicial, las dificultades tanto jurídicas como económicas de la materia, así como que la cantidad de personas especialistas adecuadas suele ser escasa para hacer frente a dicha complejidad.

El campo de acción de la criminalidad económica es muy extenso y admite múltiples formas de operación, lo que ha ocasionado problemas a la doctrina jurídico-penal, no solo para establecer un concepto unívoco de derecho penal económico y

delimitar su ámbito de protección, sino también para establecer un listado universalmente aceptado de delitos que puedan categorizarse como "económicos" (Rojas, 2013, p. 399).

Hoy se reconoce la insuficiencia de los modelos tradicionales de incriminación, representados por algunas figuras clave, como la estafa y la apropiación indebida, para reprimir las actuaciones ilícitas más graves cometidas por los administradores de grandes sociedades mercantiles al amparo de la estructura orgánica de la propia sociedad (Rodríguez Mourullo, 2009, p. 24).

Este panorama nos lleva al estudio de la relación existente entre los delitos patrimoniales y los económicos.

III. Distinción entre delitos patrimoniales y delitos económicos

El concepto de patrimonio como objeto de protección penal ha sido sometido a una larga y profunda reflexión doctrinal y jurisprudencial, existiendo hoy consenso sobre buena parte de su contenido fundamental. Sin embargo, no cabe señalar lo mismo respecto de los conceptos de orden económico y orden socioeconómico, ni, en consecuencia, en cuanto a la categoría de los delitos económicos (Rodríguez, 2009, pp. 84-86). La denominación delitos contra el patrimonio resulta preferible a la clásica de delitos contra la propiedad que, salvo raras excepciones, ha sido generalmente criticada por la doctrina.

La concepción económica concibe al patrimonio como el conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder fáctico de una persona con independencia de que su relación con ellos se concrete en un derecho o no, o de que sea susceptible de reconocimiento jurídico o no. Tanto las expectativas como las posiciones económicas antijurídicas, incluidas las cosas fuera del comercio o de tráfico ilícito (drogas, armas, etc.), forman parte del patrimonio con tal de que posean valor económico (Aráuz y Moreno, 2003, pp. 223-224).

En algunas ocasiones, los delitos patrimoniales lesionan al patrimonio como *universitas iuris*. Otros, en su mayoría, lesionan valores patrimoniales concretos como el derecho de propiedad, la posesión, la titularidad de otros derechos reales, el derecho de crédito, etc.

El orden económico aparece como un concepto superior al orden patrimonial clásico que es el que preponderantemente se ha venido protegiendo con las normas penales tradicionales. Ambas órdenes se distinguen por las distintas formas de intervención del Estado a diferencia del sistema patrimonial individual. En el orden económico, el Estado interviene de forma activa y protagonista imponiendo determinadas obligaciones a los ciudadanos y relacionándose directamente con ellos. Para proteger este orden económico, surgen los denominados delitos socioeconómicos que están constituidos por aquellos hechos punibles que, además de incidir en el ámbito económico, tienen una connotación social de gran magnitud e importancia (Aráuz y Moreno, 2003, p. 224).

Sobre los delitos patrimoniales y el surgimiento de la delincuencia económica, Muñoz Conde (1998) ha indicado:

> *También los delitos patrimoniales clásicos cuando producen un grave perjuicio en intereses económicos colectivos, como sucede con las grandes estafas financieras y las quiebras fraudulentas de sociedades mercantiles de gran importancia económica, parece que merecen una distinta consideración a la que tradicionalmente se les ha dado. Para agrupar todos estos hechos, se empezó a hablar a mediados de los años setenta, primero en el ámbito doctrinal y luego en el legislativo, de un Derecho penal económico (p. 68).*

Con respecto a la definición de delitos económicos, en el seno de las Naciones Unidas, se ha indicado:

> *El término "delitos económico y financiero" se refiere, en términos generales, a cualquier delito no violento que da lugar a una pérdida financiera. Estos delitos, por lo tanto, comprenden una amplia gama de actividades ilegales, incluidos el fraude, la evasión tributaria y el blanqueo de dinero. La categoría de "delincuencia económica" es difícil de definir y su conceptualización exacta sigue siendo un reto (p.1).*

Pese a los esfuerzos hasta ahora realizados, un concepto de delito económico con perfiles unitarios no se ha conseguido. La imprecisión aumenta, si a la categoría de lo económico, se añade la no menos difusa de lo social. Si bien, se han aportado distintos criterios diferenciales, ni aisladamente ni en conjunto, permiten delimitar con precisión el círculo de los delitos económicos (Rodríguez, 2009, pp. 84-86).

Aráuz y Moreno (2003, p. 226) afirman que se pueden considerar delitos de carácter socioeconómico los relativos a la propiedad intelectual, a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, los societarios, el blanqueo de dinero, entre otros.

En los clásicos delitos patrimoniales, no se pueden incluir los fraudes a las personas consumidoras, los abusos en el ámbito de las sociedades mercantiles ni las alteraciones de los precios en el mercado. La magnitud del daño o del perjuicio económico producido no necesariamente es un factor determinante para diferenciar los delitos patrimoniales de los delitos contra el orden socioeconómico.

Bajo este criterio, una estafa sería un delito socioeconómico cuando además de todos los elementos conceptuales propios de un delito patrimonial incide en una pluralidad de personas perjudicadas o produce un grave perjuicio económico.

En la actualidad, existen hechos de gran relevancia para los intereses socioeconómicos que van más allá del ámbito estrictamente patrimonial individual, por lo que sería problemático contenerlos y castigarlos adecuadamente partiendo de los clásicos delitos patrimoniales.

Siguiendo a Aráuz y Moreno (2003, p. 227), *grosso modo,* podría indicarse que son delitos patrimoniales aquellas infracciones delictivas de las relaciones patrimoniales de carácter

privado, en tanto que son delitos económicos aquellas transgresiones que lesionan o ponen en peligro la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, afectando de esta manera la economía estatal.

A partir de las consideraciones expuestas, a continuación se presentan algunas características que se han esbozado en relación con el sujeto activo en los delitos económicos.

IV. El sujeto activo en los delitos económicos

Ramos (2012, p. 6) refiere que los delitos económicos *"son cometidos por miembros de la alta sociedad o personajes influyentes, pues su magnitud radica en que estos delitos de índole económico producen efectos más lesivos debido a su cuantía y al número de personas que resultan afectadas"*.

En relación con los factores personales asociados a la criminalidad económica, Bajo, Pérez y Suárez (1987, p. 570) apuntan que debe tenerse en cuenta que la pertenencia del delincuente a altas capas sociales provoca una estima social y un concepto de honorabilidad e integridad que cuidan mucho de crear y mantener, facilitándoles la relación con grupos de poder.

La inteligencia y la astucia facilitan la utilización de medios para impedir ser descubiertos o protegidos. Son de una especial audacia y valentía en sus actividades irregulares a la vez que obran sin conciencia clara de la ilegalidad de sus actos, porque se creen portadores de cierta inmunidad frente a las leyes o porque tienen una imagen estereotipada del "criminal" que asocian a las capas inferiores y con las que no cuadra su propia identidad.

Quienes realizan este tipo de figuras penales adquieren, con ello, un estatus diverso al tradicional transgresor jurídico-penal, tanto en sus pretensiones como en su forma de actuación criminal.

El delincuente económico no es un típico criminal, sino uno que realiza las acciones aprovechando su conocimiento superior de las relaciones económicas, de los medios de intervención en el mercado y en la toma de decisiones en grupos de poder.

Esta diferenciación, a los meros fines de la consideración criminológica, introduce la categoría del delincuente, quien merece, entonces, una consideración en cuanto a sus características personales, la forma en que realiza los hechos penales y el impacto de sus actos en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos para los cuales se encuentran previstas las figuras de esta rama del derecho (Chirino, 2013, p. 32).

Los delitos económicos son delitos propios o especiales, porque solo pueden ser cometidos por individuos que, abusando de su influencia dentro del sistema económico, cometan comportamientos que alteren tal orden[3]. (Bramont, 1992, p. 91).

En un sentido más estricto o más laxo, los tipos de delitos económicos no plantean como regla general, en sí mismos, problemas específicos de autoría y participación, más allá de que pueda haber problemas generales que los afecten,

como por ejemplo que, en ocasiones sean delitos especiales de los que no puede ser autor quien no reúne la cualificación típica.

Lo peculiar de ellos, lo que los convierte en un problema especial de autoría y participación o, mejor aún, de atribución de responsabilidad penal entre los distintos intervinientes, es que a menudo se producen en el seno de una empresa económica, es decir, en el de una estructura compleja que se caracteriza, entre otras notas, por las de distribución de funciones y división del trabajo y de jerarquía, especialización y complementariedad (Díaz, 2007, pp. 116-117).

De acuerdo con Chirino (2019, p. 369), la criminalidad económica y, en concreto, la criminalidad tributaria procede de estratos cada vez más altos de la sociedad, la cual abarca no solo a políticos y algunos profesionistas, sino también a importantes empresarios comerciales. Así las cifras de contrabando y otras prácticas que lesionan las aspiraciones de una recaudación aduanera efectiva están cada vez más presentes, y los instrumentos usualmente usados en contra de estas conductas lesivas siguen siendo insuficientes, como también son exiguos los recursos que el Estado provee para su atención.

Entonces, se puede señalar, en términos generales, que muchos de los sujetos que cometen delitos económicos son personas influyentes que se encuentran en la cúspide de instituciones importantes a nivel económico y financiero. Incluso, algunas veces esas personas gozan de cierta inmunidad. Por su posición, pueden tener vínculos políticos y hasta jurídicos que les dan cierta seguridad de que no serán descubiertos o simplemente parten de que, en el peor de los escenarios, serán juzgados con menos rigidez.

Vinculado a lo anterior, se encuentra que el sistema penal está en función prácticamente de la persecución de delitos convencionales. Con respecto a ello, se encuentra que "*Los sistemas penales evidencian por su parte una distorsión estructural fundamental, solo persiguen con cierto grado de eficiencia, la delincuencia convencional, definiendo como infractor a las personas pertenecientes a clases subalternas*". (Ramos, 2012, p.7).

Cabe mencionar que los delitos económicos son de suma importancia, ya que comparado con un hurto o un robo, su accionar implica un gran daño debido a las cantidades de personas que se ven afectadas por las acciones.

Por otra parte, siguiendo con la línea de las personas que cometen este tipo de delitos, Barroso (2015) afirma que:

> *Se puede percibir en la forma con que se alude indistintamente a la "delincuencia económica", "delincuencia de cuello blanco", "delincuencia de caballeros" y "delincuencia profesional", sin que se delineen de manera correcta sus puntos convergentes y divergentes. De ellas, la más consagrada y de mayor resonancia internacional, la de "delincuencia de cuello blanco", resulta hoy ser de común uso en todos los idiomas (p.101).*

Es importante destacar el avance en la tutela de este tipo de delitos, debido a que recientemente

se le ha brindado mayor control, dado a que anteriormente eran menos trascendentales. Con respecto a esto, Ramos (2012, p. 6) sostiene que "*La delincuencia económica- financiera ha merecido en los últimos decenios una atención cada vez mayor por parte de la doctrina científica, pues comparado con otro tipo de delitos ha sido poco el interés que se le ha dado"*.

Habiendo expuesto sobre el sujeto activo en los delitos económicos, las próximas líneas se dedican al examen del bien jurídico como exigencia de constitucionalidad en los tipos penales para luego dar paso a su abordaje en relación con los delitos económicos.

V. El bien jurídico como exigencia de constitucionalidad en los tipos penales

El derecho penal no puede mantenerse al margen del derecho constitucional. Las denominadas "tesis constitucionalistas" han llevado a concebir al *ius puniendi* como aquella parte del ordenamiento jurídico *"reguladora del poder punitivo del Estado, que, para proteger valores e intereses con relevancia constitucional, define como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad*". (Carbonell, 1999, p. 29).

Como bien Arroyo (1998, p. 1) lo expone, la legitimidad del "moderno" derecho penal pende de su acomodo a los principios del programa penal constitucional.

El derecho penal tiene una misión protectora de bienes jurídicos que, por su carácter básico para el individuo y la sociedad, tienen el sello de derechos fundamentales de carácter constitucional. Es en la Constitución Política donde recoge el material que, luego transformado en bienes jurídicos, debe proteger con sus propios instrumentos, debiendo reelaborarlos autónomamente en función de sus propios fines y principios.

Por ello, resulta erróneo concluir que el derecho penal es un mero apéndice del derecho constitucional y que su misión consiste solo en brindar protección a través de la sanción penal a los derechos ya previamente reconocidos en la Constitución, pues, a través del principio de intervención mínima y de la elaboración doctrinal del concepto de bien jurídico, presenta una serie de peculiaridades que lo convierten en un mecanismo de protección jurídica, autónomo y hasta cierto punto independiente de las demás ramas del ordenamiento jurídico, incluyendo el derecho constitucional (Muñoz, 2001, pp. 561-574).

Tal y como Chirino (2004, pp. 39-60) señala, el bien jurídico debe ser la base de la legitimación del sistema penal. El reto de la teoría del bien jurídico consiste en lograr una efectiva relación con los complejos fenómenos sociales del mundo moderno y, al mismo tiempo, con el de ofrecer respuestas eficientes a las conexiones intrasistemáticas de la teoría del delito, partiendo de principios como el de proporcionalidad en la producción de las leyes y de lesividad.

El bien jurídico es lo que legitima la existencia del derecho penal. La fundamentación de este último en el bien jurídico parte del principio de la dañosidad social de la conducta y se admite,

en general, que con este concepto se impone una limitación al poder estatal (Castillo, 2015, p. 20). La determinación de cuál es el bien jurídico protegido por una norma penal nos suministra una importante información relativa a los presupuestos axiológicos del sistema y facilita con ello su evaluación y crítica desde esa misma perspectiva valorativa (Rodríguez, 2009, p. 82).

Podría afirmarse, entonces, en resumen, que el concepto de bien jurídico recoge entes o relaciones de convivencia que son esenciales para la sociedad. Al mismo tiempo, estos entes representan la libertad que puede ser ejercitada por la ciudadanía. De ahí, surge el acercamiento, principalmente individual, con el que fueron concebidos los bienes jurídicos (Chirino, 2013, p. 27).

Se podría visualizar el derecho de la Constitución como un sistema de normas, principios y valores que irradia con su fuerza normativa a todas las diversas parcelas del ordenamiento jurídico, siendo por supuesto el derecho penal en *general* y los bienes jurídicos en *particular*, las zonas donde tal manifestación constitucional se debe presentar de forma clara y contundente, ello claro está, si pretende ser compatible con el denominado parámetro de constitucionalidad. Sobre el particular, Jinesta (2014) ha reconocido con precisión:

> *El parámetro, bloque u ordenamiento jurídico constitucional, como veremos está conformado por un conjunto heterogéneo de normas escritas y no escritas con una peculiar jerarquía, eficacia, potencia y resistencia jurídicas. En la tradición de la Sala Constitucional, parafraseando a Hauriou, ese parámetro ha sido denominado "Derecho de la Constitución" (p. 77).*

En síntesis, los bienes jurídicos que legitiman el ejercicio del poder punitivo deben ser, en consecuencia, compatibles con los preceptos, valores y principios que recoge la Constitución Política, la cual, incluso, se amplía dado el carácter supraconstitucional que pueden asumir los derechos humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, cuanto estos resulten más garantistas que la misma Constitución.

En su *ámbito de interacción*, es necesario recordar que el derecho de la Constitución permea todo el ordenamiento jurídico en tanto se erige como "alfa y omega", siendo este, en consecuencia, base y cúspide del ordenamiento jurídico, o dicho en términos más elaborados, es el punto de llegada de un proceso político y punto de partida de un ordenamiento jurídico: "[...] c*omo punto de llegada del proceso constituyente del Estado. Como punto de partida del derecho creado por el Estado Constituido*". (Pérez, 2005, p. 57).

Se considera que, de una u otra manera, los bienes jurídicos deben estar ligados al tema de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en el ámbito del derecho penal sustantivo, es fácilmente constatable -con solo remitirse a la parte especial del Código Penal- cómo se estructuran las diferentes categorías delictivas en asocio con los diferentes derechos fundamentales, v. gr.: vida, honor, propiedad privada, libertad etc., derechos que se recogen expresamente en la parte dogmática de las diferentes constituciones y que se traducen en el

ámbito de lo penal, en el respeto por el principio de lesividad, la función de tutela de bienes jurídicos que se le asigna a dicha rama jurídica.

Se coincide con el planteamiento de Castillo (2015, p. 171) en cuanto afirma que un sistema como el pregonado por los autores como Jakobs o Bacigalupo llevaría a la obediencia de los aplicadores del derecho y de los ciudadanos a cualquier norma por más arbitraria que sea, por el simple hecho de haber sido emitida a través de sus órganos competentes, lo que podría contribuir a un autoritarismo estatal.

Habiéndose brindado una noción general sobre el bien jurídico, se procede con su estudio en lo que atañe a los delitos económicos.

VI. ¿Bien jurídico o bienes jurídicos en los delitos económicos?

Propiamente en cuanto al bien jurídico o los bienes jurídicos protegidos en los delitos económicos, se encuentra que "*Existe plena coincidencia en que una de las características centrales del bien jurídico en los delitos económicos reviste el carácter de un bien supraindividual y resultan, frecuentemente, pluriofensivos, o al menos con capacidad para realizar una afectación patrimonial de aquellas características*". (Mejías, 2015, p. 62).

En relación con los derechos supraindividuales, Aguirrezabal (2006) refiere:

> *El que un derecho o interés sea supraindividual significa que trasciende la esfera de lo meramente individual, está marcado por la impersonalidad y rompe con el concepto clásico de derecho subjetivo. Estos derechos "no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica (p.74).*

Teniendo claridad sobre la conceptualización de los derechos supraindividuales, es sumamente importante aludir a los bienes comprometidos con los delitos económicos. Al respecto, Terradillos (2004) en Mejías (2015) alude a que:

> *en el ámbito de la delincuencia económica es posible identificar tres categorías de bienes jurídicos supraindividuales: institucionalizados de titularidad individual o individualizable (por ejemplo, capacidad recaudatoria o recursos de la hacienda pública); supraindividuales que constituyen elementos básicos del sistema (por ejemplo, medio ambiente), y colectivos o sociales funcionalmente necesarios para la defensa de otros individuales (por ejemplo, transparencia del mercado de valores) (p. 63).*

En el párrafo anterior, se alude a que se protegen los bienes jurídicos supraindividuales, donde se engloban muchos tipos, siendo encasillados en diferentes categorías la capacidad recaudatoria, los recursos de Hacienda, medio ambiente y la transparencia del mercado de valores.

Los delitos socioeconómicos no suelen caracterizarse por una lesividad homogénea. Los numerosos objetos tutelados no se pueden agrupar en un bien unitario (Pedrazzi, 1985, p. 289).

En las últimas décadas, se pone de manifiesto, de manera más intensa, la introducción de bienes jurídicos cada vez más vaporosos y menos concretizados. De esta forma, surge la necesidad de tutela del fisco, de la seguridad cambiaria, de las relaciones en bolsa, el derecho a la información en las transacciones económicas, la seguridad bancaria, entre otros bienes de carácter colectivo. Sin embargo, también pueden encontrarse bienes jurídicos que tienen, por una parte, vinculación personal, pero, al mismo tiempo, un referente colectivo (Chirino, 2013, p. 31).

Como bien Arroyo (1998, p. 15) señala, forma parte del derecho penal económico una serie de delitos cuyos intereses o bienes jurídicos son de naturaleza supraindividual o colectiva, muchos de ellos delitos de peligro, por lo que el "viejo derecho penal", caracterizado por tutelar bienes jurídicos tradicionales, debe adaptarse a las circunstancias de las actuales sociedades.

En cuanto a este tema, Díaz (2010) citado en Mejías (2015) enfatiza en que el bien jurídico en los delitos económicos *"no es sólo el patrimonio, sino la sociedad en sus diferentes formas de organización y sobre todo el orden financiero"* (p.65).

Por eso, en este tipo de delitos, se presentan una gran afectación y temor de la sociedad y empresas, donde se llega a un punto a desconocer las verdaderas intenciones de las personas o funcionarios y funcionarias en cargos de poder y alto mando económico.

Siguiendo con el bien jurídico tutelado en los delitos económicos, De la Cruz (2003) citado en Mejías (2015) anota que:

> *puede ser entendido como la economía en su conjunto, sancionando conductas que atentan contra la estabilidad de un sistema económico, cualquiera que éste sea, y en específico el conjunto de normas protectoras de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios dentro de un modelo económico específico (p.68).*

En palabras de Bustos (1991, pp. 264 y ss), el bien jurídico en los delitos económicos está constituido por el *"conjunto de reglas económicas que configuran un determinado orden económico del Estado, que resulta fundamental para la satisfacción de las necesidades de todos los miembros del sistema"*.

Tomar posición acerca de los bienes jurídicos que se protegen en los delitos económicos, a partir de la distinción de lesiones de los conceptos patrimoniales clásicos (robo, hurto) y las afectaciones a intereses colectivos de carácter supraindividual y referidos a un concepto confuso de orden socioeconómico (el mercado y los intereses de las personas consumidoras) no resulta fácil debido a la difícil separación entre el interés individual y el colectivo en buen número de los delitos económicos (Aráuz y Moreno, 2003, p. 225). La tendencia se ha inclinado hacia su criminalización en la forma de delitos de peligro abstracto (Chirino, 2013, p. 32).

Justamente en los delitos económicos, no puede establecerse el bien jurídico en forma clara y precisa, porque no atenta en forma directa contra un valor respetado socialmente, sino sobre ciertos elementos que permiten asegurar un espacio dentro del cual los demás valores sociales pueden desarrollarse plenamente. En otras palabras, el bien jurídico en los delitos económicos permite el adecuado funcionamiento del sistema social, el cual supone dentro de sí, la existencia de otros bienes jurídicos. Por esto se critica la calidad del bien jurídico, señalándose que los delitos económicos defienden intereses creados por el Estado y no valores aceptados socialmente, a tal punto que, se ha sostenido que el bien jurídico en los delitos económicos no es un bien jurídico real. (Bramont, 1992, p. 88).

De acuerdo con autores como Mejías (2015, pp. 70-71), indistintamente, se han considerado como delitos económicos:

> *los delitos fiscales; los fraudes de subvenciones; los delitos cometidos en el seno de instituciones bancarias, financieras y cambiarias; los delitos vinculados con el funcionamiento de empresas privadas; los delitos contra la regularidad del trabajo y la seguridad social; las quiebras y concursos; los balances falsos; la competencia desleal; los hechos punibles vinculados con el comercio exterior, y los daños al ecosistema, entre otros.*

También interesa resaltar lo expuesto por Contreras (2013, p. 54) para quien los bienes jurídicos protegidos en la materia económica son de naturaleza colectiva e, incluso, difusa. Aquí se puede llegar a comprender que los delitos económicos son definitivamente supraindividuales, lo cual se enmarca en intereses colectivos y, además, en algunos casos difusos, por lo que la tutela no está individualizada, ni quien comete la acción lo hace pensando en una persona en particular, sino en que sus actos son destinados a un todo.

Los delitos socioeconómicos consisten en la infracción de deberes básicos de la ciudadanía cuando actúan en el subsistema económico o en un rol que podemos definir como económico (persona deudora, gestora empresarial, inversora en bolsa, etc.) pudiendo, en algunas ocasiones, afectar a bienes jurídicos colectivos (derecho penal económico en sentido estricto) mientras que, en otras, representan agresiones contra bienes jurídicos individuales, especialmente de tipo patrimonial (derecho penal económico en sentido amplio).

Si en un principio, la protección de bienes jurídicos estatales que tenían que ver, por ejemplo, con las competencias de control del Estado (de mercancías, flujos de capitales y divisas, precios, monopolios, etc.) o con sus ingresos (defraudación fiscal) ostentaba un especial protagonismo, con el tiempo han pasado a tener un mayor peso los delitos que garantizan condiciones básicas o elementos esenciales del funcionamiento de la economía de mercado o de la actividad económica en el marco de la economía de mercado (Feijoo, 2013, p. 56).

Desde la óptica de Issa (2004, p. 5), los delitos económicos pueden agrupar todos los ilícitos

que, por su modo de realización o por el perjuicio que producen, puedan atentar o poner en grave peligro la estabilidad económica o hacer desaparecer la confianza del público en la honestidad de las prácticas comerciales o en el buen funcionamiento de las instituciones públicas relacionadas con la economía.

Dentro de los delitos económicos, se agrupa una serie de ilícitos que ofenden bienes jurídicos diversos. Así, como Rodríguez (2009, p. 89) indica, es importante que exista claridad en cuanto a cuál es el concreto bien jurídico protegido en cada uno.

VII. Un acercamiento a los delitos económicos en Costa Rica

En Costa Rica, la materia de los delitos económicos no encuentra una precisa definición ni una específica colocación normativa. No se cuenta con una ley especial que regule los delitos económicos, ni se dispone, dentro de la parte especial del Código Penal, de una regulación unitaria y orgánica de la materia penal económica.

A su vez, son pocas las publicaciones nacionales que se pronuncian sobre los delitos económicos.

En lo que respecta a la praxis judicial, cabe indicar que en el Ministerio Público se tramitan procesos relacionados con delincuencia económica, los cuales son conocidos posteriormente por juzgados penales, tribunales de juicio y de apelación e, incluso, la Sala Tercera como órgano de casación penal.

El Ministerio Público de Costa Rica, como encargado de la persecución penal, está conformado por diversas fiscalías. Algunas de las especializadas y que tienen relación con delitos económicos son: delitos económicos, tributarios, aduaneros y propiedad intelectual, fraudes, legitimación de capitales, agrario ambiental, probidad, transparencia y anticorrupción.

Como bien lo apunta Chirino (2013, p. 14), en el ámbito penal, especialmente en las últimas décadas, se observa una preocupación intensa por los delitos bancarios y financieros, los grandes temas de la corrupción administrativa en contratos, subvenciones y concesiones públicas, así como en el tema ambiental, catálogo delictivo que ha ido aumentando con los años.

Hoy, más que nunca, el derecho penal económico ha adquirido gran relevancia.

Tal y como Rodríguez (2009, p. 88) indica, basta recordar la clasificación que Zirpins ofreció de los delitos económicos para comprobar que estamos ante un concepto sin líneas definidas y en el que se comprenden hechos muy heterogéneos. Dicho autor ha distinguido seis grandes grupos de delitos económicos: 1) la estafa; 2) delitos contra el principio de confianza como malversación, prevaricación, cohecho y otras formas de corrupción de funcionarios; 3) delitos contra la libertad de competencia; 4) delitos fiscales y de contrabando; 5) delitos de insolvencia; y 6) otros delitos no incluidos en los apartados anteriores, como receptación, tráfico de alimentos y medicamentos.

Gaspar, Vivar y Robles (2016, p. 190) establecen una clasificación de delitos económicos bastante completa que atiende al bien jurídico como criterio delimitador, a saber: a) delitos contra la competencia (delitos contra la libertad de competencia y delitos de competencia desleal); b) delitos contra la propiedad intelectual e industrial; c) delitos contra el sistema crediticio, monetario, la actividad bursátil y seguros; d) delitos contra el sistema tributario, aduanero y de promoción empresarial del Estado (subvenciones, reintegros de exportación); e) delitos contra el buen funcionamiento y la transparencia de la actividad empresarial (delitos societarios, quiebra y usura); f) delitos contra el control estatal de la producción o comercialización, tanto a nivel nacional (acaparamiento, especulación, fraudes alimentarios y otros delitos contra los consumidores) como internacional (exportaciones prohibidas o controladas); g) delitos contra la actividad laboral y la seguridad social; h) delitos contra el medio ambiente.

Las clasificaciones encuentran su explicación, a partir de lo apuntado en el apartado II de este artículo, en el sentido de que, al visualizarse el orden económico desde una perspectiva estricta y una amplia, podemos encontrar una gama importante de delitos que podrían "encuadrar" como delitos económicos.

Autores como Govaere (2014, pp. 8-9) opinan que la aplicación del derecho penal económico al comercio exterior costarricense es expresión de la tutela del buen funcionamiento del ordenamiento económico, en una amplia gama de bienes jurídicos expresamente tutelados en la Constitución Política como lo son la protección debida al estímulo de la producción nacional (art. 50); la protección de la salud, la seguridad y los intereses de los consumidores (art. 46); el derecho de los consumidores a información adecuada y veraz (art. 46); la tutela de la confianza en el sistema económico y, en general, y en última instancia, la satisfacción de las necesidades de nuestra población a través del más adecuado reparto de la riqueza (art. 50), directamente ligado a la reasignación de los ingresos percibidos por el Estado, por vía tributaria y aduanera.

Sin afán de establecer una lista taxativa, en lo que atañe a Costa Rica, de modo ilustrativo se citan los siguientes delitos que podrían catalogarse como económicos:

- Los de naturaleza fiscal (por ejemplo, el artículo 92 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y sus reformas, Ley N.° 4755 del 3 de mayo de 1971, el cual regula el fraude a la Hacienda pública).

- La legitimación o blanqueo de capitales, delito regulado en el artículo 69 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, N.° 8204, del 26 de diciembre de 2001.

- El contrabando (numeral 211 de la Ley General de Aduanas y sus reformas, N.° 7557, del 20 de octubre de 1995).

- Diversos delitos societarios[4], verbigracia, la administración fraudulenta (artículo 222 del Código Penal); ofrecimiento fraudulento de

efectos de crédito (ordinal 246 del Código Penal); malversación (363 del Código Penal), entre otros.

- Delitos bursátiles (por ejemplo, la manipulación de precios del mercado y el uso de información privilegiada, contemplados en los artículos 251 y 252 del Código Penal, adicionados por la Ley Reguladora del Mercado de Valores, N.° 7732 del 17 de diciembre de 1997).

- La propaganda o competencia desleal incluida en el artículo 249 del Código Penal, conducta prevista como ilícito civil e infracción administrativa en el numeral 17 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N.° 7472, del 20 de diciembre de 1994.

- Delitos ambientales. La mayor parte están contenidos en leyes especiales que protegen el ambiente y la diversidad biológica. La Ley Orgánica del Ambiente, N.° 7554, del 4 de octubre de 1995 establece en su artículo 2, inciso e) que el daño al ambiente constituye un delito de carácter social, cultural, ético y de contenido económico, porque atenta contra las materias y los recursos indispensables para las actividades productivas. Existen otras leyes que contienen tipos penales, como la Ley de Aguas, N.° 276, del 27 de agosto de 1942; la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, N.° 7317, del 30 de octubre de 1992, la Ley de Pesca y Acuicultura, N.° 8436, del 1 de marzo de 2005; la Ley Forestal N.° 7575 del 13 de febrero de 1996; la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, N.° 6043, del 2 de marzo de 1977.

- Delitos contra los derechos de la propiedad intelectual, verbigracia: el numeral 45 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, N.° 8039, del 12 de octubre de 2000, el cual regula la venta, almacenamiento y distribución de productos fraudulentos.

- Delitos informáticos como, por ejemplo, el artículo 231 del Código Penal, adicionado mediante la Ley N.° 9048 del 10 de julio de 2012, el cual contempla el espionaje informático.

- El enriquecimiento ilícito y el sobreprecio irregular, contenidos, respectivamente, en los ordinales 45 y 49 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N.° 8422, del 6 de octubre de 2004.

En términos generales, se indica que, en la persecución de la criminalidad económica, suele existir poca eficacia, básicamente, por el trato indulgente de los legisladores (este tipo de criminalidad es de aparición relativamente reciente) y de la propia actividad judicial, sumado a la despreocupación por parte de la sociedad respecto a esas conductas, siendo el sujeto activo frecuentemente una persona con una buena posición económico-social. (Aráuz y Moreno, 2003, pp. 220-221).

Las características propias de la delincuencia económica proponen que la pena no debe quedar limitada a la privación de libertad, sino que vaya acompañada de multas proporcionadas y otras sanciones aplicables a la delincuencia convencional como la inhabilitación profesional, la privación de ciertos derechos, etc.

En este sentido, se coincide con Trillo (2008, pp. 26-27) en cuanto a que tan solo un derecho penal que restituya real y eficazmente los activos patrimoniales provenientes de la actividad delictiva (restablecimiento del estado socioeconómico anterior al delito mediante la reintegración social de su beneficio y transformaciones) responderá cumplidamente a las exigencias y expectativas nacionales e internacionales que la sociedad democrática, el Estado de derecho y la comunidad internacional demandan al moderno derecho penal.

Finalmente, tal y como lo señala Tiedemann (1999, pp. 371-375), debe tenerse presente que el campo de las consecuencias jurídicas nos muestra que la problemática de la criminalidad económica no se limita de ninguna manera al derecho penal, sino que afecta a otros numerosos aspectos del orden jurídico.

VIII. Conclusiones

La delincuencia económica encuentra su antecedente en la denominada delincuencia de cuello blanco, terminología acuñada por Sutherland. Forma parte del derecho penal económico, cuyo objeto de protección es el orden económico, el cual puede ser visualizado desde una doble perspectiva: una estricta (conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la participación estatal de la economía) y otra amplia (conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios).

La distinción entre perspectiva estricta y amplia del derecho penal económico conduce a que, en la primera, se incluyan como delitos económicos los que atentan contra los intereses económicos públicos (delitos monetarios, las infracciones de contrabando y el delito fiscal) y los que atentan contra la libertad de competencia, en tanto, desde la concepción amplia, se ubiquen los delitos de insolvencia, la competencia ilícita, la usura, la estafa, los delitos laborales, los delitos relacionados con la actividad de las sociedades mercantiles, la malversación de caudales públicos, los delitos contra el medio ambiente, entre otros.

La amplitud conceptual del derecho penal económico ha generado que no sea sencillo (falta de uniformidad) establecer una lista taxativa en cuanto a los delitos que se pueden catalogar como "económicos". Ello se une a una dificultad procesal en el juzgamiento de estos delitos, tomando en cuenta la forma en que se ejecutan los hechos (en no pocas veces a través de personas jurídicas), la normativa que los regula, los medios probatorios con que se cuenta para probar los actos delictivos, así como la falta de especialización de los órganos encargados de la persecución penal e, incluso, de las personas juzgadoras.

Los delitos económicos, de una u otra forma, también son delitos patrimoniales, sin embargo, usualmente los segundos se han asociado a las relaciones patrimoniales de carácter privado en tanto los delitos económicos se han concebido como las infracciones que lesionan o ponen en peligro la producción, distribución y consumo de bienes y servicios afectando la economía estatal.

La principal preocupación de la configuración de los tipos penales en materia de delincuencia económica depende de que las normas hayan sido creadas bajo los límites que imponen los tratados internacionales de derechos humanos y la propia Constitución Política.

El bien jurídico tutelado en los delitos económicos no puede ser considerado en forma unitaria o singularizada, pues estos, al ser delitos pluriofensivos, hacen que se aglutine bajo su tutela una serie heterogénea de bienes jurídicos asociados, por lo general, con derechos de carácter supraindividual.

En Costa Rica, la materia de los delitos económicos no encuentra una precisa definición ni una específica colocación normativa. No se cuenta con una ley especial que regule los delitos económicos, ni se dispone, dentro de la parte especial del Código Penal, de una regulación unitaria y orgánica de la materia penal económica. En la legislación nacional, se pueden ubicar diversos delitos que tienen una naturaleza económica, a saber: fraude a la Hacienda pública; legitimación o blanqueo de capitales; contrabando; ofrecimiento fraudulento de efectos de crédito; manipulación de precios del mercado; propaganda o competencia desleal; delitos ambientales; venta, almacenamiento y distribución de productos fraudulentos; espionaje informático; enriquecimiento ilícito, sobreprecio irregular, entre otros.

Si bien, en nuestro país, se encuentran regulados a nivel normativo diversos delitos económicos, lo cierto es que es necesario reforzar la legislación, así como mejorar la persecución de este tipo de criminalidad.

Referencias bibliográficas

- Aguirrezabal, M (2006). Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). Revista Chilena de Derecho. 1 (33), 69-91. Recuperado de http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art05.pdf

- Aráuz Ulloa I.M. & Moreno Castillo M. A. (2003). Delincuencia económica. Revista de Derecho de la Universidad Centroamericana. 5, 215-232. Recuperado de http://www.revistasnicaragua.net.ni/index.php/revderecho/article/view/926

- Arroyo Zapatero, L. (1998). Derecho penal económico y Constitución. Revista Penal. 1, 1-15. Recuperado de http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/9/9

- Bajo Fernández, M, Pérez Manzano M. & Suárez González, C. (1987). Manual de derecho penal. Parte especial (Delitos patrimoniales y económicos). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

- Barroso, J (2015). Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica. Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. 35, 95-122.Recuperado de http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v9n35/1870-2147-rius-9-35-00095.pdf

- Bramont- Arias Torres, L.F. (1992). Delitos económicos y bien jurídico. Revista Ius et Veritas. 5, 85-92. Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15362/15819

- Burgos Mata, A. (2015, septiembre-diciembre). Cuello blanco y delito. Revista de Ciencias Jurídicas. 138, 57-88. Recuperado de https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/22823/23303

- Bustos Ramírez, J. (1992). Manual de derecho penal. Parte especial. (2 ed.). Barcelona: Ariel.

- Calvo Calderón, O. (2019). Política de persecución penal del Ministerio Público en delitos tributarios. En Tiffer Sotomayor, C. (Coord.). Derecho penal tributario, (pp. 385-403). San José: Editorial Jurídica Continental.

- Carbonell, J. C., & Carlos, J. (1999). Derecho penal: Concepto y principios constitucionales. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.

- Castillo González, Francisco. (2015). El bien jurídico penalmente protegido. (2 ed.). San José: Editorial Jurídica Continental.

- Castro Cuenca, C. & Ramírez Barboza, P.A. (2010). Derecho penal económico. Parte general. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

- Chirino Sánchez, A. (2019). La estructura jurídico penal del ilícito tributario. Una aportación a la política criminal del derecho penal económico. En Tiffer Sotomayor, C. (coord.), Derecho penal tributario, (pp. 299-384). San José: Editorial Jurídica Continental.

- Chirino Sánchez, A. (2013). Aspectos fundamentales del derecho penal económico. Un acercamiento desde la dogmática y la política criminal centroamericanas. En: Derecho penal económico y de empresa (pp. 13-52). San José: Editorial Jurídica Continental.

- Chirino Sánchez, A. (2004). Perspectivas para una teoría del bien jurídico en el momento actual. En: Democracia, justicia y dignidad humana. Libro Homenaje a Wálter Antillón Montealegre (pp. 39-60). San José: Editorial Jurídica Continental.

- Cruz Castro, Fernando. (1994). Enfoques criminológicos sobre la delincuencia económica, sus consecuencias en su persecución y juzgamiento. En: Seminario delito económico, fraudes y quiebras (pp. 77-100). San José: Centro de Estudios y Capacitación Judicial para Centroamérica.

- Feijoo Sánchez, B. (2013). Imputación objetiva en el derecho penal económico. En: Derecho penal económico y de empresa (pp. 53-114). San José: Editorial Jurídica Continental.

- Foffani, Luigi. (2001). Criminalidad organizada y criminalidad económica. Revista Penal. 7, 55-66.

- Gaspar Pérez, N., Vivar Vera, J. y Robles Medina, R. (octubre 2015-marzo 2016). La criminalidad económica en la posmodernidad. Revista Dikê. 18, 183-196. Recuperado de http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/article/view/141

- Gatgens Gómez, E. (2013). Los delitos societarios. En: Derecho penal económico y

de empresa (pp. 277-342). San José: Editorial Jurídica Continental.

- Govaere Vicarioli, V. (2014, julio-diciembre). Consideraciones sobre los Delitos económicos en el comercio exterior costarricense. Revista Nacional de Administración. 5 (2), 7-26. Recuperado de https://revistas.uned.ac.cr/index.php/rna/article/view/742/648

- Issa E. Khoury, H. (2004). Delitos económicos. San José. Editorama.

- Jinesta, E. (2014). Derecho procesal constitucional. San José: Editorial Guayacán.

- Kaiser, Gunter. (1988). Introducción a la criminología. Madrid: Dykinson.

- Mapelli Caffarena, B. (1998). Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal. Revista Penal. 1 (1), 43-53. Recuperado de https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/51019

- Mejías, C (2015). El ámbito de protección en el derecho penal económico. Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. 35, 58-75. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v9n35/1870-2147-rius-9-35-00058.pdf

- Muñoz Conde, F. (2001). Protección de bienes jurídicos como límite constitucional al derecho penal. En Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (Coords.). Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz (pp. 561-574). Navarra: Aranzadi.

- Muñoz Conde, F. (1998). Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. Revista Penal. 1 (33), 67-76. Recuperado de http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/15/15

- Naciones Unidas. (2005). Delitos económicos y financieros: Retos para el desarrollo sostenible. Undécimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Bangkok (Tailandia). Recuperado de http://www.unis.unvienna.org/pdf/05-82110_S_5_pr_SFS.pdf

- Parma, C. (2018). Teoría del delito. San José: Editorial Jurídica Continental.

- Pedrazzi, C. (1985). El bien jurídico de los delitos económicos. En M. Barbero (Ed.), La Reforma penal: Delitos socioeconómicos (pp. 279-296). Madrid: Universidad de Madrid.

- Pérez, J. (2005). Curso de derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons.

- Ramos, C (2012). Delitos financieros y económicos. Revista de Derecho. 1 (33), 5-29. Recuperado de https://www.lamjol.info/index.php/LRD/article/view/1258

- Righi, E. (2000). Los delitos económicos. Buenos Aires: Ad Hoc.

- Rodríguez Mourullo, G. (2009). Estudios de derecho penal económico. Navarra: Editorial Aranzadi.

- Rojas Chacón, J.A. (2013). Quiebras e insolvencias punibles en el Código Penal de Costa Rica. En: Derecho penal económico y de empresa (pp. 397-468). San José: Editorial Jurídica Continental.

- Schünemann, Bernd. (2009). Obras. Tomo II. Colección autores de derecho penal. En Donna, E. A. (Dir.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

- Tiedemann, K. (2010). Manual de derecho penal económico. Parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Tiedemann, K. (1999). Temas de derecho penal económico y ambiental, Lima: Idemsa.

- Trillo Navarro, Jesús Pórfilo. (2008). Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia económica. Madrid: Dykinson.

- Vargas Rojas, O. (2019). La prueba indiciaria y los delitos tributarios. En Tiffer Sotomayor, C. (Coord.). Derecho penal tributario (pp. 231-248). San José: Editorial Jurídica Contine

Notas

1 De acuerdo con Rodríguez (2009, p. 24), estudios realizados en Alemania han señalado que se comete gran cantidad de todos los delitos económicos graves bajo la cobertura legal de una sociedad mercantil.

2 Recientemente entró en vigor la Ley de responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos, N.° 9699 del 10 de junio de 2019.

3 El tema no es pacífico al existir la figura de la comunicabilidad de las circunstancias.

4 Para Gatgens, los delitos societarios son aquellos realizados por los administradores, representantes o encargados de una sociedad mercantil, regular o irregular (o entidad de análoga naturaleza orgánico-asociativa) o por aquellos que poseen una especial situación de preeminencia en el seno de la sociedad o la entidad y que son cometidos en perjuicio de esta, de sus socios (o asociados) o de sus acreedores. Estos delitos pueden llegar a afectar el orden socioeconómico. Al respecto, puede consultarse Gatgens Gómez, E. (2013). Los delitos societarios. En: Derecho penal económico y de empresa (pp. 277-342). San José: Editorial Jurídica Continental .

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 159-176 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL RECLAMO ALIMENTARIO DE LAS MUJERES EN UNIÓN DE HECHO NO RECONOCIDA JUDICIALMENTE

MSc. José Miguel Fonseca Vindas
mfonsecav@poder-judicial.go.cr

RESUMEN

Se considera que el rechazo de los procesos de pensión alimentaria de mujeres en unión de hecho, en contra de sus parejas, por carecer del reconocimiento judicial respectivo, resulta discriminatorio por estado civil. Por ello, con base en una integración e interpretación normativa de derechos humanos, se pretende brindar un real acceso a la tutela judicial efectiva, a partir –únicamente– de la constatación de los presupuestos de unión pública, notoria, estable, única y con aptitud legal para casarse, en la misma sede especializada.

PALABRAS CLAVES: Pensión alimentaria/ convivencia de pareja/ discriminación/derechos de las mujeres/ estado civil/ reconocimiento judicial/ acceso a la justicia/ tutela judicial efectiva.

It is considered that the rejection of the processes of women's maintenance obligation in de facto union, against their partners, for lacking the respective judicial recognition, results in discrimination based on marital status; That is why, based on an integration and normative interpretation of human rights, it is intended to provide real access to effective judicial protection, starting –only– from the verification of the budgets of public, notorious, stable, unique and with legal aptitude to marry, in the same specialized headquarters.

KEYWORDS: Maintenance obligation/ live together as a couple/ discrimination/ women's rights/ marital status/ judicial recognition/ access to justice/ effective judicial protection.

Recibido 18 setiembre 2019 Aceptado 27 de febrero de 2020

Máster de la Maestría de Administración de Justicia de la UNA con énfasis en Derecho de Familia; estudios de la Maestría de Violencia Social y Familiar de la UNED; especialista en Derecho de Familia por la Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica. Facilitador de la Escuela Judicial, Poder Judicial, Costar Rica en materia de familia, pensiones alimentarias y violencia doméstica. Juez de familia y de violencia doméstica. Juez suplente del tribunal de familia. Miembro de la Comisión de Ética del Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica en 2019.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Tutela judicial efectiva y acceso a la justicia. 3. Igualdad y no discriminación. 4. Discriminación por estado civil. 4.1. Convención de la Cedaw. 4.2. Convención Belem do Pará. 5. Reclamo alimentario de las mujeres en unión de hecho no reconocida judicialmente. 6. Constatación de los requisitos del 242 del Código de Familia, en la sede alimentaria especializada. 7. Respaldo procesal al tenor del Código Procesal de Familia. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

I. Introducción

En la gran mayoría de casos, los hombres (esposos/convivientes de hecho) ostentan el poder adquisitivo dentro de las relaciones familiares, ejercen labores remuneradas en el ámbito de lo público y obtienen reconocimiento social y económico al respecto.

En cambio, dentro de las mismas relaciones familiares, las mujeres (esposas/convivientes de hecho) permanecen generalmente relegadas al ámbito de lo privado, ejerciendo labores no remuneradas de cuido y quehaceres domésticos, sin contar con algún reconocimiento social u económico por ello.

Este escenario social y familiar obedece a las estructuras patriarcales construidas alrededor de los roles tradicionales de género, los cuales obstaculizan la tutela de los derechos de aquellas mujeres con relaciones familiares basadas en una convivencia de unión de hecho, o bien, de las que surgen por una unión matrimonial. No obstante, a pesar de que esos patrones desiguales se reflejan en ambos escenarios –matrimonio y uniones de hecho– lo cierto es que la ley les otorga mayor protección a las relaciones basadas en el matrimonio que con respecto a las otras formas de constituir una familia no matrimonial.

Por estos motivos, se considera que **la ley brinda esa protección al instituto del matrimonio**, **no a la mujer como tal**, ya que basa todo su abordaje de protección solo a quien contraiga nupcias, por encima de las otras maneras de formar familias.

Uno de los derechos más desprotegidos de las mujeres es el reclamo alimentario. No obstante, para ejercer dicho reclamo, las mujeres que están casadas tienen mayor tutela que aquellas que están en una convivencia de hecho.

En tal sentido, el ordenamiento jurídico costarricense contempla la procedencia del reclamo alimentario entre personas que mantengan algún grado de parentesco entre sí, ya sea por lazos de consanguineidad o por afinidad. Concretamente, en las relaciones de pareja, el Código de Familia hace una distinción significativa en cuanto al reclamo de alimentos entre parejas que contraen matrimonio, con respecto aquellas que deciden convivir en unión de hecho.

En efecto, el artículo 169 del Código de Familia costarricense, establece que "*se deben alimentos: inciso 1. Los cónyuges entre sí*". Tal regulación debe relacionarse con el numeral 245 *Ibidem*, el cual determina que "*Después de reconocida la unión, los convivientes podrán solicitarse pensión alimenticia"*.

Como se puede apreciar, existe una gran distinción en el tratamiento del reclamo alimentario que surge entre cónyuges, con aquel que se formula entre convivientes de hecho, siendo procedente de inmediato el reclamo alimentario de la mujer casada[1], no así para la mujer en convivencia de hecho, quien *a priori* debe acudir a un proceso judicial en la sede de familia para que se reconozca su unión de hecho acorde con los presupuestos del numeral 242 del mismo cuerpo legal.

Dicha diferenciación en el tratamiento al reclamo alimentario produce una discriminación por resultado, lo cual contraviene y violenta los derechos de las mujeres en razón de su estado civil. Tal afirmación obedece a lo establecido en el numeral 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer2, el cual dicta en lo conducente que:

> *[…]la expresión "**discriminación contra la mujer**" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o **por resultado** menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, **independientemente de su estado civil**, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (Lo resaltado se suple).*

A partir de esa expresión, se considera que surge la necesidad de replantear la efectividad del acceso a la tutela judicial efectiva de esas mujeres en convivencia de hecho, respecto a su derecho de exigir alimentos a quien está obligado de socorrerle[3], sin que se requiera "*per se*" el reconocimiento de la unión de hecho ante la sede judicial de familia.

Por ello, se pretende proponer en este artículo que, en el mismo proceso alimentario, se constaten los presupuestos del numeral 242 del Código de Familia[4], sin tener que exigir el reconocimiento judicial en la sede de familia, erradicando así cualquier discriminación por resultado5 y dando garantía del principio convencional de igualdad y no discriminación.

2. Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva

El derecho fundamental al acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva está reconocido, en el artículo 8, inciso 1° y en el numeral 25, inciso 1°, ambos con relación a los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José– junto con el artículo 41 de la Constitución Política, el cual establece que "***ocurriendo a las leyes**, **todos han de encontrar reparación** para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. **Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".*** (Lo resaltado se suple).

La normativa mencionada implica la participación en todo proceso judicial del principio de "***pauta hermenéutica válida del ordenamiento jurídico**"*[6], del que se ocupan el numeral 6 del Código Civil y el artículo 5 de la Ley Orgánica

del Poder Judicial, por los cuales se afirma que "*la administración de justicia, **no puede obviar la realidad social** como un elemento a considerar, **en la toma de decisiones** respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento*"[7]. (Lo resaltado se suple).

El Tribunal de Familia ha desarrollado tales principios, reiterando –desde vieja data[8]– que el acceso a la tutela judicial efectiva:

> *es un derecho fundamental en sí mismo, pero también **es un instrumento para garantizar** la vigencia de los derechos de goce; es decir, de aquellos cuyo disfrute satisface de manera inmediata las necesidades o intereses del ser humano" lo cual alude intrínsecamente a la potestad de que cada persona titular de su derecho pueda "reclamar del órgano jurisdiccional competente, una vez sustanciado el procedimiento respectivo (**un debido proceso**), **una decisión razonada y fundada en Derecho** sobre las peticiones oportunamente deducidas, **que resuelva las cuestiones objeto de debate** y, por supuesto, la de obtenerla". (Lo resaltado se suple).*

Por lo anterior, se puede afirmar con total contundencia que las personas que administran justicia tienen el deber constitucional y convencional de brindar no solo un real acceso a la justicia, sino también deben dictar sus decisiones de forma fundada, sobre los procesos que tienen bajo su conocimiento, dando una real tutela judicial a la procedencia o no del derecho que sea reclamado.

En otras palabras y, aunque parezca obvio, es de suma importancia afirmar que los derechos antes mencionados atañen de forma específica y concreta a los derechos de las mujeres en el derecho internacional público de los derechos humanos, el cual inicia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, instrumento aplicable a todas las personas. La obviedad mencionada deviene necesaria para dignificar aquellos derechos de las mujeres que –históricamente– han sido violentados.

Una forma para dignificar y garantizar tales derechos –el acceso a la tutela judicial efectiva– es aplicar de forma real el principio convencional de igualdad y no discriminación, por el cual se infiere, la necesidad de dar un tratamiento diferenciado al reclamo de las mujeres en la sede judicial, sin reforzar estigmas o prejuicios socioculturales que fomenten algún menoscabo de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico internacional les ha reconocido a las mujeres.

3. Igualdad y no discriminación

Nuestra Sala Constitucional[9] ha señalado que con relación al principio de igualdad y el derecho a la no discriminación[10], se establece la igualdad, no solo como un principio que informa todo el ordenamiento, sino además como un auténtico derecho subjetivo en favor de los habitantes de la república.

Al respecto, se indica que el derecho a la igualdad se resume en el derecho a ser tratado igual que las demás personas, en todas y cada una de las

relaciones jurídicas que se constituyan. Con respecto al concepto de la discriminación, el Comité de Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas[11] la ha definido como:

> *[...]* ***toda*** *distinción,* ***exclusión****, restricción o preferencia* ***que se basen en determinados motivos como*** *la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o* ***cualquier otra condición social*** *y* ***que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas****.*

Nótese el alcance de la definición transcrita, en cuanto a la referencia de la **exclusión por condición social que tenga por objeto o por resultado**, **menoscabar derechos fundamentales**, la cual –para lo que interesa en este artículo– se debe considerar como la **denegación del acceso a la justicia y tutela judicial efectiva del reclamo alimentario de mujeres en convivencia de hecho**, **por la única razón de que dicha unión no haya sido reconocida en sede judicial**.

Esto implica una severa y gravosa violación a los derechos fundamentales de dicha población, por cuanto se valora como deber de la Administración de Justicia (jueces y juezas) elaborar los mecanismos necesarios para brindar la tutela efectiva del reclamo alimentario, no reconocido judicialmente, sin que, por ello, se lesionen los derechos fundamentales.

4. Discriminación por estado civil

Citando a Manuel Osorio[12], se puede advertir que "*comúnmente en el lenguaje diario, la expresión estado civil hace referencia exclusivamente a la calidad frente al matrimonio: casado o no, viudo o separado*". Tal definición se reafirma con la locución que realiza Guillermo Cabanellas[13], como "*la situación en que se encuentra el hombre, dentro de la sociedad, en relación con los diferentes derechos o facultades y obligaciones o deberes que le atañen. Corrientemente el estado civil se confunde con el Derecho de Familia, y por él se comprende el estado de soltería, de matrimonio o de viudez, y el de divorciado, […]*".

Nótese que ambos autores definen el estado civil, a partir de la existencia de un vínculo matrimonial y las consecuencias inmediatas ante su disolución por distinta causa. Hágase ver que la convivencia o la unión de hecho no se contemplan como un estado civil, por cuanto se aduce que el derecho y la norma que forjan las relaciones familiarizadas pretenden dar un realce de importancia –únicamente– al ***instituto jurídico del matrimonio***, por encima de la convivencia o unión de hecho.

Así los efectos personales de una u otra forma de entablar relaciones de pareja son abiertamente distintos, contraviniendo el alcance del concepto de vida familiar, el cual no está reducido únicamente al matrimonio como la única forma de crear núcleos familiares[14].

Dos instrumentos convencionales distintos –con valor supra legal– han requerido al Estado costarricense –entiéndase Administración

de Justicia– el deber de garantizar y proteger los derechos fundamentales de las mujeres, dictaminando prohibir y erradicar aquellas prácticas que tengan por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos –entre ellos el alimentario– de las mujeres, independientemente de su estado civil, en las relaciones de pareja, durante su vigencia o bien, al finalizar esta. Tales instrumentos son la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (más conocida por sus siglas en inglés CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, mayormente conocida como Belém do Pará.

Al respecto:

4.1 CEDAW

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer –Ley N.° 6968– establece en los artículos 13 y 16, el deber del Estado[15] de garantía y de eliminación de la discriminación contra la mujer, en todas las esferas de la vida **económica y social** a fin de asegurar –según el inciso a) del artículo 13– **los derechos a prestaciones familiares**, así como el deber de eliminar –según el artículo 16, inciso c)– la discriminación contra la mujer **en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares**, específicamente, **los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución**.

Por su parte:

4.2 BELÉM DO PARÁ

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención Belém Do Pará" –Ley 7499– establece en su artículo 4° que "*toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos*". Y cita expresamente que ese reconocimiento va dirigido –**inciso f**– al derecho de igualdad de protección ante la ley y de la propia ley, junto con –**inciso g**– el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, el cual la ampare contra actos que violen sus derechos.

Nótese que en la normativa transcrita –con valor supra legal– se establece el deber ineludible del Estado costarricense –vuélvase a entender personas juzgadoras– de proteger a la mujer, **aun de la propia ley que exista**, realizando para ello, **un recurso sencillo y rápido** ante los tribunales competentes que **tutelen el reclamo** de los derechos a prestaciones familiares, y todos aquellos otros que derivan del matrimonio y las relaciones de pareja.

En este punto, es necesario hacer énfasis que, desde el bloque de convencionalidad, se instituye el deber a las autoridades judiciales, de proveer un tratamiento diferenciado de los procesos a favor de los reclamos de las mujeres, con el fin de evitar su discriminación, desde la óptica del proceso y de la norma misma que podría estarse aplicando en detrimento de sus derechos fundamentales.

5. Reclamo alimentario de una mujer en convivencia, sin el reconocimiento judicial previo de la unión de hecho en la sede de familia

Teniendo claro que existe un deber convencional ineludible del Estado costarricense en no discriminar a las mujeres por su estado civil, resulta necesario considerar el alcance, procedencia y tratamiento del reclamo alimentario de aquellas mujeres, quienes, estando en una unión de hecho con todos los requisitos y presupuestos del 242 del Código de Familia, no encuentran respuesta en la Administración de Justicia, sino hasta que esa unión obtiene reconocimiento judicial en el juzgado de familia correspondiente, por medio de un proceso abreviado.

En mi opinión, ese cobro de alimentos por parte de una mujer en convivencia de hecho, se debe estimar aun cuando no esté reconocido judicialmente, ya que dicho proceso de familia está diseñado para decretar efectos patrimoniales entre ambas partes, no así con respecto a las obligaciones y deberes personales de socorrerse mutuamente.

Tal afirmación parte de la premisa de que, en nuestro país, no existe un solo modelo de familia basado en la relación matrimonial de una pareja, sino que se deben reconocer como familia otros lazos familiares de hecho donde las personas tienen vida en común sin recurrir al matrimonio.

En tal sentido, nuestra Sala Constitucional ha equiparado el derecho de protección estatal que el artículo 51 de la Constitución Política regula, tanto para familias derivadas de la unión matrimonial, como aquellas que se constituyen en la unión de hecho. Al respecto, mediante el voto n.°1151-94 de las 15:30 horas del primero de marzo de 1994, la Sala explico que:

> *[…] si analizamos las actas de la Asamblea Nacional Constituyente,* ***se puede corroborar la intención del legislador de no excluir a las familias de hecho de la protección constitucional****. Como bien lo afirma la Procuraduría, la primera moción discutida en relación con la norma de comentario se redactó en los siguientes términos: "El matrimonio es la base legal de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges". A esta moción se opuso el Diputado Ortíz diciendo que: "[...] decir "legal" significa excluir a aquellas familias de hecho, que sin tener origen en el matrimonio, son sin embargo familias". Por esa oposición, se aprobó el artículo 52 en los términos actuales, eliminándose la frase "base legal" y sustituyéndose por la de "****base esencial****",* ***lo cual significa que el hecho de que el legislador le haya dado protección constitucional al matrimonio, considerándolo la base esencial de la familia, no es excluyente de otros tipos de familia****. El matrimonio es entonces, base esencial,* ***pero no única de familia****, a los ojos del legislador. Si además tomamos en consideración que el legislador quiso proteger a la "familia" –sin hacer distingos–, en el artículo 51, no podemos interpretar que "familia" sea sólo la constituida por vínculo legal, sino por el contrario,*

> *que el término es comprensivo de* ***otros núcleos familiares****, aun cuando el legislador haya manifestado su preferencia por los constituidos por matrimonio". (Lo resaltado se suple).*

Consecuentemente, si para la propia Sala de lo Constitucional –con efecto *erga omnes* de sus pronunciamientos– es necesario brindar la protección especial a las familias basadas en uniones de hecho, se considera procedente entonces, vislumbrar la admisibilidad del reclamo alimentario de una mujer que, a pesar de no estar casada, pero que cumple con los requisitos de la unión de hecho, reclama para sí alimentos en contra de quien sea su deudor alimentario.

De forma análoga, el inciso 1° del numeral 169 del Código de Familia otorga el derecho de exigir alimentos a los cónyuges entre sí. Por ende, si aplicamos el bloque convencional –con valor **supra legal**– de los instrumentos internacionales de los derechos humanos de las mujeres, se podría afirmar categóricamente que constatando de previo los requisitos que establece el numeral 242 *Ibidem*, una mujer en unión de hecho podría reclamar para sí misma los alimentos en contra de su conviviente, sin tener que acudir al proceso abreviado de reconocimiento judicial.

Bastaría con que la autoridad judicial especializada (juzgado de pensiones alimentarias) constate de forma sumarísima, si la unión de hecho por la cual se reclama el derecho de alimentos cuenta o no con los requisitos de pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio[16].

Lo antes expuesto ya ha sido contemplado por otras áreas del derecho, tales como la jurisdicción laboral, penal, familia (filiación) y constitucional, abarcando esta última distintas instancias administrativas.

En lo laboral, nuestra Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, ante el cobro de prestaciones salariales por muerte del trabajador, no se requiere el reconocimiento de la unión de hecho en sede de familia para el otorgamiento de las prestaciones laborales que establece el numeral 85 del Código de Trabajo. Mediante el voto 00117-98 de las nueve horas treinta minutos del seis de mayo de mil novecientos noventa y ocho, la Sala Segunda explicó:

> *Como se observa, con facilidad, todos esos hechos ocurrieron cuando ya la legislación civil y, por extensión, la laboral,* ***le había otorgado, a la conviviente de hecho, el derecho a ser causahabiente legítima de su compañero****, en el caso de su fallecimiento, y cuando no era requisito para ello, que su unión fuese reconocida en un proceso abreviado de Familia. En ese entonces y aun cuando la actora planteó este juicio,* ***bastaba con que demostrase, en el procedimiento de consignación respectivo, su calidad de conviviente de hecho, para ser titular del derecho en cuestión****. (Lo resaltado se suple).*

Nótese que la Sala Segunda no exige acreditar el reconocimiento de la unión en sede de familia

para formular el reclamo de las prestaciones laborales, sino que, paralelamente en el mismo proceso donde se reclaman estas, se deben constatar los presupuestos del numeral 242 del Código de Familia.

Nuestra Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha dado un mismo tratamiento, al brindar un ámbito de mayor protección a las mujeres en convivencia de hecho, mediante la aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia Contra la Mujer, sin que para ello se requiera el reconocimiento previo de la unión de hecho en la sede de familia. Al respecto, mediante el voto 2013-01218 de las diez horas y seis minutos del trece de septiembre de dos mil trece, la Sala Tercera explicó:

> *[…]es poco discutible que lo establecido en el Código de Familia (artículos del 242 al 245) acerca de la "unión de hecho" como aquella que es "pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre hombre y mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio […]",* ***no es adecuado para dar contenido conceptual a la unión de hecho mencionada en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres*** *(ley número 8589). Esta puede ser útil y conducente* ***cuando lo que está en controversia o comprometidos son intereses familiares, esencialmente patrimoniales****. En efecto, si se lee esos numerales (sobre todo el 242), al definir la unión de hecho* ***lo hace para establecer que tiene los efectos patrimoniales propios del matrimonio****. Los artículos sucesivos tienen una tónica similar. De manera que* ***no se puede sostener, válidamente, que es esa acepción la que le da contenido tanto al concepto de "unión de hecho" para regular tanto intereses patrimoniales tutelados por la ley de familia, como la que le da contenido a la que regula intereses públicos y primarios tutelados por la ley penal****. (Lo resaltado se suple).*

Como se aprecia, la Sala Tercera enuncia que el contenido del 242 del Código de Familia sirve **esencialmente** para determinar y establecer **reclamos de índole patrimonial**, los cuales no intervienen en el tratamiento ni en el abordaje de esas relaciones familiares en la sede penal.

En la materia de familia, concretamente en los procesos de adopción, en el voto 2001-07521 de las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del primero de agosto de dos mil uno, nuestra Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió que la adopción conjunta procedía tanto para cónyuges como para convivientes y constató para el segundo supuesto en el mismo proceso de adopción los presupuestos del numeral 242 *supra* mencionado, sin que para ello fuera necesario reconocer *a priori* la unión de hecho en el proceso de familia correspondiente. Al respecto, la Sala Constitucional explicó que:

> *En consecuencia,* ***no resulta legítimo negarles la posibilidad de solicitar una adopción conjunta a aquellos convivientes ligados por una unión de hecho, con todos los elementos requeridos en el artículo 242 del Código***

> ***de Familia***, *esto es, que se trate de "la unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio". De manera que el artículo 103 del Código de Familia en cuanto define la adopción conjunta referida únicamente a "los cónyuges" debe comprender también a "los convivientes",* ***siempre y cuando la solicitud sea realizada en forma conjunta por una pareja que reúna los elementos previstos en el comentado artículo 242 del Código de Familia****. (Lo resaltado se suple).*

Es importante destacar que, para nuestra Sala Constitucional, la unión de hecho requiere un tratamiento diferenciado para equiparar el matiz de protección que mantiene el matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico. Lo dicho se refuerza con el criterio reciente en el voto 2019012758 de las nueve horas treinta minutos del doce de julio de dos mil diecinueve, mediante el cual, la misma Sala explicó que:

> *El reconocimiento de la unión de hecho que se solicita para que* ***con él se produzca algún fin o efecto en particular*** *es susceptible de realizarse* ***en distintas sedes judiciales o en otras dependencias del Estado****,* ***según sea el objetivo que se busca con dicho reconocimiento****, y en cada caso* ***ha de ponderarse la razonabilidad y proporcionalidad de los requisitos no esenciales de la relación de convivencia****. Por su propio dinamismo,* ***no siempre es necesario acudir a la vía judicial ni siempre resulta imperativo acudir ante los Juzgados de Familia****. (Lo resaltado se suple).*

Más adelante, en el mismo voto, la Sala Constitucional afirmó **de forma contundente** que:

> *En total, armonía con el concepto de familia del texto constitucional, el artículo 11 del Código de Familia reafirma que el matrimonio es la base esencial de la familia y agrega cuáles son sus características esenciales, al indicar que tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.* ***No es procedente****, en consecuencia, a juicio de esta Sala,* ***hacer distinciones genéricas, desproporcionadas o irrazonables, produciendo con ello una discriminación en razón del estado civil de los convivientes, y mucho menos cuando al tratarse de una relación de hecho, se puede verificar que, al igual que el matrimonio, ésta se caracteriza por la vida en común, la cooperación y el muto auxilio****.* ***Si dos personas cohabitan de forma singular, pública y estable, se está en presencia de una familia, y, por consiguiente, merece protección legal y constitucional****. Lo contrarió implicaría establecer una discriminación contraria a los derechos humanos, contraria al deber del Estado de proteger a la familia y, en este caso en particular,*

> *contraria a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conforme se indicará a continuación*. (Lo resaltado se suple).

Consecuentemente de todo lo que fue transcrito, se puede asumir como obligación de la Administración de Justicia que, al amparo del deber de acceso y tutela judicial efectiva, resulta positiva la procedencia de atender por el fondo –y no con un rechazo de plano– el reclamo alimentario de la mujer que, en convivencia de hecho, exige satisfacer su derecho humano de alimentos por parte de quien –análogamente al matrimonio– está obligado a socorrerla, sin que se le exija a dicha mujer, el reconocimiento judicial previo de dicha unión.

No se pretende insinuar que todos los asuntos formulados por mujeres en convivencia sean necesariamente procedentes, por cuanto, al igual que en los casos de mujeres casadas, se deben verificar la legitimación y la ostentación del derecho reclamado. Por ello, en la propuesta que nos ocupa, se pretende validar ese reclamo a partir de la constatación sumarísima –no el reconocimiento– de que la unión de hecho por la cual deriva ese deber de socorrerse mutuamente trata de una unión pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer[17] que posean aptitud legal para contraer matrimonio.

6. Constatación de los requisitos del 242 del Código de Familia, en la sede alimentaria especializada

A manera de simple recomendación, se considera prudente aplicar los principios procesales que rigen la materia alimentaria en su artículo 2 [18], los cuales refieren concretamente a la **gratuidad, oralidad, celeridad, oficiosidad, verdad real, sencillez, informalidad y sumariedad**, todo esto en equilibrio adecuado con el debido proceso.

En igual sentido, por tratarse de un tema de constatación probatoria, se considera prudente invocar el principio de *favor probationes*[19], por el cual se debe admitir y apreciar la prueba, siempre en favor de esta.

Partiendo de lo anterior como premisa de trámite, mediante probanza idónea, entonces se requieren constatar los presupuestos del numeral 242 del Código de Familia, de que la unión sea pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio.

Dicha constatación puede realizarse en pieza separada –no necesariamente– a través de la producción de algún o algunos medios de prueba que infieran la alta probabilidad de certeza, de que la unión de hecho por la cual una mujer está peticionando alimentos en contra de su conviviente reúne los presupuestos de fondo que la ley establece.

Para ello, se infiere que son admisibles la prueba documental que acredite la libertad de estado de ambas partes, así como la prueba testimonial que

verifique el plazo de tres años y las condiciones de pública, notoria, única y estable.

Recuérdese que solo se trata de una constatación de presupuestos, y que la mujer que formula el proceso alimentario en cuestión tendrá la carga de la prueba.

Recibida y producida la prueba que constate de forma positiva los presupuestos de unión pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, se resolverá de inmediato y por auto fundado el reclamo alimentario, como si fuera interpuesto por una mujer casada en contra de su marido, apreciando para ello las posibilidades y necesidades de una y otra parte.

En caso de que la prueba de constatación no sea positiva, la autoridad judicial tendrá que resolver en auto fundado lo que corresponda, como si alguien incoara un reclamo alimentario contra quien no tiene parentesco por consanguineidad o afinidad.

Hágase notar que la dinámica expuesta se basa en los presupuestos tradicionales de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, por los cuales se otorgan medidas cautelares, de protección, de seguridad, típicas y atípicas en distintas jurisdicciones. Las pensiones alimentarias no escapan a ellos, en el entendido, de que la procedencia del reclamo alimentario obedece al derecho exigible, el cual debe apreciarse desde el inicio mismo del reclamo.

En tal sentido, el Tribunal de Familia[20] ha zanjado ese campo, aludiendo que la fijación de una suma de dinero por concepto de pensión alimentaria –en el escenario de lo provisional– es una medida cautelar, a la cual le asisten los elementos de las precautorias que son la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro de demora (*periculum in mora*), entendiendo tales elementos de las cautelares, de la siguiente manera:

> *[...] Al primero nos referimos cuando puede existir* ***cierto grado de probabilidad de que la pretensión planteada*** *en la demanda* ***puede ser fundada o tiene cierto sustento****. Con el segundo nos referimos al hecho de que* ***el transcurso del tiempo*** *entre la interposición de la demanda y el dictado de la sentencia puede ser tal, que* ***puede causar una lesión grave a lo pretendido [****...]. (Lo resaltado se suple).*

Es importante hacer la consideración de que la constatación de los presupuestos del numeral 242 *supra* mencionado es un mero requisito para valorar si quien acciona tiene la apariencia del buen derecho reclamado, quedando para la posible fijación provisional de alimentos (la cual podría reservarse para otro momento), la ponderación del peligro de la demora, así como las circunstancias de necesidades y las posibilidades de ambas partes.

Con este abordaje procesal, se pretende brindar a la persona usuaria –mujer en unión de hecho– un mayor espectro de protección, por el cual, su reclamo al derecho fundamental de alimentos pueda ser tutelado.

7. Respaldo procesal al tenor del Código Procesal de Familia

En un gran esfuerzo de la jurisdicción de familia (entendida esta como la comprendida en el derecho de familia, niñez, pensiones alimentarias y violencia doméstica), recientemente se ha promulgado el Código Procesal de Familia, el cual, bajo la Ley N.º 9747, establece los parámetros y presupuestos procesales familiaristas que deben imperar en el derecho familiar.

De acuerdo con el interés de este artículo, considero importante recurrir a los principios rectores de la normativa procesal especializada, para reforzar el criterio ya expuesto, sobre la procedencia de tutelar el reclamo alimentario de una mujer que, estando en unión libre, demande contra su conviviente, alimentos, aun cuando esa unión no esté reconocida judicialmente.

En tal sentido, es importante destacar que, en el párrafo segundo del artículo 2 del Código Procesal de Familia, se establece de forma contundente que se deben potenciar "***las normas y los principios del derecho de fondo sobre los procesales***". Esto quiere indicar que el proceso como tal no puede ni debe servir de obstáculo para la tutela del derecho sustantivo reclamado por el fondo. Por ende, si lo pretendido con el reclamo alimentario es precisamente la tutela de un derecho humano, es importante destacar que, el procedimiento como tal, debe advertir distintos escenarios que a la postre brinden esa tutela judicial efectiva, sin que por sí mismo, contravenga los alcances de una justicia pronta y cumplida, requerida por el numeral 41 constitucional.

Aunado a lo expuesto y atendiendo las *Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, se debe destacar que el solo hecho de ser mujer, ya debe considerarse como una condición de vulnerabilidad, por lo cual, el tratamiento al acceso de justicia debe ser diferenciado, acorde con sus necesidades y manteniendo un estrecho ligamen a la flexibilidad procesal que ilustra el mismo Código Procesal de Familia en su artículo 8, cuando establece que:

> ***En todo procedimiento familiar se deberá garantizar que*** *las personas menores de edad, las personas con discapacidad y* ***otras poblaciones vulneradas tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás personas, mediante ajustes de procedimiento adecuados*** *a la edad, a las capacidades y las condiciones de vulnerabilidad, formas alternativas de comunicación, incluidas la interpretación en lesco y lenguas indígenas, según se presenten, para facilitar el desempeño de personas sordas y personas indígenas, y otras, como participaciones directas e indirectas, incluida la declaración como testigos* ***en todos los procedimientos judiciales, en todas las etapas del proceso****. (Lo resaltado se suple).*

Esos "ajustes de procedimiento adecuados" son precisamente los que se pretenden exponer en este artículo, donde, a partir del derecho de fondo aplicable, la forma tenga otro matiz que resguarde

y tutele el derecho de percibir alimentos a quien, por su condición de género, mantiene una condición de vulnerabilidad, según establecen los párrafos 17 y 18 de las Reglas de Brasilia antes mencionadas, incorporadas al derecho interno desde marzo de 2008, el cual dicta:

> *(17) La **discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia**, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna **otra causa de vulnerabilidad**.*
>
> *(18) Se **entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo** que tenga por objeto o resultado **menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer**, **independientemente de su estado civil**, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil **o en cualquier otra esfera**.* (Lo resaltado se suple).

Considero más que evidente que la normativa procesal especializada ahonda en la necesidad de propiciar ajustes procesales por los cuales se tutele de forma efectiva el derecho sustantivo accionado. En lo que nos interesa, se trata de un derecho constitucional que protege la vida, la salud, la dignidad y la integridad de las personas usuarias.

Acorde con el Código Procesal de Familia, nótese que ahora está positivizado el deber de la persona juzgadora de "***integrar el procedimiento*** *en aquellos casos en los cuales no hay norma para el caso concreto,* ***respetando*** *las garantías del debido proceso,* ***el ejercicio legítimo de la tutela judicial*** *y, en general, los principios que rigen la materia*", según lo establece el inciso 7) del artículo 31 del citado cuerpo legal. Por eso, se evidencia la rigurosidad del empleo de la efectivización de los derechos transversales en los procesos de la jurisdicción familiar, el cual se rige con el particular esmero de los derechos humanos de personas en situación de vulnerabilidad, contenidos en la normativa nacional, internacional y sus principios. (Ver al respecto el artículo 7 del Código Procesal de Familia).

De acuerdo con ese cuerpo legal, haciendo eco de la otrora Ley de Pensiones Alimentarias, es necesario destacar que, a partir de los numerales 257 y 258 del Código Procesal de Familia, se establece de forma concisa que el ámbito de aplicación de las pretensiones alimentarias deriva de las relaciones familiares (artículo 257) y, que para integrar los procedimientos de esas pretensiones, se debe aplicar la normativa procesal junto con las situaciones de hecho que se deberán interpretar bajo los principios de informalidad, oficiosidad, sencillez y sumariedad (artículo 258).

Por todo lo expuesto, considero que desde antes, pero ahora con la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia, se potencia aún más la procedencia del reclamo alimentario de la mujer que, en convivencia, peticione alimentos para sí misma, cumpliendo los presupuestos del 242 del Código de Familia, sin tener que acudir al

reconocimiento judicial de dicha convivencia, ya que esta puede/debe ser constatada en la sede alimentaria especializada.

8. Conclusiones

Evidentemente, la única conclusión posible acorde con todo lo transcrito, expuesto y razonado es que el reclamo de alimentos por parte de una mujer en unión de hecho, en contra de su conviviente, no puede rechazarse de plano ante la falta del reconocimiento judicial de dicha unión en la sede de familia, sino que, para hacer efectivo el deber de protección a los diferentes tipos de familias, en garantía del deber de igualdad y no discriminación que impone el bloque convencional del ***soft law*** y ***hard law*** de los derechos humanos de las mujeres, se deben brindar un real acceso y una tutela efectiva del derecho reclamado, flexibilizando la forma de los preceptos legales del reclamo alimentario, a partir de la constatación –y no del reconocimiento– de los requisitos impuestos por el numeral 242 del Código de Familia, a la unión de hecho, sea pues pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio.

Lo anterior tiene respaldo constitucional a través de la tutela judicial efectiva (artículo 41 Constitucional), así como la norma especializada procesal en sus numerales 2, 7, 8 y 31, inciso 7 del Código Procesal de Familia, el cual potencia esa tutela judicial efectiva, a través de la visión de los derechos humanos.

Acorde con el numeral 1 de la otrora Ley de Pensiones Alimentarias y los artículos 257 y 258 del Código Procesal de Familia, se debe tomar en cuenta que la materia de alimentos **es la competente para resolver lo concerniente a la prestación alimentaria derivada de las relaciones familiares**, lo cual evoca de forma categórica la aplicación y el alcance del numeral 245 del Código de Familia en materia alimentaria.

Consecuentemente, al tenor del artículo 2 de la ley mencionada y 246 del Código Procesal también citado, se sugiere integrar los procedimientos con los principios y las normas conexas establecidas en tratados, convenios o convenciones internacionales, los cuales, tienen valor supra legal y son aplicables a los casos referidos.

Es importante destacar que otras ramas del derecho han brindado una tutela judicial efectiva de derechos a las mujeres en convivencia de hecho, sin que para ello, sea requisito ***sine qua non*** el reconocimiento de la unión de hecho, mediante proceso abreviado ante el juzgado de familia correspondiente. Sirva lo expuesto para consolidar el criterio de que ese reconocimiento judicial es para establecer –específicamente– los efectos patrimoniales derivados de la unión de hecho.

Por último, me parece muy importante hacer mención de que el **acceso a la justicia** y la **independencia judicial** **son derechos de las personas usuarias de la Administración de Justicia** **y no son** **un obstáculo** para brindar una tutela judicial efectiva de esta.

9. Bibliografía

Normativa

- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Convención de la CEDAW
- Convención Belém do Pará
- Constitución Política
- Código de Familia
- Código Civil
- Ley de Pensiones Alimentarias
- Ley Orgánica del Poder Judicial
- Código Procesal de Familia
- Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de Las Personas en Condición de Vulnerabilidad

Sentencias

Sala Constitucional:

- Resolución 2006-7262 de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006.
- Resolución 2017-00640 de las 11:30 horas del 19 de enero de 2017.
- Resolución 9974-05 de las 11:14 horas del 29 de julio de 2005.
- Resolución 1151-94 de las 15:30 horas del 1 de marzo de 1994.
- Resolución 2001-07521 de las 14:54 horas del 1 de agosto de 2001.
- Resolución 2019012758 de las 09:30 horas del 12 de julio de 2019.
- Resolución 2018012782 de las 17:45 horas del 8 de agosto de 2018.

Sala Segunda:

- Resolución 00117-98 de las 09:30 horas del 6 de mayo de 1998.

Sala Tercera:

- Resolución 2013-01218 de las 10:06 horas del 13 de septiembre de 2013.

Tribunal de Familia:

- Voto 497-2013 de las 15:22 horas del 19 de junio de 2013.
- Voto 151-2018 de las 9:46 horas del 4 abril de 2018.
- Voto 222-2015 de las 15:20 horas del 3 de marzo de 2015.
- Voto 1286 de las 9:20 horas del 13 de septiembre de 2010.

Documentos:

- Cabanellas, Guillermo. (1981). Diccionario enciclopédico de derecho usual, pp. 569 y 570. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S. R. L., 17º. Edición, Tomo II.

- Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, supra, párr. 81 y caso Duque vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de febrero de 2016. Serie C n.° 310, párr. 90.

- Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General n.° 18, HRI/GEN/1Rev.2., párrs. 7 al 13.

- Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 122, párrs. 69 y 70. Ver asimismo: T.E.D.H., Caso Keegan vs. Irlanda, (n.° 16969/90), sentencia del 26 de mayo de 1994, párr. 44, y Caso Kroon y otros vs. Países Bajos, (n.° 18535/91), sentencia del 27 de octubre de 1994, párr. 30.

- Osorio, Manuel. (1989). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, p. 294, Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Notas

1 *Desde la celebración del matrimonio.*

2 *Ley N.º 6968 del 2 de octubre de 1984.*

3 *De conformidad con los numerales 33, 34 y 35 del Código de Familia, se puede afirmar que el matrimonio surte efectos desde su celebración (art. 33). Uno de sus efectos es la obligación de los esposos en socorrerse mutuamente (art. 34), y es el esposo el principal obligado de la familia (art.35).*

4 *A saber: pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer (por ahora y entre personas del mismo sexo a partir de mayo 2020) que posean aptitud legal para contraer matrimonio.*

5 *La discriminación por resultado puede generarse no solo por tratar a personas iguales de forma distinta o por ofrecer igual tratamiento a personas que están en situaciones diferentes, sino que también puede ocurrir de manera indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral ubica a un grupo social específico en clara desventaja frente al resto. (Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, supra, párr. 81, y caso Duque vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de febrero de 2016, serie c n.° 310, párr. 90).*

6 *a partir del cual –en la solución de los conflictos sometidos a la Administración de Justicia– debe privar aquel criterio interpretativo que, basado en la heterointegración o en la autointegración, facilite la solución de controversias y la superación de aparentes lagunas jurídicas, según resolución número 2017-00640 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dictada a las once horas y treinta minutos del diecinueve de enero de dos mil diecisiete.*

7 *Leer al respecto el voto n.º 2006-7262 de la Sala Constitucional, de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006.*

8 *Consultar al respecto el voto 497-2013 de las 15:22 horas del 19 de junio de 2013, reafirmado –también– por el voto 151-2018 de las nueve horas y cuarenta y seis minutos del cuatro de abril de dos mil dieciocho.*

9 *Sentencia n.° 9974-05.*

10 *Del artículo 33 de la Constitución*

11 *Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General n.° 18, HRI/GEN/1Rev.2., párrs. 7 al 13.*

12 *Osorio, Manuel. (1989). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, p. 294. Editorial Heliasta, Buenos Aires.*

13 *Cabanellas, Guillermo. (1981). Diccionario enciclopédico de derecho usual, pp. 569 y 570. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 17º. Edición, Tomo III.*

14 *Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 122, párrs. 69 y 70. Ver asimismo: T.E.D.H., caso Keegan Vs. Irlanda, (n.°16969/90). Sentencia del 26 de mayo de 1994, párr. 44, y Caso Kroon y otros vs. Países Bajos, (n.° 18535/91). Sentencia del 27 de octubre de 1994, párr. 30.*

15 *Deberá entenderse donde dice Estado que se refiere a la persona juzgadora que conoce del proceso judicial bajo su conocimiento.*

16 *Este último requisito tendrá que dimensionarse con el alcance de la inconstitucionalidad del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, dictaminado por la Sala Constitucional en agosto de 2018.*

17 *Como se indicó antes, en cuanto a la convivencia entre hombre y mujer, esto cambiará a partir del mes de mayo de 2020, por los alcances del voto n.º 2018012782 de las diecisiete horas y cuarenta y cinco minutos del ocho de agosto de dos mil dieciocho, de la Sala Constitucional, el cual declaró inconstitucional el inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia, en una interpretación hermenéutica del derecho aplicable.*

18 *Ley de Pensiones Alimentarias N.° 7654 y artículo 258 del Código Procesal de Familia*

19 *El Tribunal de Familia ha señalado de forma reiterada que "en palabras del procesalista argentino Jorge Luis Kielmanovich, "supone que en casos de duda en torno a la producción, admisión, conducencia o eficacia de la prueba habrá de estarse por un criterio amplio en favor de ella, de suerte que debe preferirse la apertura a prueba de la causa antes que una declaración de puro derecho". (Voto 222-2015 de las quince horas y veinte minutos del tres de marzo de dos mil quince).*

20 *Voto n.° 1286 de las 09:20 horas del 13 de septiembre de 2010.*

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 177-198 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

PROPUESTAS SOBRE EL ARRESTO DOMICILIARIO CON MONITOREO ELECTRÓNICO: APLICACIÓN, PERMISOS DE SALIDA Y REVOCATORIA

Lic. Felipe Ortega Monge*
fortegam24@hotmail.com.

RESUMEN

La vigencia de los artículos 57 bis y 186 bis del Código Penal y Procesal Penal respectivamente ha resultado polémica, en tanto, más allá de los límites establecidos taxativamente en ellos, no se han definido los límites constitucionales y legales que dan sentido a la aplicación de la pena. Este trabajo define, mediante un análisis de proporcionalidad, cuáles son los parámetros que se deben respetar, tanto a la hora de su aplicación como en el análisis de una posible revocatoria.

Palabras clave: Monitoreo electrónico, teorías de la pena, proporcionalidad, revocatoria, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The validity of articles 57 bis of the "Código Penal" and 186 bis of the "Código Procesal Penal" has been controversial, since the constitutional and legal limits that give meaning to the application of the penalty have not been defined. This work defines, through an analysis of proportionality, what are the parameters that must be respected, both at the time of its application, and in the analysis of a revocation.

Keywords: Electronic monitoring, theories of penalty, proportionality, revocation, fundamental rights.

Recibido 20 de agosto de 2019 Aceptado 27 de febrero de 2020

*Felipe Ortega Monge, licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Técnico jurídico en la Fiscalía Adjunta de Ejecución de la Pena. Correo electrónico: fortegam24@hotmail.com.

SUMARIO I- Introducción. II- Imposición. III- Permisos de salida. VI- Propuesta para el trámite de un incumplimiento. V- Conclusión. VI- Referencias bibliográficas.

I. Introducción

El arresto domiciliario con monitoreo electrónico es una medida que ha buscado convertirse en una propuesta capaz de disminuir los problemas de hacinamiento que se viven en el Sistema Penitenciario Nacional, así como ser un medio efectivo para el cumplimiento de la pena. Por medio de los artículos 57 bis del Código Penal y 486 bis del Código Procesal Penal, se establecieron los límites de su aplicación.

Sin embargo, en la práctica, no ha quedado claro a qué objetivos obedecen tales requisitos, lo que ha generado que no exista claridad sobre cuándo procede o no su aplicación. De igual manera, la ley no contempla un procedimiento definido para el trámite de su posible revocatoria, por lo que en la práctica, se ha terminado por aplicar métodos diversos y experimentales que no han logrado satisfacer las necesidades judiciales.

Este trabajo es una propuesta para, en primer lugar, definir un método interpretativo, más allá de los requisitos formales, con el cual se pueda definir en qué casos procede en primera instancia aplicar o no la sustitución; en segundo lugar, establecer los parámetros para otorgar permisos de salida, y por último, delimitar un procedimiento mediante el cual se tramite el conocimiento de los incumplimientos en los juzgados de ejecución de la pena.

II. Imposición

Los problemas que se han generado en cuanto a la implementación del arresto domiciliario con monitoreo electrónico surgen desde la imposición misma de la sustitución, debido a que, en la práctica, se ha pasado por alto que su aplicación debe ir dirigida al cumplimiento de los objetivos que tiene la pena. No basta con que la normativa permita la aplicación del arresto domiciliario con monitoreo electrónico, pues, por mandato constitucional y legal, hay elementos materiales que deben ser protegidos en cualquiera de sus modalidades[1].

Estos elementos se pueden deducir de los objetivos o fines de la pena que ampara nuestro sistema. Es decir, en la pena, tanto la persona juzgadora como el Ministerio de Justicia tienen el deber de cumplir con las normas programáticas o constitucionales que dan cabida a la implementación de la pena y, específicamente, al arresto domiciliario con monitoreo electrónico.

Haciendo una comparación con la etapa preparatoria del proceso penal, en la que, las medidas cautelares se aplican con el fin de paliar peligros que pueden vulnerar la culminación del proceso (como fin primordial), debe aplicarse la medida sustitutiva con monitoreo electrónico de acuerdo con los fines de la pena.

En este entendido y en el conocimiento de que nuestro sistema se caracteriza por cumplir con variados objetivos, es importante señalar cuáles de estos son imprescindibles a la hora de aplicarle la pena a una persona y, específicamente, sobre el sustitutivo en estudio, pues estos resultarán ser

el límite de proporcionalidad al que la persona juzgadora debe apegarse a la hora de aplicar, otorgar permisos y revocar el arresto domiciliario con monitoreo electrónico. Consideramos que las dos teorías sobre las que se basa nuestro sistema y sobre las que tienen que fundarse los límites son las siguientes:

a. Teoría de la prevención especial negativa2: de este fin de la pena, se puede derivar el deber de custodia y vigilancia que tiene el sistema penitenciario. Si bien cada uno de los niveles penitenciarios y modalidades de la pena ofrecen un margen menor o mayor de esta custodia y vigilancia, estas no pueden desvanecerse completamente. Además, depende de cada caso concreto la intensidad de esta custodia y vigilancia. Este objetivo resulta fundamental, en cuanto pretende asegurar que, al menos cuando el sujeto se encuentre cumpliendo la pena, no cometerá más delitos. Dentro de la aplicación del monitoreo electrónico, esto exige una respuesta rápida y eficaz ante la posible reincidencia o fuga del privado de libertad. Otra arista de este ítem está relacionado con el aspecto victimológico, por el cual, mediante la inocuización del condenado, se pretende mermar el conflicto que dio origen a la pena, protegiendo directamente a las víctimas del delito. Es decir, que no se puede devolver el conflicto directamente al entorno social en que se originó.

b. Teoría de la prevención especial positiva: de esta teoría se deriva el objetivo resocializador o rehabilitador de la pena, por el cual se pretende, mediante la atención técnica en variadas disciplinas, una persuasión en cuanto a la adaptación de las conductas del sujeto de las normas básicas y, generalmente, vinculantes que rigen una sociedad[3]. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos han establecido:

> El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Solo se alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y satisfacer sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo[4].

Si bien la Sala Constitucional ha reconocido también el fin retributivo de la pena, ha expresado que tal retribución *"no se traduce en reproche o venganza; sus fines son 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"*[5].

Nuestro sistema ha pretendido evitar la simple indemnización a la víctima por el daño producido, como exclusivo motivo de la pena, por lo que debe quedar claro que, con la mera custodia y vigilancia del privado de libertad (teoría de la prevención especial negativa), sea por medio de la privación de libertad en un centro institucional o mediante la vigilancia electrónica, sin tener en cuenta el objetivo de la rehabilitación (teoría de la prevención especial positiva), estamos en frente de una pena exclusivamente vengativa. En sentido contrario, si no existe custodia ni

vigilancia en el cumplimiento de la pena, lo que resultaría es un desentendimiento de la pena, reduciéndola a un absurdo[6].

Sobre esto, los autores Claus Roxin y Gunther Arzt expresan, con base en lo dicho por Franz Von Listz, que la teoría de la prevención especial se cumple desde un triple modo:

1. Asegurar a la comunidad mediante el internamiento del reo, es decir, la inocuización del delincuente consuetudinario que no puede ser intimidado, ni tratado.

2. La pena intimida al autor respecto de la comisión de nuevos delitos, es decir, la intimidación del autor meramente ocasional.

3. A través de la mejora del reo se evita su reincidencia, de aquellos susceptibles de mejoramiento[7].

En nuestra opinión, para que la pena se cumpla efectivamente y se respeten sus límites legales y constitucionales, debe aplicarse con miras en estos objetivos, tanto de custodia y vigilancia, como de rehabilitación.

Así, el mismo cuerpo normativo referente al monitoreo electrónico fija su interés en la protección de ambos objetivos. Por ejemplo, el artículo 57 bis del Código Penal señala como finalidad *"la reinserción social de la persona sentenciada con base en las condiciones personales y sociales reguladas para la fijación de la pena"*. De igual manera, expresa que las autoridades *"promoverán la educación virtual a distancia mediante el uso del internet"*.

Se evidencia con ello, en primera instancia, el interés rehabilitador que debe cumplir el arresto domiciliario con monitoreo electrónico, con base en una efectiva atención técnica a la persona privada de libertad.

Por otro lado, con respecto a la debida custodia y vigilancia, el mismo artículo expresa, al mencionar la condición cuarta de su otorgamiento, que su imposición *"no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena"*. Posteriormente, en su último párrafo, establece la obligación del imputado de *"no alterar, no dañar, ni desprenderse del dispositivo, reportar cualquier falla o alteración involuntaria y acatar las condiciones impuestas",* con el fin evidente de mantener el control sobre la custodia del condenado.

Por último, el artículo 186 bis del Código Procesal Penal dispone que *"el juez podrá ordenar las condiciones que aseguren el cumplimiento de la pena ordenando su ubicación en el programa que defina el Ministerio de Justicia y Paz, a fin de asegurar el cumplimiento del plan de ejecución y atención técnica, y obligaciones de cumplimiento",* cuya redacción ampara tanto los objetivos de resocialización como de custodia y vigilancia.

En cuanto al Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional, referente al objetivo resocializador de la pena, se limita a establecer, en su artículo 416, que la *"atención de las personas usuarias de un mecanismo electrónico es competencia de la Unidad de Atención a Personas Sujetas a Monitoreo con Dispositivos Electrónicos de la Dirección General de Adaptación Social. Para*

ello, la Administración dotará a dicha unidad del personal profesional, técnico y administrativo necesario".

De esta forma, se refleja el interés por regular la correcta aplicación de métodos tendientes a la resocialización, razón por la que se traslada todo lo relacionado a la atención técnica del resto de las modalidades de la pena, a la del sustitutivo arresto domiciliario con monitoreo electrónico, siendo necesario concordar con los artículos 2, 136, 149, 165, 164, 166, del citado reglamento.

En cuanto a la custodia y vigilancia, en su numeral 415, el reglamento define a los mecanismos electrónicos como *"sistemas, dispositivos o aparatos de vigilancia que permiten monitorear telemáticamente la ubicación y movimiento de personas sujetas a esta medida"*. Así mismo, en el artículo 422, se establece la obligación de todos los cuerpos policiales de colaborar en casos de incumplimiento injustificado.

Para terminar con el cuerpo normativo, es importante mencionar la definición que da el artículo 57 bis acerca de la sustitución, de la cual se pueden extraer claramente los fines de la sanción, al decir que esta deberá *"promover la inserción social de la persona sentenciada con base en las condiciones personales y sociales reguladas para la fijación de la pena",* y que a la vez, *"obliga a la persona a permanecer en su domicilio en las condiciones, días y horarios que establezca el tribunal en sentencia o el juzgado de ejecución de la pena"*.

Sobre la importancia de aplicar la pena con miras en los objetivos antes expuestos, el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José ha señalado lo siguiente:

> *No puede desconocerse que el momento de dimensionar el reproche, cuando se ha determinado la responsabilidad penal de una persona –necesaria demostración de culpabilidad, del artículo 39 constitucional- es el más sensible del ejercicio del poder represivo del Estado, porque define cuál será la restricción a los derechos fundamentales del condenado –la libertad prioritariamente, por la preferencia de las legislaciones por la pena de prisión- y cuál su "dosificación". Conviene tener presente, entonces, cuando se valora cómo los juzgadores materializan ese poder, los fines que al menos formalmente se asignan a la pena […]*[8].

De los extractos anteriores, queda como evidencia que la normativa atinente al sustitutivo en estudio toma en cuenta los objetivos planteados. A partir de ellos, toma importancia el llamado principio de proporcionalidad, el cual resulta un elemento de importancia en todas las fases del proceso penal, y,,ciertamente, no puede obviarse en la etapa de ejecución de la pena. Desde la etapa investigativa, la imposición de medidas cautelares, la etapa intermedia y de juicio, se establece una serie de presupuestos formales que limitan el actuar judicial. Sin embargo, además de ellos, se instituye el llamado requisito de proporcionalidad, como un límite de constitucionalidad ante la aplicación de una norma. Sobre este principio, Raúl Carnelvali y Hernán Fuentes Cubillo expresan:

> *[…] el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi*[9].

La proporcionalidad es un requisito de fondo, del cual se extrae que, en las etapas preparatoria, intermedia y de juicio, por el estado en que se encuentra el procesado, debe prevalecer el principio de presunción de inocencia, como rector de todas las actuaciones. De tal manera, previo a la condena, la reclusión de un imputado debe ser vista como excepción, no solo atendiendo a los límites formales que impone la ley, sino a que la medida no sea desproporcionada, desde el punto de vista constitucional. Según expresa Llobet: *"El principio de proporcionalidad en sentido amplio, conforme al desarrollo realizado por la jurisprudencia alemana, se divide en tres principios: a) necesidad, b) idoneidad, y c) proporcionalidad en sentido estricto"*[10].

Ese carácter excepcional del encierro en etapas en donde el imputado se mantiene inocente, se toma como inspiración para ser aplicada en la medida sustitutiva de arresto domiciliario con monitoreo electrónico. Por tanto, tal como la privación de libertad es excepcional en la etapa de investigación y juicio, la aplicación del arresto domiciliario con monitoreo electrónico en la etapa de ejecución de la pena lo es igualmente, y no basta pues que se den los requisitos formales, sino que se debe valorar el requisito de proporcionalidad con respecto a los fines de la pena, tanto de custodia y vigilancia, como de rehabilitación, para poder imponerlo[11].

De tal modo, aunque formalmente apareciera como procedente la medida sustitutiva, se debe valorar si es del todo "necesaria"," idónea" y "proporcional en sentido estricto", así como, si en el caso particular, se cumpliría efectivamente con los fines de la pena. A continuación, se hará un pequeño esbozo de los principios expuestos, adaptados a la sustitución de la pena:

a. Necesidad: entendiendo que los artículos 57 bis y 486 bis del Código Penal y Procesal Penal, respectivamente, gozan de cierta autonomía, debe explicarse separadamente los alcances para cada uno de ellos:
    1. Desde el punto de vista del artículo 57 bis del Código Penal, tal principio se refleja en la necesidad de parte del imputado de volver al entorno social, puesto que su plan de atención técnica amerita que el condenado sea reinsertado paulatinamente, puesto que el encierro en un centro institucional no es capaz de ofrecerle nada más.
    2. En cuanto al artículo 186 bis del Código Procesal Penal, esta necesidad se dirigirá hacia el presupuesto por el cual se sustituye la pena. Así, con respecto al inciso primero, deberá demostrarse que es

verdaderamente necesaria la sustitución cuando, por ejemplo, el embarazo no pueda ser tratado debidamente en prisión, su hijo o hija menor de doce años o familiar con enfermedad grave no pueda ser atendido de otra manera o por otra persona. Cuando una persona mayor de setenta y cinco años no pueda ser debidamente atendida por el centro penal. Cuando el tratamiento sea de imposible aplicación en el centro institucional. Cuando resulte imposible para el sistema penal resguardar el principio de humanidad.

B. Idoneidad: no solo basta con que la medida sea necesaria, debe resultar igualmente idónea. De igual manera, las condiciones de idoneidad varían dependiendo del artículo en estudio.
   1. En cuanto al artículo 57 bis, este principio se dirige a constatar que verdaderamente la pena, mediante la aplicación del sustitutivo, cumplirá con los fines impuestos, por lo que, para el caso particular, se pueda verificar que habrá una efectiva custodia y vigilancia del privado de libertad, así como que, en esta modalidad, se le podrá brindar la respectiva atención técnica, con miras en la rehabilitación. Si alguno de estos ítems no se cumple, entonces la sustitución no será idónea para el cumplimiento de la pena.
   2. Desde el punto de vista del 486 bis, además de tener en cuenta lo atinente al artículo 57 bis, la medida sustitutiva deberá ser idónea en cuanto al objetivo de al menos menguar la circunstancia de vulnerabilidad que dio origen a la sustitución. Por ejemplo, no se debe otorgar si el embarazo no puede ser tratado de mejor manera mediante la sustitución que como lo sería dentro del centro penal.

c. Proporcional en sentido estricto: lo que cabe preguntarse referente a este principio es si el beneficio es excesivamente precipitado con respecto al reproche y las condiciones del delito para cada caso concreto. Con respecto a ello, el Tribunal de Casación Penal de Cartago reconoció que la pena tiene un fin preventivo general especial, el cual se basa en la necesidad de mantener el *"orden jurídico como una condición fundamental para la convivencia humana, en la comunidad"*. Luego, citando a Jescheck, expresa:

> *Bien ha puntualizado la doctrina al indicar que el […] poder del Estado se aniquilaría por sí mismo, si no tuviera fuerza suficiente para impedir que las infracciones jurídicas intolerables se afirmaran abiertamente. Sin la pena el ordenamiento jurídico dejaría de ser un orden coactivo y quedaría rebajado al nivel de una simple recomendación no vinculante. La fuerza como expresión de la coacción jurídica, forma parte de toda una comunidad basada en las normas jurídicas (justificación jurídica política de la pena). La pena es además necesaria para satisfacer la sed de justicia de la comunidad. Una convivencia humana pacifica sería imposible, si el Estado*

> *se limitara simplemente a defenderse de los delitos cuya comisión fuera inminente y pretendiera, tanto de la víctima como de la generalidad, que aceptaran el delito cometido y vivieran con el delincuente como si no hubiera pasado nada (Jescheck, 1978. p. 90[12]).*

Esto no quiere decir que el actuar del Estado se aboca a lo que dicte el clamor popular o específicamente de las víctimas, en cambio, se busca, mediante la efectividad de las normas, lograr la imposición del orden jurídico.

Estees,precisamente,ellímitedeproporcionalidad, ya que el otorgamiento prematuro de beneficios, sustituciones o libertades anticipadas debilita el orden coactivo del Estado, que, de previo, ha establecido consecuencias punitivas al actuar contrario a las normas. La aplicación de estos institutos debe fijarse, más allá de los límites de la ley, parámetros de razonabilidad, de modo que no terminen por diluir la pena y, en consecuencia, devolver el conflicto a las partes.

El análisis del reproche no solo debe ser una variable que determine el *quantum* de la pena, sino que debe influir con respecto a las sustituciones que se hagan a favor del privado de libertad, esto sopesado con el grado de beneficios que le traerá el instituto aplicado. De tal manera, la intensidad del beneficio por aplicar debe verse con respecto al reproche que se deduce de cada caso concreto, tomando en cuenta tanto el acontecer del delito, como el comportamiento anterior y posterior a este. Igualmente, deben analizarse separadamente los alcances de la proporcionalidad en sentido estricto para cada artículo:

1. Si bien el artículo 57 bis, impone como límite *"que la pena no supere los seis años de prisión"*, debe valorarse todas las circunstancias que han rodeado el caso concreto, así como tener en cuenta el reproche, siempre dentro del margen de los seis años de prisión. Debe hacerse un análisis de culpabilidad, tal como se hace para la imposición misma del quantum de la pena.[13].

2. A pesar de que la idoneidad y la necesidad se cumplan, como parámetros para las condiciones del artículo 486 bis, deben valorarse las condiciones en las cuales se dio el caso particular, así como el monto de la condena que se encuentra cumpliendo el privado de libertad. Es decir, los casos de vulnerabilidad del privado de libertad y las condiciones humanitarias deben sopesarse con la gravedad del delito cometido y la pena que se haya impuesto.

En nuestra opinión, estos criterios dan formalidad y sentido a la práctica judicial, de modo que dan sustento, tanto a su otorgamiento como a su denegatoria. La misma Sala Constitucional ha fijado tanto la importancia del principio de culpabilidad como del de proporcionalidad al expresar:

> **[…]** *En la aplicación de las sanciones penales debe respetarse tanto el principio de culpabilidad, que encuentra su fundamento en el artículo 39 de la Constitución Política, como el principio de proporcionalidad. En este sentido, la gravedad del delito y la culpa del actor deben estar en una relación razonable*

> *con la pena que se impone. En este sentido, debe existir una concordancia material entre los elementos de hecho encuadrados en el supuesto normativo y la consecuencia jurídica […]. (El subrayado es nuestro)*[14].

Tal rigurosidad no intenta ignorar los problemas de vulnerabilidad o de humanidad que obviamente se sufren en el sistema penitenciario nacional, en cambio, lo que se pretende es buscar medios alternativos que puedan paliar o resolver los inconvenientes de la privación de libertad sin desconocer los objetivos de la pena.

El sistema cuenta con distintas alternativas en respuesta de los casos que, a pesar de cumplir con los requisitos formales, puedan ser considerados desproporcionales. Así, por ejemplo, para los casos del artículo 57 bis, el juez puede recomendar la ubicación del condenado en un centro de atención semiinstitucional[15], en el cual se aseguren una mayor custodia y más efectiva atención técnica, mediante un régimen de menor contención. Otra alternativa podría ser la recomendación de ubicar al condenado en la Unidad de Atención Integral[16], en casos en que la institucionalización del privado de libertad sea necesaria, al menos por un período de la condena.

Además, tanto los centros de atención semiinstitucional, como la Unidad de Atención Integral pueden verse como una alternativa para aquellos condenados que no cuenten con una oferta laboral[17], con domicilio fijo[18] o aquellos que, por su localización demográfica, no puedan ser efectivamente monitoreados[19] o formar parte de una efectiva atención técnica.

En cuanto a los supuestos establecidos en el artículo 486 bis, el mismo sistema penitenciario ofrece alternativas para dar respuesta a estos casos, en los que se considere que la medida, a pesar de cumplir con los requisitos, es desproporcional.

Así, en caso de embarazo, se puede ordenar la ubicación de la mujer en el pabellón especializado del Centro Vilma Curling, con el fin de brindarle la debida atención del embarazo. Igualmente, la ubicación en centros semiinstitucionales puede ser una alternativa para que el condenado brinde cuidado al familiar con discapacidad o enfermedad grave, así como la aplicación de un incidente de ejecución diferida.

Con respecto al supuesto dos del 486 bis, el Sistema Penitenciario cuenta con un centro especializado para la atención al adulto mayor. Para los casos de enfermedades, como alternativa, existe el incidente de enfermedad, así como la posibilidad de reubicación dentro del sistema penitenciario, igualmente con respecto a las condiciones de humanidad a las que se refiere el quinto supuesto.

Estas medidas pueden ser tomadas en cuenta, de igual manera, cuando el sistema mismo no pueda ofrecer los medios para cumplir con los deberes de custodia, vigilancia y rehabilitación mediante la atención técnica, tal como sucedió al inicio de su promulgación, cuando el Estado no contaba aún con los dispositivos electrónicos.

A modo de conclusión, podemos decir que, para el otorgamiento del arresto domiciliario con monitoreo electrónico, no solo es necesario que se cumpla con los requisitos formales que impone

la ley, sino que es necesario que se cumpla con los requisitos sustanciales atinentes a los fines de la pena que imponen los artículos 57 del Código Penal y 39 de la Constitución Política. Así mismo, como derivación de tales principios, que exista proporcionalidad en la aplicación de la medida, respecto a los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

III. Permisos de salida

El otorgamiento de los permisos tiene su fundamento en los mismos artículos 57 bis y 486 bis, al expresar que *"el juez competente podrá autorizar salidas restringidas por razones laborales, salud, educación u obligaciones familiares, previo informe rendido por el Instituto Nacional de Criminología"* y que *"podrá otorgar los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto u obligaciones adquiridas en relación con el cuidado de los hijos menores a su cargo o personas con discapacidad o dependientes, asegurándose el monitoreo permanente",* respectivamente.

Vale señalar que las autorizaciones de salida varían sustancialmente dependiendo del artículo que se aplique. Aparentemente, el artículo 486 bis dirige las autorizaciones simplemente a las circunstancias que le dan origen a la aplicación del sustitutivo; en cambio, las del 57 bis son más abiertas.

En nuestro criterio, se debe interpretar que los supuestos de salidas restringidas que enumera el artículo 57 bis deben ser aplicadas igualmente al 486 bis, ya que el arresto domiciliario tiene los mismos efectos y genera las mismas obligaciones, independientemente del artículo aplicado. Por supuesto que, en caso de enfermedad grave por parte del condenado sería ilusorio otorgar un permiso de trabajo o alguno que, en su sustancia, resulte evidencia de que el condenado puede continuar cumpliendo la pena en el nivel institucional, por lo que eso dependerá de cada caso particular. Por estas razones, no se hará distinción entre las condiciones de ambos artículos en el presente apartado.

Tales permisos deben ser aplicados con miras a los objetivos de la pena, en tanto procuran el correcto desarrollo del condenado en libertad, como el interés de que en su aplicación no se pierdan el cumplimiento de la ejecución ni la atención técnica. Debe aclararse que, de igual manera, por la naturaleza de la aplicación del arresto domiciliario con monitoreo electrónico, tales permisos son de carácter excepcional.

La regla general de la sustitución en estudio es el cumplimiento de la pena mediante el arresto domiciliario. Sin embargo, siempre, en concordancia con los fines de prevención especial, positiva y negativa, es posible el otorgamiento de permisos de salida del domicilio. Estos permisos pueden resultar justificables, en la medida que el Estado se desentiende de las obligaciones que le imponen tanto la Constitución Política, como el derecho internacional[20].

De tal modo, los permisos de salida encuentran justificación siempre y cuando cumplan con el fin de suplir las necesidades del condenado que, por medio de la sustitución, el Estado desatiende, eso sí, manteniendo incólumes en su aplicación los fines mencionados.

Como aludimos anteriormente, los artículos 57 bis y 486 bis establecen circunstancias particulares, sin embargo, por existir cierta relación entre ellas, las ordenaremos de la siguiente forma:

1. Por razones laborales: a pesar de ser establecida solo en el artículo 57 bis, debe incluirse al 486 bis, ya que, en ciertas condiciones de su imposición, al igual que en las del artículo 57 bis, puede resultar necesario una actividad que genere recursos, para el sustento tanto de las necesidades básicas del privado de libertad, como para las de su familia. Estos permisos encuentran sostén en el artículo 56 de la Constitución Política y en el artículo 136 del Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional, así como en variedad de instrumentos de derecho internacional[21].

2. Por razones de salud: en este ítem se incluyen las circunstancias de salud, tanto del artículo 57 bis como del 486 bis. Estos permisos encuentran amparo en el artículo 21 de la Constitución Política, así como los artículos 134 y 135 del Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional. Igualmente, se encuentra protegido por distintas normas de derecho internacional[22].

3. Por razones de educación: este ítem debe relacionarse con el objetivo rehabilitador de la pena, en cuanto, por medio de la educación, se puede aspirar tanto a la reflexión como a la posibilidad de que el condenado obtenga mejores condiciones socio-económicas. Está relacionado directamente con el artículo 51 del Código Penal, así como los artículos 9, 46 y 136 del Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional que resultan en las obligaciones que el Estado debe cumplir en el encierro, por lo cual, ante la aplicación del sustitutivo, deben suplirse con otras alternativas.

4. Por obligaciones en relación con el cuido de menores, discapacitados o dependientes y obligaciones familiares en general: en cuanto estas causales de permisos se justifican desde la misma razón de la sustitución. Es decir, si se sustituye la pena por arresto domiciliario con monitoreo electrónico amparado en tales razones, debe existir la posibilidad de que los permisos mismos procedan para satisfacer de manera efectiva las necesidades que se originen. Sin embargo, es nuestra opinión que, por cualquier razón que se haya otorgado la sustitución, el simple hecho de formar parte de un hogar conlleva el deber de sus integrantes, de atender las obligaciones que se derivan de tal convivencia. Por lo tanto, tales permisos pueden ser otorgados tanto en los supuestos de 57 bis, como del 486 bis.

Las precedentes son causales que, en apariencia, no presentan mayores dificultades a la hora de su aplicación. No obstante, debe quedar claro que, aunque se justifican en la protección de derechos fundamentales, deben contar con límites que no les permitan desnaturalizar la pena. Los límites para el otorgamiento de permisos son precisamente los mismos que se deben aplicar a la hora de su imposición, y que desarrollamos en el apartado anterior. Por lo tanto, los permisos de salida deben respetar igualmente, tanto los fines

de custodia y vigilancia como el de rehabilitación, en tanto exista proporcionalidad a la hora de su aplicación.

Por ejemplo, tales salidas deben autorizarse, procurando que exista siempre una efectiva vigilancia del privado de libertad, de modo que el permiso se limite a la zona estrictamente necesaria y que, además, pueda permitir el monitoreo ininterrumpido.

En cuanto al objetivo rehabilitador, es importante determinar que, en el caso de las salidas, por cualquiera de las razones, sean laborales, de educación, de salud o familiares, no se ponga en peligro los medios resocializadores, al poner al condenado en situaciones de riesgo con respecto al delito.

Por último, con respecto al análisis de proporcionalidad, debe dirigirse a conocer si existe verdaderamente necesidad del permiso, si es realmente idóneo y, por último, si resulta proporcional en sentido estricto, lo cual puede hacerse con respecto al límite de horas en que se pueden otorgar los permisos, con el fin de que no llegue a diluir el arresto domiciliario, por supuesto que, todo esto se realiza, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del delito y de la personalidad del privado de libertad.

IV. Propuesta para el trámite de un incumplimiento

Como culminación del presente trabajo, se pretende hacer una propuesta sobre el procedimiento a seguir para tramitar los incumplimientos que se den ante la aplicación de un arresto domiciliario con monitoreo electrónico. Con ese fin, será de utilidad todo lo desarrollado anteriormente con respecto a los fines de la pena y la aplicación del principio de proporcionalidad, tanto para su aplicación, como para el otorgamiento de permisos de salida.

Para tal propuesta, se tomará como base el proceder de las etapas preparatoria, intermedia y de juicio, ya que, en la etapa de ejecución de la pena, se mantienen los principios de tales instancias. Por lo pronto, ante el vacío legal y la ausencia del reglamento, el trámite para la revocatoria en casos de incumplimiento, sin nuevo delito, se ha realizado de maneras diversas, y dos de las más importantes son las siguientes:

1. Incumplimiento con procesado en libertad: ante esta circunstancia, la denuncia suele provenir de terceros o de la misma Unidad Especializada de Monitoreo Electrónico. El trámite que se sigue consiste en la solicitud del informe a la autoridad que haya informado sobre el presunto incumplimiento, y a la Unidad Especializada de Monitoreo Electrónico, para presentarlo ante el juzgado de ejecución de la pena. Normalmente el juzgado, una vez recibido el requerimiento, señala audiencia, para conocer sobre las circunstancias en que se dio el presunto incumplimiento y resolver si revoca o mantiene la sustitución.

Problemas que presenta este trámite

a. La audiencia se señala mucho tiempo después de los hechos que se atribuyen como incumplimiento, debido a que no existe

capacidad de respuesta de los juzgados de ejecución de la pena, por no contar con espacio disponible en las agendas.

b. Ante el transcurso del tiempo, se pierde la inmediación de los hechos en cuestión y de la prueba de este.

c. Mientras se resuelve el incumplimiento, no se sabe en qué situación se encuentra el procesado. El condenado se encuentra en un limbo, ya que, a pesar de haberse cuestionado su apego a las condiciones de la sustitución, no se define su situación jurídica, si no hasta que se pueda realizar la audiencia.

1. Incumplimiento con procesado detenido: esta situación suele darse por la detención directa de la Fuerza Pública a personas que cuentan con monitoreo electrónico, ante la detección de un posible incumplimiento.

En este caso, se presenta al procesado ante el juzgado de ejecución de la pena o el juzgado de turno extraordinario[23], según corresponda, junto con el informe de la Fuerza Pública y el de la Unidad Especializada de Monitoreo Electrónico.

Las personas juzgadoras, ante esta situación, han tenido varios criterios. En los juzgados de turno extraordinario, a pesar de la obligación de resolver la situación jurídica de las personas sujetas al uso de mecanismos electrónicos durante horario no hábil (fines de semana, horas inhábiles y feriados) que les impuso el Consejo Superior del Poder Judicial con las circulares 43-2017 y 86-2017, al no contar con el expediente en el que se otorgó la sustitución, trasladan la competencia al juzgado de ejecución de la pena. Consideramos que tal decisión resulta correcta, ya que resolver la situación jurídica del procesado sin el efectivo conocimiento del expediente donde se tramita el beneficio, resulta irresponsable y puede degenerar en lesiones a principios, tales como el derecho de defensa e inmediación de la prueba por parte del juez. El problema que presenta esta situación es que ha producido detenciones prolongadas durante los fines de semana, hasta que los juzgados de ejecución de la pena puedan conocer el asunto.

Igualmente, los jueces y las juezas de ejecución de la pena tienen varios criterios al conocer del asunto, por lo que algunos conocen el incumplimiento de inmediato y otros dejan en libertad al monitoreado y aprovechan su presencia para notificarle la fecha de la audiencia. Otra práctica ha sido la detención cautelar en algún centro de atención institucional mientras se celebra audiencia de incumplimiento.

Problemas que presenta este trámite

a. Criterios dispares de las personas juzgadoras, tanto de turno extraordinario, como de ejecución de la pena.

b. La detención por parte de la Fuerza Pública y el Ministerio Público es ilegítima. Los artículos 235 y 237 C.P.P. establecen las circunstancias por las cuales se permite la detención por parte de las autoridades. Si bien, una persona monitoreada podría ponerse en una de las circunstancias que mencionan los artículos anteriores, la simple detención por una aparente salida del área permitida, la descarga del dispositivo o la

simple portación de la tobillera electrónica o, en general, un aparente incumplimiento de las condiciones, cualquiera que sea, no resulta suficiente causal que se asemeje a las legales. Sin embargo, la Sala Constitucional, en el análisis de una detención que se dio en contra de un monitoreado que se encontraba fuera de su casa de habitación con el dispositivo descargado, avaló la detención por parte de la Fuerza Pública ante la presencia de un "posible incumplimiento de las condiciones ordenadas en el arresto domiciliario" [24]. Consideramos que este criterio es equivocado, ya que las detenciones de este tipo pueden constituir un abuso, en tanto se basan en la simple apariencia de incumplimiento, ya que, como se desarrolló en el apartado anterior, hay variadas circunstancias por las que una persona monitoreada puede hallarse fuera de su casa, condiciones que solo pueden ser verificadas por la autoridad competente. Es nuestro criterio que la detención puede constituir un grave e irreparable perjuicio para el procesado, aún más en casos en que no se decreta el incumplimiento o, simplemente, no se revoca el beneficio[25]. Es importante tener en cuenta el principio de proporcionalidad en estas circunstancias, en tanto se erige como límite del actuar policial y jurisdiccional, y por el cual, a pesar de la situación jurídica del las personas monitoreadas, debe existir respeto de sus derechos fundamentales.

c. Ante la negativa de los juzgados de turno extraordinario de conocer el incumplimiento, el monitoreado se encuentra detenido durante las noches y fines de semana, hasta que los juzgados de ejecución conozcan el asunto.

d. La detención cautelar en los juzgados de ejecución de la pena no tiene sustento jurídico.

Ambas circunstancias muestran la necesidad de regular las actuaciones, con el fin de evitar procederes contrarios a derecho o falta de uniformidad y consecuentes desigualdades entre procesados. De igual manera, en cualquiera de las situaciones que se den en los incumplimientos, un problema generalizado es la ausencia de consenso en la consideración sobre qué debe o no considerarse un incumplimiento.

En esta instancia, es,donde toma mayor importancia todo el desarrollo precedente sobre los límites constitucionales y de proporcionalidad, lo que se aplicó en la primera parte del presente trabajo, en tanto el Código Procesal Penal establece en su artículo 482 que *"los jueces de ejecución de la pena contralarán el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto a las finalidades constitucionales y legales de la pena"*. Tales criterios son vitales para analizar su aplicación, los permisos de salida y, por último, su revocatoria.

Teniendo en cuenta lo anterior dicho, cabe preguntarse por parte de las autoridades competentes del conocimiento de los incumplimientos, si las circunstancias en estudio han vulnerado efectivamente los fines de la pena que le han sido atribuidos a la sustitución, así como analizar desde el punto de vista de la proporcionalidad, si el beneficio amerita seguirse aplicando o al contrario, si debe ser revocado.

De tal modo, podrían darse casos en los que, a pesar que se constate el incumplimiento, no exista una real afectación a los fines de la pena, en tanto no se haya vulnerado ni la vigilancia o la custodia, ni se haya afectado los medios por los cuales se busca la rehabilitación. Estos deberían ser los criterios que se deben tener en cuenta por parte de las personas juzgadoras, para determinar si es procedente dictar el incumplimiento de la medida sustitutiva.

Sin embargo, resta por establecer un procedimiento en el cual se amparen las garantías del condenado y se elimine la arbitrariedad en el proceder judicial, de modo que se pueda actuar de la manera más efectiva y conforme a las garantías constitucionales. Con este fin, se debe establecer cuáles son los principios procesales donde se puede basar el procedimiento.

Al encontrarse en la etapa de ejecución de la pena, por la condición especial en la que se encuentran los procesados, no todos los principios de las etapas anteriores se mantienen incólumes. A continuación, presentamos una breve exposición de aquellos que deben ser base del procedimiento de revocatoria de la sustitución en estudio:

1. Principio de presunción de inocencia[26]: este principio debe ser adaptado a la etapa de ejecución de la pena, en tanto no se refiere a la inocencia acerca del delito por el cual ya el procesado fue condenado, sino que, al presunto incumplimiento de la pena sustitutiva. Por tanto, este principio busca que exista una demostración clara, no solo de que hubo un incumplimiento formal, sino que, además, se han violado con ello los fines que se persiguen mediante el arresto domiciliario.

2. rincipio de juez natural[27]: este principio, en referencia a la sustitución en estudio, establece que solo mediante resolución emitida por un juez competente, se puede revocar el arresto domiciliario con monitoreo electrónico.

3. Impulso procesal de oficio[28]: en esta etapa procesal, el juez, al conocer sobre la noticia de algún incumplimiento, tiene el deber de poner en conocimiento de las partes las circunstancias que le dan origen. Esto se deriva del deber de seguimiento y control que tienen los juzgados de ejecución de la pena[29].

4. Principio de defensa y audiencia[30]: el derecho de defensa le asiste al procesado en tanto es obligación de las autoridades informarle cuáles son los motivos por los que se tramita el incumplimiento, así como derecho de ser escuchado, tanto por su medio como por el defensor, y presentar la prueba que resulte oportuna para ejercer su defensa.

5. Principio de doble instancia[31]: ante la resolución en la que el juez revoque o mantenga la sustitución, cabe recurso de apelación ante el tribunal de sentencia que ordenó el arresto domiciliario con monitoreo electrónico[32].

Además de los anteriormente mencionados, existen otros principios compatibles con la propuesta que se hará a continuación. Sin

embargo, por no requerir de adaptación alguna y poder ser aplicados, no será necesario desarrollarlos. Entre ellos, se pueden mencionar los principios de celeridad, oralidad, legitimidad de la prueba, de inmediación de la prueba, de oralidad, de valoración razonable de la prueba y de una resolución justa del conflicto.

En fin, basado en los principios anteriores, elaboramos la siguiente propuesta que toma características de todas las etapas del proceso penal, aplicadas específicamente a los pasos que se deberían seguir en los casos donde exista noticia de un incumplimiento

1. Noticia sobre el incumplimiento

En la práctica judicial, es posible que la noticia del incumplimiento sea remitida directamente al juzgado de ejecución de la pena. En estos casos, el juzgado debe poner en conocimiento del Ministerio Público el informe respectivo para que solicite lo pertinente.

También es posible que el Ministerio Público reciba la noticia del incumplimiento directamente por parte de la Unidad Especializada de Monitoreo Electrónico, la Policía administrativa o por medio de un tercero[33].

Seguidamente, el Ministerio Público debe analizar las circunstancias que rodean el presunto incumplimiento y valorar si procede o no la solicitud de audiencia al juzgado de ejecución de la pena[34], con el fin de conocer las condiciones en que se dio el posible incumplimiento, y que el privado de libertad ejerza su defensa. Si no lo considera necesario, simplemente remitirá el informe al juzgado de ejecución de la pena, si es que aún no consta en el incidente de este.

1. Declaratoria de evasión

Paralelamente a la solicitud de revocatoria de la sustitución, el Ministerio Público puede solicitar, dependiendo de las circunstancias del caso, que se declare al privado de libertad en estado de evasión[35]. Esta declaratoria tendría dos consecuencias dentro del proceso:

a. Orden de captura en contra del procesado: esta orden encuentra justificación en el artículo 483 del Código Procesal Penal, en cuanto indica que el juez tendrá la potestad de ordenar las medidas necesarias para que se cumplan los efectos de la sentencia. Con esta orden, se pretende que el privado de libertad sea presentado directamente ante el juzgado de ejecución de la pena, con el fin de notificarle sobre el señalamiento de la audiencia y del presunto incumplimiento. Si el juzgado considera que la orden de captura no es proporcional o que existe una manera menos gravosa de notificarle al condenado la audiencia y el incumplimiento[36], podrá agotar estas vías, sin embargo, en caso de ser infructíferos, deberá girar la orden de captura

b. Suspensión en el plazo del cómputo de la pena[37]: con tal suspensión se busca lograr una mayor coacción hacia el privado de libertad para que se haga presente en el proceso y asista al llamado judicial, ya que se le traslada a él y a su defensor el interés por aclarar la situación jurídica. A la vez, esta

> medida evita las detenciones por parte de la Policía y el Ministerio Público, ya que, como dijimos antes, esta puede ser ilegítima por no configurar el simple incumplimiento de las condiciones, ninguna de las causales de los artículos 235 y 237 C.P.P. Tal coacción sería sustituida, precisamente por la necesidad del privado de libertad de justificar el incumplimiento y procurar que el cómputo de la pena continúe. Esta circunstancia debe ser informada a la hora en que le es notificado el incumplimiento y el señalamiento de la audiencia.

En caso de que se dé una revocatoria, el cómputo de la pena se reactivará en el momento en que el condenado ingrese a un Centro de Atención Institucional, y se sumará todo el tiempo en que estuvo ubicable y apegado al proceso, durante el período en que se decretó el período de evasión.

Si, al contrario, la sustitución no se revoca, se reconocerá todo el plazo en que se encontraba en estado de evasión, con el fin de que se tome en cuenta para el cómputo de la pena.

Para esta fase del procedimiento, se debe valorar varias circunstancias. En primer lugar, por el principio de celeridad, se debe fijar un plazo a los juzgados de ejecución de la pena, para que resuelvan la solicitud del Ministerio Público, en la cual, decrete el estado de evasión o lo rechace. Consideramos que tres días es un plazo razonable para que el juez resuelva el asunto.

El tribunal debe valorar de acuerdo con lo que conste en el expediente y lo informado tanto por la Unidad Especializada de Monitoreo Electrónico como por el Ministerio Público, todas las circunstancias y permisos de salida con los que cuente el privado de libertad, así como valorar el incumplimiento desde el punto de vista de los objetivos de la pena antes planteados. Es decir, debe analizar qué objetivo se ve violentado con el incumplimiento (por ejemplo: ante una salida sin permiso del área permitida se puede ver vulnerada la custodia, ante la descarga del dispositivo se puede ver menoscabada la vigilancia, podría valorarse también con respecto a los derechos de la víctima, el acercamiento injustificado a zonas vetadas previamente). En cuanto a la ausencia al trabajo, centro educativo, grupos de apoyo o, incluso, citas pactadas para la atención técnica, el objetivo afectado es el de la rehabilitación. En los casos de reincidencia, no hay mayor problema, ya que sí es posible ordenar la detención del monitoreado.

2. Celebración de la audiencia

En respeto del principio de celeridad, consideramos que debe señalarse la audiencia a un plazo no mayor a los quince días naturales, luego de la solicitud hecha por el Ministerio Público ante el tribunal de ejecución de la pena competente38, con el fin de que no se pierda el interés sobre los hechos que le dan origen y que, a la vez, el privado de libertad pueda aclarar lo más pronto posible su situación jurídica, debido a que el cómputo de la pena está suspendido.

Si el privado de libertad no ha sido notificado aún, la audiencia no podrá ser realizada. Sin embargo, si fue correctamente notificado, pero aun así no concurre a la audiencia, la cual sí podrá realizarse. Esta ausencia podrá tomarse en cuenta como

nueva causal para la revocatoria de la sustitución. Sin embargo, en casos de circunstancias de vulnerabilidad, podrá aplicarse lo dispuesto en el artículo 3[38] del Código Procesal Penal[39].

En la audiencia, deben estar presentes la persona representante del Ministerio Público y la defensora a quienes se les otorgará la palabra en ese orden para que expresen sus alegatos y presenten la prueba que consideren conveniente. En caso de estar presente, se le dará la oportunidad al condenado para que haga manifestaciones, si lo considera pertinente.

Si las partes desean, pueden hacer propuestas o solicitudes subsidiarias, en las cuales pidan cambios de condiciones en el cumplimiento de la sustitución.

Cuando el tribunal considere necesario, podrá ordenar la producción de prueba atinente al incumplimiento en cuestión.

Finalizada la audiencia, el tribunal deberá resolver de inmediato y de manera oral la solicitud planteada por las partes.

En casos excepcionales, por razones de complejidad, podrá diferir hasta por veinticuatro horas la resolución del asunto.

En caso que revoque, el juez deberá expresar las razones por las cuales considera que existe el quebrantamiento de la sustitución de la pena, esto tomando en cuenta los permisos con los que contaba el procesado, así como cuál es el menoscabo que se generó con respecto a los fines de la pena, tanto de custodia y vigilancia como de rehabilitación.

Además, deberá ordenar la reclusión del condenado y ponerlo a la orden del Ministerio de Justicia, así como definir el período de tiempo en el que el condenado se encontraba evadido, para la elaboración de un nuevo auto de liquidación de pena que le será comunicado al Instituto Nacional de Criminología[40].

Si la sustitución no se revoca, el juez o la jueza deberá explicar las razones por las cuales considera que considera que no hubo quebranto de las condiciones impuestas, así como por qué considera que no existió infracción a los fines de la pena sustitutiva. Ante tal circunstancia, debe aclarar que el período de evasión no debe ser tomado en cuenta, por lo que no debe haber variación en el cálculo de liquidación de la pena.

El juez, en atención al principio de proporcionalidad, en los casos que el incumplimiento no sea del todo lesivo a los fines de la pena, puede ordenar en vez de la revocatoria del beneficio, un cambio en las condiciones de su cumplimiento[41].

Si la resolución se hace de manera oral, las partes tendrán la posibilidad de apelar sin efecto suspensivo. En caso que se haga de manera escrita, el plazo para presentar la apelación será de tres días. En estos casos, el asunto será remitido al tribunal de juicio que ordenó el arresto domiciliario con monitoreo electrónico.

Por último, una vez que se encuentre firme la resolución donde se revoca la sustitución, el expediente deberá ser remitido al Instituto Nacional de Criminología junto al nuevo auto de liquidación de pena. Si, por lo contrario, la sustitución no es revocada, el expediente deberá

mantenerse en el juzgado de ejecución de la pena para que se continúe con el seguimiento respectivo.

V. Conclusión

La aplicación del arresto domiciliario con monitoreo electrónico debe ser depurada, de modo que su práctica no lesione los objetivos que, por medio de la Constitución Política y la ley, se le han fijado a la pena, con el fin de que existan límites bien definidos en los cuales se pueda determinar cuándo procede otorgar o denegar la sustitución, eliminando las posibles arbitrariedades y desigualdades por parte del sistema penal.

Consideramos que el presente trabajo brinda tanto un método interpretativo eficaz para el correcto tratamiento de la sustitución, así como una propuesta capaz de eliminar los vacíos existentes en la ley, en cuanto al conocimiento de los incumplimientos en la vía judicial.

VI. Referencias bibliográficas

Normativa

- Constitución Política.
- Código Penal.
- Código Procesal Penal
- Ley Orgánica del Ministerio de Justicia
- Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional
- Creación del Nivel de Unidades de Atención Integral. Decreto 40265-JP.
- Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos. Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990

Normativa internacional

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos.

- Opinión Técnica Consultiva n.°. 002/2013, de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito dirigida al Ministerio Público de Panamá.

- Protocolo adicional a la Convención Americana en Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sentencias relevantes

- Sala Constitucional, voto 3502-1997, del veinte de junio de mil novecientos noventa y siete.

- Sala Constitucional, voto 3390-98 de las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

- Tribunal de Casación Penal de San José, voto 900-03, de las diez horas del once de septiembre del dos mil tres.

- Sala Tercera, voto 1020-2005, de las nueve horas del nueve de septiembre de dos mil cinco.

- Sala Constitucional, voto 17298-08, de las catorce horas con cincuenta y un minutos del diecinueve de noviembre de dos mil ocho.

- Tribunal de Casación Penal de Cartago, voto 277-2011, de las trece horas con veinticuatro minutos del treinta de septiembre de dos mil once.

- Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 1638-12, de las diez horas con treinta y ocho minutos del diecisiete de agosto de dos mil doce.

- Sala Constitucional, voto 357-2014, de las catorce horas y treinta minutos del cinco de marzo de dos mil catorce.

- Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, voto 451-14, de las ocho horas con veinte minutos del seis de agosto de dos mil catorce.

- Sala Constitucional, voto 12961-19, de las nueve horas con treinta minutos del doce de julio de dos mil diecinueve.

Manuales:

- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (1988). Manual de buena práctica penitenciaria. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/10616.pdf

Libros:

- Llobet, Javier. (2010). La prisión preventiva (Límites constitucionales). San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, 2010.

- Roxin, Claus. (1989). Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal. Barcelona, España: Editorial Ariel.

Revistas:

- Carnevalli R. & Fuentes Cubillos H., Ad All, "El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena". Revista Ius Et Praxis, consultada de: http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art02.pdf.

Circulares:

- Circular del Consejo Superior del Poder Judicial, n.° 86-2017 del treinta de julio de dos mil diecinueve.

- Circular del Consejo Superior del Poder Judicial, n.° 43-2017 del 22 de mayo de dos mil diecisiete.

Notas

1 *Artículo 51 del Código Penal. Artículo 39 de la Constitución Política. Artículo 482 del Código Procesal Penal.*

2 *Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, voto 451-14, de las ocho horas con veinte minutos del seis de agosto de dos mil catorce.*

3 *Artículo 7 de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia. Artículos 2, 136, 149, 165, 164, 166, 416, 425 y 426 del Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional.*

4 *Reforma Penal Internacional. Manual de buena práctica penitenciaria. San José: Editorial Guayacán. Segunda edición. 2002. p. 187.*

5 *Sala Constitucional, voto 17298-08, de las catorce horas con cincuenta y un minutos del diecinueve de noviembre de dos mil ocho.*

6 *En la Opinión Técnica Consultiva n.°. 002/2013, dirigida al Ministerio Público de Panamá, la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito recomienda la elaboración de un plan de reintegración en donde el uso del brazalete sea para ayudar en la reinserción de las personas mediante programas de estudio o de trabajo.*

7 *Roxin, Claus. (1989). Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal. Barcelona, España: Editorial Ariel,, 21.*

8 *Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 1638-12, de las diez horas con treinta y ocho minutos del diecisiete de agosto de dos mil doce.*

9 *Carnevali R. & Fuentes Cubillos H., Ad All, "El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena", Revista Ius Et Praxis, consultada de: http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art02.pdf , el día 27 de julio de 2019.*

10 *Llobet, Javier. (2010). La prisión preventiva. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 256.*

11 *UNODC ROPAN resalta que el monitoreo electrónico puede ser usado: (1) por razones humanitarias, (2) para reforzar el arresto domiciliario, (3) para disminuir el hacinamiento carcelario, (4) para proporcionar un tratamiento especial a las personas privadas de su libertad con necesidades especiales (por ejemplo que viven con el VIH / SIDA u otras condiciones de salud que requieren tratamiento especial), (5) para supervisar el cumplimiento de permisos de trabajo y de estudio, y (6) para proteger a las víctimas o testigos.*

12 *Tribunal de Casación Penal de Cartago, voto 277-2011, de las trece horas con veinticuatro minutos del treinta de septiembre de dos mil once.*

13 *Sala Tercera, voto 1020-2005, de las nueve horas del nueve de septiembre de dos mil cinco. En el cual se define la culpabilidad como "el reproche por actuar con conciencia clara de la ilicitud del hecho que se realiza, junto al incumplimiento con el derecho y con la sociedad -sin riesgo físico y sin presión psíquica insuperables- en circunstancias idóneas para actuar correctamente. Se trata de una opción realizada consciente, donde el sujeto se inclina por la violación de la norma no obstante haber podido actuar conforme a derecho. Ahora bien, así como se dijo que a más exigibilidad mayor severidad del reproche, así cuanta mayor reprochabilidad mayor pena".*

14 *Sala Constitucional, 357-2014, de las catorce horas y treinta minutos del cinco de marzo dos mil catorce.*

15 *Sección VII del Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional.*

16 *Creación del Nivel de Unidades de Atención Integral. Decreto 40265-JP.*

17 *No basta solo con que cuente con una oferta laboral. Se requiere además que sea una opción laboral constatable y viable.*

18 *Se pretende que el domicilio sea estable.*

19 *La cobertura del sistema de monitoreo electrónico no resguarda la totalidad del territorio, por lo que se dan casos en que no es posible mantener una efectiva custodia.*

20 *Sala Constitucional, voto 3502-1997, del veinte de junio de mil novecientos noventa y siete, el cual expresa: "En las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas, se establecen lineamientos que deben ser aplicado (sic) en todos los Centros de Atención Institucional del país, por lo que debe entenderse que cada una de estas reglas que regulan sobre las condiciones mínimas con las que debe contar un recluso, son sus derechos, constitucionalmente reconocidos".*

21 *Artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículos 15 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos.*

22 *Artículos 3 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Numeral 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos.*

23 *Circular del Consejo Superior del Poder Judicial n.° 86-2017 de las once horas con cincuenta y siete minutos del treinta de julio del dos mil diecinueve.*

24 *Sala Constitucional, voto 12961-19, de las nueve horas con treinta minutos del doce de julio de dos mil diecinueve.*

25 *En audiencia realizada en el Juzgado de Ejecución de la Pena de Cartago el treinta y uno de julio de dos mil diecinueve a las ocho horas, se mantuvo la sustitución y se determinó que el monitoreado había reportado a la Unidad Especializada de Monitoreo Electrónico el fallo en la carga del dispositivo.*

26 *Artículo 39 de la Constitución Política. Artículo 9 del Código Procesal Penal. Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.*

27 *Artículos 35, 152 y 153 de la Constitución Política. Artículo 476 del Código Procesal Penal.*

28 *Artículo 482 del Código Procesal Penal.*

29 *Sala Constitucional, voto 3390-98 de las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho. La misma expresa: "El juez de ejecución de la pena, en la nueva legislación, fue creado para ejercer controles tanto formales como sustanciales en la ejecución penitenciaria".*

30 *Artículo 39 de la Constitución Política. Artículo 4 del Código Procesal Penal y 480 del Código Procesal Penal. Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.*

31 *Artículo 478 del Código Procesal Penal.*

32 *Tribunal de Casación Penal de San José, voto 900-03, de las diez horas del once de septiembre de dos mil tres.*

33 *Esta noticia puede ser brindada por vecinos, familiares o cualquiera que conozca la condición en que se encuentra el privado de libertad.*

34 *Artículo 63 del Código Procesal Penal.*

35 *Esta figura se toma como inspiración del estado de rebeldía, cuyas consecuencias son la emisión de una orden de captura y la suspensión del plazo de la prescripción. Artículos 88 y 89 del Código Procesal Penal.*

36 *Capítulo V del Código Procesal Penal, acerca de las notificaciones y citaciones.*

37 *Ante el estado de evasión, el cómputo de la pena no se debe interrumpir hasta que se aclare la situación jurídica del condenado.*

38 *El Ministerio Público podría presentar la solicitud de manera equivocada ante un juzgado de ejecución incompetente, por lo que el plazo no podría correr hasta que el juzgado correcto tenga la solicitud.*

39 *Entre otros aspectos, este artículo dispone que "las personas que no pueden concurrir a la audiencia por impedimento justificado serán examinadas en el lugar en donde se hallan […]".*

40 *Artículo 484 del Código Procesal Penal.*

41 *Podría ordenar entre otras cosas, el cambio de domicilio, el cambio de trabajo, limitar los permisos de salida, ordenar la asistencia a grupos de atención a las adicciones, etc.*

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 199-224 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

EL MERCADO DE VALORES Y EL DERECHO DEL MERCADO DE VALORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

Dra. Jennifer Isabel Arroyo Chacón*
prof.jenniferarroyo@yahoo.com

RESUMEN

El mercado financiero se subdivide en el mercado de dinero y el mercado de capitales. Dentro del mercado de capitales, se incluye el mercado de valores que se subdivide en el mercado primario y secundario. Asimismo, dentro del mercado de capitales, participan distintos actores: sujetos de control y fiscalización, sujetos de gestión y administración y sujetos que realizan intermediación financiera. En el presente texto, se estudian todos los aspectos señalados a la luz del ordenamiento jurídico costarricense y se hace mención de las normas y criterios más relevantes. El mercado financiero se regula por una rama de derecho autónoma de reciente surgimiento que es el derecho del mercado de financiero, el cual, a su vez, incluye el derecho del mercado de valores. Esta rama del derecho posee características y principios propios que lo desligan de otras ramas del derecho. Finalmente, el texto señala el aporte que el derecho del mercado de valores realiza al crecimiento económico de un país y la importancia que posee como norma jurídica autónoma.

Palabras clave: mercado financiero, derecho del mercado financiero, mercado de valores y derecho del mercado de valores.

ABSTRACT

The financial market is subdivided into the money market and the capital market. Within the capital market, the securities market that is subdivided into the primary and secondary markets is included. Likewise, different actors participate in the capital market: subjects of control and oversight, subjects of management and administration, and subjects that perform financial intermediation. In the present text all the aspects mentioned in the light of the Costa Rican legal system are studied and mention is made of the most relevant norms and criteria. The financial market is regulated by an emerging branch of autonomous law that is the financial market right, which, in turn, includes the right of the stock market. This branch of law has its own characteristics and principles that separate it from other branches of law. Finally, the text indicates the contribution that the right of the securities market makes to the economic growth of a country, and the importance it has as an autonomous legal standards.

Keywords: financial market, financial market law, stock market and securities market law.

Recibido 20 de enero 2020 Aceptado 27 de febrero de 2020

Doctora en Derecho de la Universidad Estatal a Distancia (UNED) y doctoranda en Gestión Pública y Ciencias Empresariales del Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP). Abogada, contadora pública autorizada (auditora) C.P.A. y administradora pública.

SUMARIO: Introducción. I. El mercado financiero. 1.1 I.I El mercado de dinero o monetario. 1.2 I.2 El mercado de capitales. II. El mercado de valores. 2.1 II.IMercado primario. 2.2 II.II Mercado secundario. III. Sujetos que intervienen en el mercado de valore. 3.1 III.I Sujeto de control y fiscalización. 3.2 III.II Sujetos de gestión y administración. A. Bolsa de valores. B. Centrales de depósito de valoreS. C. Clasificadoras de riesgo. III.III Sujetos que realizan intermediación financiera. A. Puestos de bolsa. B. Agentes corredores de bolsa. C. El inversionista. IV.El derecho del mercado financiero y el derecho del . V. El derecho del mercado de valores en el crecimiento económico del país. VI. Conclusiones.VII. Bibliografía

Introducción

El mercado financiero desempeña un rol esencial en el desarrollo económico de un país. Integra distintos mercados, dentro de ellos, el mercado de valores. Este mercado posee subdivisiones y actores que participan en él, cuyas funciones se caracterizan por un alto grado de especialización técnica y jurídica.

El presente artículo pretende explicar la regulación jurídica actual que se aplica al mercado de valores, como componentes del derecho del mercado de valores. Se trata de una rama del derecho autónomo que surge con el fin de responder a la necesidad de regular de manera adecuada un sector de qué caracteriza por su dinamismo.

En las siguientes líneas, se abordará el mercado de valores desde el ordenamiento jurídico que le resulta aplicable.

1. El mercado financiero

El término mercado financiero se refiere a un fenómeno económico del cual, prácticamente, toda la población económicamente activa (PEA) participa, incluso sin darse cuenta. Cuando una persona ahorra en un fondo de pensión o adquiere un préstamo para la compra de un bien, está participando del mercado financiero aun cuando no sea consciente de eso.

El mercado financiero se define como el conjunto de fuerzas de oferta y demanda de ahorro e inversión que permiten canalizar dichos recursos entre las partes interesadas. Se encarga de poner en contacto a los distintos agentes que intervienen en él, como: prestatarios y prestamistas, intermediarios financieros bancarios y no bancarios. Además de ser un mecanismo de fijación de precios de los activos que se negocian, proporciona liquidez a los activos y reduce los plazos y costos de intermediación.

La amplitud del mercado se define por la cantidad de activos que se intercambian en él, aspecto que se vincula con la profundidad que se define según el número de órdenes u operaciones de compra y venta que circulan en él. La transparencia se relaciona con la cantidad de información que suministre, y el grado de apertura depende de la libertad de acceso que poseen los agentes económicos al mercado y, finalmente, la flexibilidad correspondiente a la facilidad de reacción de los agentes a los cambios en los precios u otras condiciones del mercado.

Dentro del mercado financiero, se encuentran el mercado de valores y sus subtipos que son objeto del derecho del mercado de valores, el cual se estudia en este texto, según se explica en la figura n.° 1.

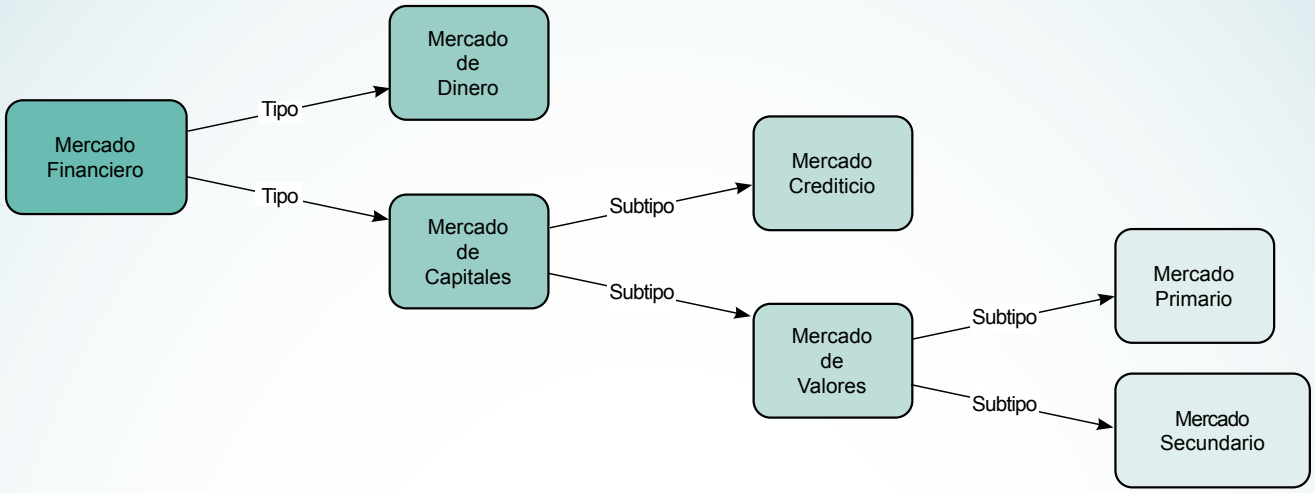


Figura 1: Mercado financiero y sus subtipos

El mercado financiero se integra del mercado de dinero y el mercado de capital, los cuales se abordarán en el siguiente apartado.

1.1 El mercado de dinero o monetario

El mercado de dinero o monetario se constituye de los activos financieros surgidos de las relaciones de crédito entre dos o más sujetos a corto plazo, de reducido riesgo y alta liquidez, en donde el financiamiento o capital de trabajo se obtiene de la negociación de títulos valores. Cumple una función de intermediadora respecto a los intermediarios financieros bancarios, poniendo en contacto a prestatarios y prestamistas últimos, el Gobierno y el público en general, en donde la banca pueda actuar como comisionista.

El corto plazo, generalmente, se refiere a un año, pero existen instrumentos con distintos plazos. El bajo riesgo viene dado por la solvencia de los emisores, prestatarios institucionales, bancos comerciales o grandes empresas públicas o privadas que acuden, con su emisión, a este tipo de mercado. La disminución del riesgo se ve reforzada por la existencia de garantías reales o colaterales de la emisión. Por su parte, la liquidez se deriva del corto plazo y la existencia de amplios mercados secundarios que garantizan una fácil y rápida negociación de los títulos de deuda, de renta fija indexada o no.

Se trata de un mercado mayorista en el cual se transan elevadas cifras de dinero. El corto plazo de vencimiento, la solvencia de los emisores y las garantías reales aportadas disminuyen el riesgo de los activos, lo cual también contribuye a la alta liquidez, generada, también, por la existencia de mercados secundarios organizados.

Además, permiten la negociación directa entre los agentes del mercado o por medio de mediadores especializados, en donde los clásicos intermediarios actúan como simples comisionistas.

La Procuraduría General de la República lo ha definido como un mercado donde se negocian activos de alta liquidez, que cumple un rol esencial en la determinación de la política monetaria (C-068-2012):

> *Un mercado de dinero es un mercado monetario, ya que en él se negocia dinero o activos de alta liquidez y en el cual participan principalmente los bancos. Dado que se maneja liquidez a corto plazo al por mayor, el mercado de dinero es un elemento del proceso de transmisión de la política monetaria hacia entidades financieras, consumidores e inversores, al punto de que puede decirse que es allí donde se aplica la política monetaria. En este orden de ideas, procede señalar que al crear el Mercado Integrado de Liquidez (MIL) y de Las Operaciones Diferidas de Liquidez (ODL), la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, artículo 5 de la sesión 5429-2009 de 8 de julio de 2009, tomó en cuenta que "la intervención del Banco Central de Costa Rica en el mercado de dinero es un elemento clave para la ejecución de la política monetaria, en un contexto en donde la tasa de interés de muy corto plazo se convierte en el principal instrumento.*

La creación del mercado de dinero, al formar parte de la política monetaria de un país, es competencia exclusiva del Banco Central de Costa Rica (BCCR), según concluye el Dictamen C-068-2012:

> *9- En efecto, puesto que el mercado de dinero es un instrumento de transmisión de la política monetaria, el Banco Central debe regular y autorizar cualquier mercado de este tipo que se establezca. Todo con el objeto de lograr el objetivo de estabilidad interna y externa del colón, promover la estabilidad y eficiencia del sistema financiero y del sistema de pagos, así como la eficaz concreción de la política monetaria.*

Intervienen tres actores: las personas físicas o jurídicas superavitarias –exceso de recursos– las personas físicas o jurídicas deficitarias –carecen de recursos– y las instituciones intermediarias.

1.2 El mercado de capitales

El mercado de capitales es el conjunto de instituciones, instrumentos y actividades que permiten el traspaso de recursos entre unidades económicas que deseen utilizarlos durante un periodo de tiempo determinado. Permite la negociación de relaciones de crédito para el financiamiento y capital de trabajo a largo plazo.

Constituye el espacio en el cual proveedores y solicitantes de fondos a largo plazo realizan transacciones, mediante ofertas públicas o privadas de títulos valores, como las emisiones de valores a manos de empresas y gobiernos: bonos, acciones y derivados, entre otros.

La columna vertebral del mercado de capitales está conformada por las diversas bolsas de valores que constituyen un foro para realizar las transacciones de bonos y valores, además de los mercados de capitales internacionales.

Estas operaciones se pueden hacer en tiempo real, lo que permite contar con mejores y mayores alternativas de financiamiento, tanto al momento de invertir como al de obtener fondos.

Las instituciones que participan, frecuentemente, son intermediarios que hacen de puente entre los mercados de corto plazo, actuando como mayoristas en la emisión y venta de nuevos títulos en la adaptación de ofertas de títulos financieros para satisfacer la demanda.

La principal diferencia entre el mercado de dinero y el mercado de capital es el plazo de la inversión; en el mercado de dinero, las personas inversoras recuperan el capital invertido en el corto plazo, mientras que, en el mercado de capitales, la recuperación del capital invertido es a largo plazo.

Se subdivide en el mercado crediticio y el mercado de valores en sentido estricto. El mercado crediticio agrupa todas las operaciones de préstamo y crédito entre dos operadores económicos.

El mercado de valores, en sentido estricto, es aquel en el cual concurren directamente las instituciones del mercado de capitales para colocar, a través de la intermediación financiera, sus acciones, obligaciones y otros títulos valores para ofrecerlos a las personas inversionistas.

Al ser el tema que nos ocupa, de seguido se explicarán el concepto y el funcionamiento del mercado de valores y su importancia para la economía nacional y mundial.

2. El mercado de valores

El mercado de valores es un subtipo de mercado de capitales, componente del sistema financiero costarricense, en el cual entran en contacto las instituciones que participan en el mercado de capitales, para lograr la emisión, colocación, negociación y distribución de los valores o sus derivados activos negociables en bolsa. Está integrado por el mercado primario o de emisión y el mercado secundario o de negociación.

Este mercado canaliza el ahorro a la inversión, suministra medios de pago para financiar actividades de los agentes económicos, realiza operaciones de colocación y financiamiento a largo plazo de las entidades que participan en las operaciones con valores; en consecuencia, les permite a las empresas privadas financiar sus actividades no con sus propios recursos, sino externamente, en el mercado.

2.1 Mercado primario

El mercado primario es aquel en el cual el Estado, las empresas y demás agentes económicos deficitarios solicitan de manera directa financiamiento previamente del ahorro público, por medio de valores negociables.

En el mercado primario, se emiten títulos valores, sea de tipo capital-deuda o bien capital riesgo, razón por la cual se le denomina también mercado de emisión. En este mercado, se colocan los valores por primera vez. Sus operaciones son compra-ventas a través de las cuales los valores son emitidos e ingresan al mercado de valores. Con su emisión, las empresas captan recursos para invertir, por ejemplo, en el financiamiento de capital de trabajo o en la compra de activos.

El ordenamiento jurídico costarricense incluye como mercado primario las emisiones de valores en serie conforme a las normas dictadas reglamentariamente por la Superintendencia y autorizadas por ella (art. 10, Ley 7732), las cuales podrán colocarse directamente o por medio de la bolsa.

Para ello, se deben cumplir con los requisitos establecidos por ley:

a) Presentación de la solicitud con las formalidades y el contenido determinados reglamentariamente por la Superintendencia.

b) Presentación de los documentos que acrediten el acuerdo de emisión, las características de los valores emitidos y los derechos y las obligaciones de sus tenedores.

c) Existencia y registro de una auditoría externa de la empresa emisora, en los términos que por reglamento fije la Superintendencia de Valores (SUGEVAL), la cual podrá requerir que la auditoría se extienda a otras empresas del mismo grupo de interés económico.

d) Presentación y registro previo de un prospecto informativo que deberá contener toda la información relevante sobre el emisor y la emisión proyectada, en los términos que establezca reglamentariamente la Superintendencia. El contenido del prospecto será vinculante para la empresa emisora.

e) Indicación de los plazos mínimo y máximo que deberán transcurrir entre la autorización de la emisión y su colocación, conforme a las normas de la Superintendencia.

En el mercado primario, se obtiene el financiamiento por medio de la oferta pública de valores, la cual consiste en toda invitación o propuesta dirigida al público en general o a sectores específicos que se realiza con el propósito de negociar valores dentro de un mercado para adquirir financiamiento, dentro de los mercados de valores debidamente establecidos y regulados por parte de los organismos que la ley establece.

Por medio de la realización de una oferta pública de valores, los organismos autorizados adquieren recursos líquidos a cambio de la emisión de títulos valores que transfieren a su titular un derecho de crédito, de participación y de tradición o representativo de una mercancía determinada.

El artículo 2 de la Ley 7732 lo define de la siguiente manera:

> *Artículo 2 Oferta pública de valores y de servicios de intermediación. Para efectos de esta Ley, se entenderá por oferta pública de valores todo ofrecimiento, expreso o implícito, que se proponga emitir, colocar, negociar o comerciar valores entre el público inversionista. Asimismo, se entenderá por valores los títulos valores, así como cualquier otro derecho económico o patrimonial, incorporado o no en un documento que, por su configuración jurídica y régimen de transmisión, sea susceptible de negociación en un mercado de valores.*
> *La Superintendencia establecerá, en forma reglamentaria, criterios de alcance general conforme a los cuales*

se precise si una oferta es pública o privada. Para ello, tomará en cuenta los elementos cualitativos de la oferta, como la naturaleza de los inversionistas y la finalidad inversa de sus destinatarios, los elementos cuantitativos, como el volumen de la colocación, el número de destinatarios, el monto de cada valor emitido u ofrecido y el medio o procedimiento utilizado para el ofrecimiento. Igualmente establecerá los criterios para determinar si un documento o derecho no incorporado en un documento constituye un valor en los términos establecidos en este artículo.

Únicamente podrán hacer oferta pública de valores en el país los sujetos autorizados por la Superintendencia General de Valores, salvo los casos previstos en esta Ley. Lo mismo aplicará a la prestación de servicios de intermediación de valores, de conformidad con la definición que establezca la Superintendencia en forma reglamentaria, así como a las demás actividades reguladas en esta Ley.

El carácter de oferta pública no deriva de la naturaleza del emisor, sino del tipo de oferta que se haga, sea una emisión, colocación o negociación de valores, además, que quien emita, coloque, negocie o comercialice debe ser un sujeto autorizado. Para ello se debe inscribir, con lo cual el Estado ejerce su potestad de autorización y supervisión de esta actividad financiera. Así está recalcado en el Dictamen C-135-2008 de la Procuraduría General de la República que, en lo que interesa, indica:

1. La supervisión de la oferta pública de valores

Las disposiciones sobre oferta pública de valores se inscriben dentro de los requerimientos de la dirección y supervisión del mercado financiero. Es parte de los objetivos de esa supervisión y dirección proteger al inversionista y mantener la solvencia, estabilidad y liquidez del sistema financiero nacional. Para ese efecto es necesario mantener la confianza del público en el sistema y dotarlo de información que le permita determinar la conveniencia o no de determinadas inversiones, en un determinado ente financiero o en determinado tipo de valores.

Estas funciones y objetivos no han sido extraños a la banca central. La estabilidad del sistema financiero, el buen funcionamiento de este sistema ha determinado el papel predominante de los bancos centrales. Entes a quien se les ha confiado tradicionalmente el vigilar ese funcionamiento y el servir de garantía automática respecto de los clientes de las bancas comerciales. Como contrapartida de esta última función, se reconoce a la banca central la posibilidad de imponer reglas de comportamiento a los participantes en los mercados financieros, tendientes a prevenir que incurran en riesgos excesivos y a garantizar la solvencia y la liquidez de los establecimientos. La regulación económica financiera dirigida al mantenimiento de la

> *estabilidad del sistema debe comprender la supervisión de las instituciones financieras, la vigilancia de los mercados financieros (desarrollo del mercado y cumplimiento de la disciplina del sector) y la vigilancia de los sistemas de pago que sirven al mercado.*
>
> […]
>
> *Interesa resaltar que el principio que se deriva de la Ley 7732 es el de supervisión y control sobre toda persona que participe en el mercado de valores, salvo los inversionistas, así como sobre todos los actos y contratos referentes a esos mercados. Dado que su objeto de supervisión son los mercados de valores, su competencia se ejerce en tanto existan actos, actuaciones u operaciones que deban celebrarse en esos mercados.*

El mercado primario costarricense debe regirse por lo dispuesto en el título II de la Ley Reguladora del Mercado de Valores (Ley 7732) en los artículos del 10 al 21 y está sometido a las potestades de la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL).

2.2 Mercado secundario

El mercado secundario es aquel donde se negocian y se transmiten los títulos valores emitidos en el mercado primario, lo cual permite obtener liquidez al negociar los títulos valores que se elaboraron con un plazo establecido.

En este mercado, se negocian valores previamente emitidos y en circulación. El vendedor de los valores ya no es el emisor, sino un inversionista o un intermediario. Para poder participar en el mercado secundario costarricense, las emisiones deben estar inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediario (art. 22, Ley 7732). Sin embargo, se faculta a las bolsas de valores para realizar transacciones con títulos o valores no inscritos en ese Registro, según las disposiciones que la SUGEVAL emita para ello y, de manera separada, de las emisiones de valores inscritas.

Las negociaciones del mercado secundario se realizan por medio de compraventas y reportos. El reporto es un contrato en el cual el reportado transfiere en propiedad al reportador los títulos valores de una misma especie, por un precio determinado, a un reportador. El reportador asume la obligación al transferir al reportado, al vencimiento del plazo establecido, los títulos valores que le fueron trasladados, y el reportador se compromete a volverlos a adquirir, al precio que se convengan en ese momento. El reporto es un contrato de recompra en donde el titular de un título valor lo vende con la promesa de volverlos a comprar en un plazo determinado. El reporto se encuentra regulado en el artículo 49 de la Ley 7732 de la siguiente manera:

> *ARTÍCULO 49.- Reporto*
> *El reporto es un contrato por el cual el reportado traspasa en propiedad, al reportador, títulos valores de una especie dada por un determinado precio, y el reportador asume la obligación de traspasar al reportado, al vencimiento del plazo establecido, la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, contra el reembolso del precio, que*

> *puede ser aumentado o disminuido en la medida convenida. Este contrato se perfecciona con la entrega de los títulos.*

El mercado de reporto se encuentra regulado en el artículo 23 de la Ley 7732 que, en lo que interesa, dispone:

> *ARTÍCULO 23.- Compraventas y reportes*
> *Las compraventas y los reportos de valores objeto de oferta pública deberán realizarse por medio de los respectivos miembros de las bolsas de valores. Las transacciones que no sean a título oneroso no se considerarán del mercado secundario, pero deberán ser notificadas a la Superintendencia por los medios que reglamentariamente establezca. El incumplimiento de estas disposiciones producirá la anulabilidad de la respectiva transacción.*
> *La Superintendencia reglamentará los casos excepcionales en los cuales las bolsas podrán autorizar operaciones fuera de los mecanismos normales de negociación, siempre que sean realizadas por medio de uno de sus miembros y bajo las normas de la Superintendencia. Estas normas fijarán, al menos, los tipos de operación que podrán autorizarse y los montos mínimos. En todo caso, estas operaciones se realizarán bajo la responsabilidad de las partes y no podrán fijar precio oficial.*

La organización de este mercado está sujeto a las potestades de fiscalización del Banco Central de Costa Rica, según lo señalado por la Procuraduría General de la República en el Dictamen C-030-2010:

> *La organización del mercado de reportos con participación de las entidades supervisadas para fines de política monetaria se enmarca dentro de las funciones propias del Banco Central. Por ello encuentra fundamento en el citado inciso l) del artículo 3 y en el 59, inciso c) de su Ley Orgánica. El Banco Central está habilitado para realizar las operaciones de crédito que resulten compatibles con su naturaleza de banca central. /.../ Se estableció, así, que la participación conscientemente del Banco Central dirigida a influenciar el mercado a efecto de mantener la estabilidad monetaria y el tipo de interés no podía estar sujeta a la supervisión de la Superintendencia General de Valores, órgano competente para supervisar el cumplimiento de las políticas emitidas por el Banco Central.*

El mercado secundario se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico costarricense, en el título III de la Ley Reguladora del Mercado de Valores (Ley 7732), artículos del 22 al 26.

3. Sujetos que intervienen en el mercado de valores

En el mercado de valores, intervienen importantes actores con diversas funciones, agrupados en cuatro grandes rubros, tal y como se expone en la figura 2:

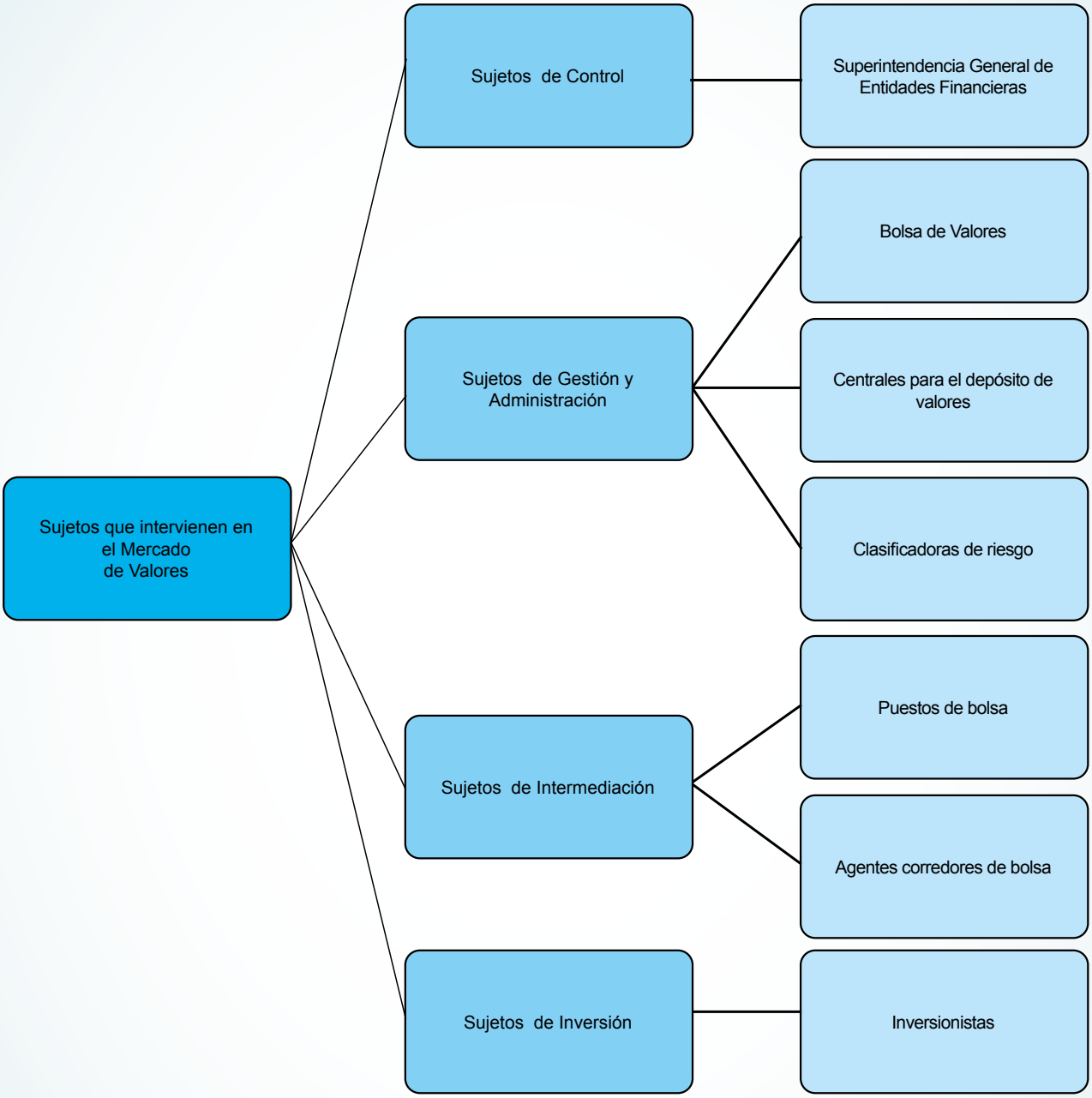


Figura 2. Sujetos que intervienen en el mercado de valores

Por la importancia que posee cada uno, se explicará el rol que desempeñan en el ordenamiento jurídico costarricense.

3.1 Sujeto de control y fiscalización

El sujeto de control es la entidad gubernamental que ejerce las potestades de imperio, y que el Estado posee para autorizar, supervisar y sancionar a las personas partícipes en el mercado de valores. El ordenamiento jurídico costarricense delega esta función en la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL).

La SUGEVAL es el órgano con grado de desconcentración máxima del BCCR, encargado de regular cuatro áreas: el mercado de valores, las personas físicas y jurídicas que intervengan en forma directa o indirecta en dicho mercado, los actos o contratos relacionados con el mercado de valores y los valores negociables en ellos. Esta instancia fue creada en el artículo 3 de la Ley 7737:

> *ARTÍCULO 3.- Creación y funciones*
> *Créase la Superintendencia General de Valores, denominada en esta ley la Superintendencia, como órgano de máxima desconcentración del Banco Central de Costa Rica. La Superintendencia velará por la transparencia de los mercados de valores, la formación correcta de los precios en ellos, la protección de los inversionistas y la difusión de la información necesaria para asegurar la consecución de estos fines. Regirá sus actividades por lo dispuesto en esta ley, sus reglamentos y las demás leyes aplicables.*
> *La Superintendencia regulará, supervisará y fiscalizará los mercados de valores, la actividad de las personas físicas o jurídicas que intervengan directa o indirectamente en ellos y los actos o contratos relacionados con ellos, según lo dispuesto en esta ley.*

La Sala Primera de la Corte ha destacado jurisprudencialmente el deber de la SUGEVAL de velar por la transparencia en el mercado de valores y los intereses de los inversionistas:

> *En el caso de examen, según se indicó líneas atrás, la Ley Reguladora del Mercado de Valores creó la Superintendencia General de Valores como un órgano de "máxima desconcentración del Banco Central de Costa Rica" (artículo 3). Su cometido primordial consiste en velar por la transparencia de los mercados de valores, la formación correcta de los precios en ellos, la protección de los inversionistas y la difusión de la información necesaria para asegurar el logro de estos fines. En este sentido, es cierto que el artículo 116 de la Ley 7732 le otorgó a la Sugeval, la potestad de reglamentar la organización y el funcionamiento de los registros, los sistemas de identificación y el control de los valores representados por medio de anotaciones electrónicas en cuenta, así como las relaciones y comunicaciones*

de las entidades encargadas de tales registros con los emisores y las bolsas de valores.

Para el cumplimiento de estos objetivos principales, el ordenamiento jurídico le otorga competencia para:

- Velar por la transparencia de los mercados de valores.
- Vigilar la formación correcta de los precios en el mercado de valores.
- Aprobar instrumentos tendientes a proteger al inversionista.
- Difundir información importante del mercado de valores.
- Regular, supervisar y fiscalizar los mercados de valores, la actividad de las personas físicas o jurídicas que intervengan directa o indirectamente en ellos.
- Regular, supervisar y fiscalizar los actos o contratos derivados del mercado de valores.
- Emitir normativa, circulares, girar órdenes y demás afines de obligatorio cumplimiento de los sujetos fiscalizados en el ámbito de sus competencias.

Realiza el ejercicio de dichas competencias por medio de tres ejes principales: regulación, fiscalización y difusión de información y educación al público. Ejecuta las labores de regulación y supervisión por medio de las actividades de asesoría jurídica, oferta pública, inspección, análisis, supervisión de mercados, estudios y cumplimiento, según se explica en la figura 3.

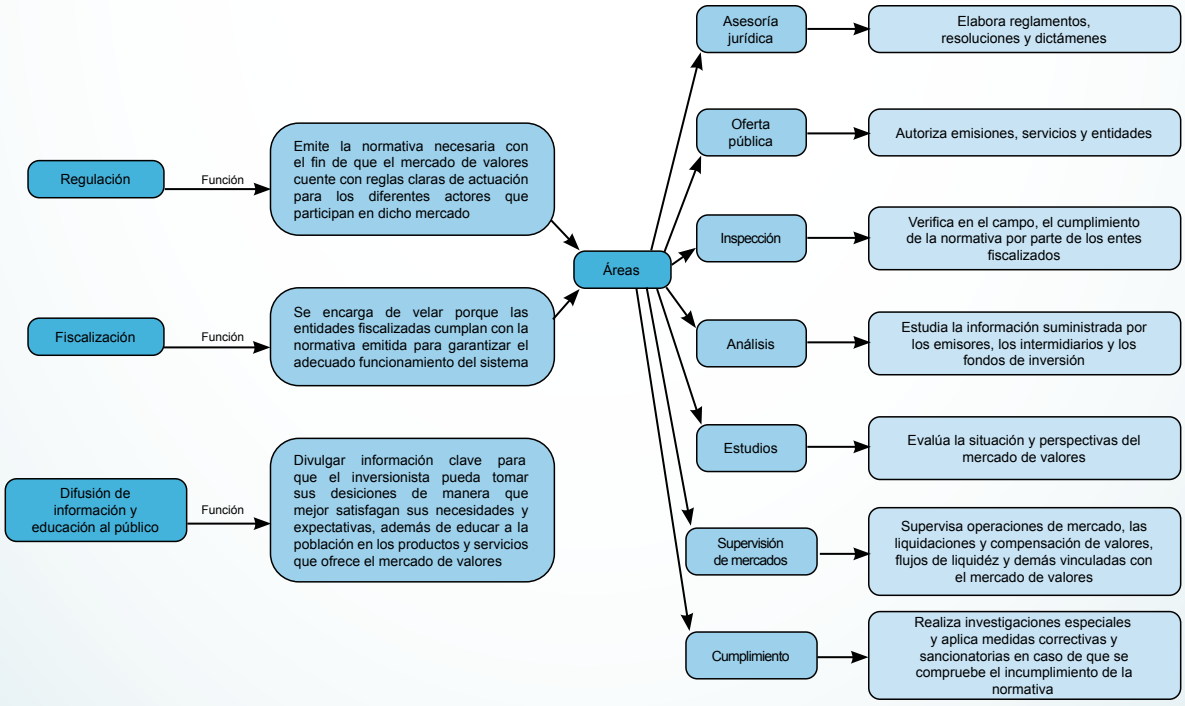


Figura 3. Ejes y medios de la SUGEVAL para ejecutar sus competencias de fiscalización, supervisión y control del mercado de valores

La SUGEVAL tiene la potestad de exigir a los sujetos que participan en el mercado de valores que comuniquen cualquier hecho o circunstancia que considere relevante para los inversionistas (art. 150, Ley 7732).

Posee también la potestad de intercambiar información de los sujetos fiscalizados con organismos de control de otros países cuando se requiera la cooperación internacional sobre determinadas actividades (art. 151, Ley 7732), así como podrá publicar la información que considere relevante (art. 152, Ley 773).

La SUGEVAL puede participar como parte interesada en los procesos preventivos o concursales de empresas emisoras inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y podrá ejercer todos los recursos admisibles dentro del proceso, en defensa de los intereses de los inversionistas (art. 154, Ley 7732).

Tiene la atribución de emitir medidas precautorias (art. 155, Ley 7732) cuando exista un desorden grave del mercado, se puedan evitar daños de imposible o difícil reparación a los inversionistas o cuando existan indicios de la comisión de un delito.

Se podrán dictar las medidas precautorias hasta por el plazo máximo de dos meses y son las siguientes: suspensión temporal de las cotizaciones de las bolsas, suspensión temporal de la negociación de determinados valores, sea en bolsa o en ventanilla, exclusión temporal de la negociación de determinados valores, clausura provisional del establecimiento, suspensión de la publicidad o propaganda.

Finalmente, como una de las atribuciones más importantes, se encuentra la potestad sancionatoria otorgada en el artículo 168 de la Ley 7732:

> *ARTÍCULO 168.- Potestad sancionatoria de la Super-intendencia*
> *El ejercicio de la potestad sancionatoria de la Superintendencia es independiente de las demás acciones y responsabilidades, civiles o penales, que puedan derivarse de los actos sancionados.*
> *Cuando la Superintendencia, al ejercer sus funciones tenga noticia de hechos que puedan reputarse como configurativos de delito, los pondrá en conocimiento del Ministerio Público a la brevedad posible.*

El órgano de control ejerce sus potestades sobre los sujetos de gestión y administración.

3.2 Sujetos de gestión y administración

Los sujetos de gestión y administración son aquellos encargados de facilitar el intercambio y la dinámica en el mercado de valores.

A. Bolsa de valores

Entidad jurídica que facilita la negociación y la realización de operaciones de intercambio de títulos valores, creando una plataforma de regulaciones y de sistemas de negociación para llevar a cabo la intermediación financiera.

La Ley Reguladora del Mercado de Valores (Ley N.° 7732) define, en su artículo 27, la bolsa de valores como sociedades anónimas, cuyo fin es facilitar las transacciones de valores en el mercado, previa autorización de la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL).

> *ARTÍCULO 27.- Objeto*
> *Las bolsas de valores tienen por único objeto facilitar las transacciones con valores, así como ejercer las funciones de autorización, fiscalización y regulación, conferidas por la ley, sobre los puestos y agentes de bolsa.*
> *Se organizarán como sociedades anónimas y deberán ser propiedad de los puestos de bolsa que participen en ellas.*
> *Su capital social estará representado por acciones comunes y nominativas, suscritas y pagadas entre los puestos admitidos a la respectiva bolsa.*
> *En ningún caso, la participación individual de un puesto de bolsa en el capital podrá exceder del veinte por ciento (20%) del capital total de la sociedad.*
> *Cuando se decreten aumentos en el capital social, los puestos de bolsa tendrán derecho a suscribir una participación, en el capital de la sociedad, igual a la que ya poseen. La cantidad de acciones no suscritas de estos aumentos, prioritariamente y de conformidad con el respectivo pacto social, podrán ser suscritas por los restantes puestos en la misma proporción que ellos tengan en el capital total. Únicamente después de ejercido el citado derecho de prioridad por cada puesto, los demás podrán incrementar sus suscripciones individuales dentro del límite establecido en el párrafo anterior.*

El artículo 29 de la Ley 7732 enlista las funciones que la bolsa debe cumplir:

> *a) Autorizar el funcionamiento de los puestos de bolsa y de los agentes de bolsa, regular y supervisar sus operaciones en bolsa y velar porque cumplan con esta ley, los reglamentos de la Superintendencia y las normas dictadas por la bolsa de la que sean miembros.*
> *b) Establecer los medios y procedimientos que faciliten las transacciones relacionadas con la oferta y la demanda de los valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.*
> *c) Dictar los reglamentos sobre el funcionamiento de los mercados organizados por ellas, en los cuales deberá tutelarse la objetiva y transparente formación de los precios y la protección de los inversionistas.*
> *d) Velar por la corrección y transparencia en la formación de los precios en el mercado y la aplicación de las normas legales y reglamentarias en las negociaciones bursátiles, sin perjuicio de las potestades de la Superintendencia.*
> *e) Colaborar con las funciones supervisoras de la Superintendencia*

e informarle de inmediato cuando conozca de cualquier violación a la normativa vigente.

f) Vigilar que los puestos de bolsa exijan a sus clientes las garantías mínimas, el cumplimiento de garantías y el régimen de coberturas de las operaciones a crédito y a plazo, de acuerdo con los reglamentos dictados por la bolsa respectiva.

g) Suspender, por decisión propia u obligatoriamente por orden de la Superintendencia, la negociación de valores cuando existan condiciones desordenadas u operaciones no conformes con los sanos usos o prácticas del mercado.

h) Autorizar el ejercicio a los agentes de bolsa.

i) Poner a disposición del público información actualizada sobre los valores admitidos a negociación, los emisores y su calificación si existiese, el volumen, el precio, los puestos de bolsa participantes en las operaciones bursátiles, las listas de empresas clasificadoras autorizadas, así como la situación financiera de los puestos de bolsa y de las bolsas mismas, de acuerdo con las normas de la Superintendencia.

j) Mantener un sistema de arbitraje voluntario para resolver los conflictos patrimoniales que surjan por operaciones bursátiles entre los puestos de bolsa, entre los agentes de bolsa y sus puestos o entre estos últimos y sus clientes.

k) Asesorar, en lo pertinente, a la Superintendencia.

l) Ejercer la ejecución coactiva o la resolución contractual de las operaciones bursátiles, así como efectuar la liquidación financiera de estas operaciones y, en su caso, ejecutar las garantías que los puestos de bolsa deban otorgar, todo de conformidad con los plazos y procedimientos determinados reglamentariamente por la bolsa respectiva. Lo relativo a la liquidación financiera de las operaciones bursátiles será aplicable en tanto la respectiva bolsa realice funciones de compensación y liquidación en los términos de esta ley.

m) Las demás que autorice la Superintendencia, en uso de sus atribuciones.

En Costa Rica, opera la Bolsa Nacional de Valores, la cual, según nuestro ordenamiento jurídico, posee una naturaleza jurídica híbrida, entre el derecho público y el derecho, propia de las características del derecho del mercado de valores. Se trata de una sociedad anónima de capital privado, por ende, le aplica el derecho privado, pero debe cumplir con un mandato establecido por el Estado, a través de una ley de carácter público.

Su objetivo es crear, desarrollar, organizar y fortalecer activa y eficientemente los mercados bursátiles, procurando el tratamiento equitativo de las personas participantes y el acceso de estas, y, en especial, de las personas inversionistas, a la información pública disponible sobre los valores, las personas intermediarias y el ordenamiento jurídico.

Se rige por lo dispuesto en la Ley 7732 y por el Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores, aprobado por acuerdo de la Junta Directiva de la Bolsa Nacional Valores, adoptado en la sesión n.° 19/99, artículo 4.5, celebrada el 17 de agosto de 1999 y reformas posteriores.

Posee potestades de emitir normativa, fiscalizar a los puestos de bolsa asociados, imponer sanciones, fungir como árbitro en la resolución de conflictos e imponer medidas precautorias.
Dentro de la potestad normativa, emite lineamientos que deben ser respetados por los puestos de bolsa y demás actores vinculados.

B. Centrales de depósito de valores

Entidades dedicadas a recibir, de parte de los intermediarios financieros, en depósito, títulos valores y otros activos financieros comerciables en bolsa, los cuales prestan el servicio de custodia y administración de estos, brindando seguridad al inversionista y gastos excesivos para los intermediarios financieros.

El artículo 134 de la Ley 7732 establece que las centrales de depósito son las sociedades anónimas con la competencia exclusiva de ofertar y prestar el servicio de custodia de valores en el país. Deben contar con la autorización de la SUGEVAL, según lo establece el numeral 133 de la Ley 7732.

> *ARTÍCULO 133.- Autorización a las centrales de valores*
> *Las centrales de valores que cumplan con los requisitos exigidos a las sociedades de compensación y liquidación podrán ser autorizadas por la Superintendencia para brindar el servicio de compensación y liquidación, en los términos establecidos en este capítulo.*

Adicionalmente, deberá aprobar su constitución, estatutos y reglamentos, así como las modificaciones posteriores, la suscripción y transmisión de acciones (art. 119, Ley 7732).
Su principal responsabilidad es custodiar adecuadamente los valores depositados en ella, además de administrar el registro de las emisiones de los emisores privados; para esto, podrán brindar, además, el servicio de administración y custodia de los libros de registro de accionistas de dichos emisores (art. 117, Ley 7732).

C. Clasificadoras de riesgo

Entidades especializadas en evaluar el riesgo de los actores que participan el mercado de valores y asignar una calificación o ranking, de manera objetiva, que responda a los sistemas formales de revisión. Pretenden dar una opinión independiente y oportuna que le permita a la persona inversionista tomar decisiones.

> *ARTÍCULO 144.- Sociedades calificadoras de riesgo. Las calificadoras de riesgo son sociedades anónimas, cuyo objeto social exclusivo es la calificación de riesgo de los valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y las actividades complementarias a dicho objeto, autorizadas reglamentariamente por la Superintendencia General de Valores. Deberán agregar a*

su denominación la expresión "calificadora de riesgo".
Todas las emisiones de valores de deuda emitidas en serie e inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios deberán ser objeto de clasificación por parte de una sociedad calificadora de riesgo, conforme a las normas que la Superintendencia establezca reglamentariamente. Se exceptúan de lo anterior, las emisiones de valores del Estado e instituciones públicas no bancarias.

La labor de calificar el registro recae en el consejo o comité de calificación de la sociedad calificadora, y serán solidariamente responsables cuando se compruebe que emitieron una calificación sin respaldo técnico.

ARTÍCULO 147.- Calificación de riesgo
La calificación de riesgo corresponderá al consejo o comité de calificación de la sociedad calificadora. Las deliberaciones y los acuerdos del consejo de calificación sobre cada calificación, se asentarán en un libro de actas autorizado por la Superintendencia, las cuales deberán ser firmadas por todos los asistentes a la sesión correspondiente, inclusive por el miembro del comité que por desacuerdo salve su voto. La opinión del consejo de calificación no constituirá una recomendación para invertir, ni un aval ni garantía de la emisión; pero los miembros del consejo de calificación serán solidariamente responsables con la sociedad calificadora cuando se compruebe culpa grave o dolo en sus opiniones o clasificaciones.

La SUGEVAL deberá autorizar su creación, constitución y estatutos, deberá ordenar publicaciones de las clasificaciones de riesgo que realizan, suspender o cancelar la autorización otorgada y aplicar las sanciones cuando compruebe que la calificadora ha dejado de cumplir con los requisitos de funcionamiento exigidos por el ordenamiento jurídico.

3.3 Sujetos que realizan intermediación financiera

Se refiere a los sujetos que participan directamente como intermediarios financieros.

A. Puestos de bolsa

Personas jurídicas a las cuales se les ha concedido el derecho de negociar, por medio de sus agentes corredores, la comercialización de títulos valores en la bolsa de valores. Tienen la obligación de respetar la normativa establecida por la bolsa en las transacciones que realicen.

El numeral 53 de la Ley 7732 los define como personas jurídicas, autorizadas y sometidas a las potestades de la bolsa de valores competentes para realizar operaciones de intermediación financiera.

ARTÍCULO 53.- Naturaleza de los puestos de bolsa

Los puestos de bolsa serán personas jurídicas, autorizadas por las bolsas de valores correspondientes y de conformidad con los requisitos establecidos en esta ley, para formar parte de ellas y, además, para realizar las actividades autorizadas en esta ley.
Contra la decisión de autorizar un puesto de bolsa cabrá recurso de apelación ante la Superintendencia.
Las operaciones que se efectúen en las bolsas de valores deberán ser propuestas, perfeccionadas y ejecutadas por un puesto de bolsa.

En la sentencia 241-2008, el Tribunal Contencioso Administrativo se pronuncia respecto a las funciones de intermediación financiera que realizan los puestos de bolsa y la normativa aplicable.

Llegados a este punto, conviene aclarar que conforme a las regulaciones de los artículos 53 y 54 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, número 7732, los puestos de bolsa son personas jurídicas constituidas como sociedades anónimas, autorizadas -por la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL)- para realizar la actividad de intermediación bursátil, esto es, aquella relativa a "la captación de recursos financieros del público, en forma habitual, con el fin de destinarlos, por cuenta y riesgo del intermediario, a cualquier forma de crédito o inversión en valores, independientemente de la figura contractual o jurídica que utilice y del tipo de documento, registro electrónico u otro análogo en el que se formalicen las transacciones" (artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central), pero, como su calificación lo indica, circunscrita al ámbito de los títulos valores; entendiendo por tales cualquier "derecho de contenido económico o patrimonial, incorporado o no en un documento, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión puedan ser objeto de negociación en un mercado financiero o bursátil" (artículo 2 de la citada Ley 7732). Así, se constituye en actividad habitual de los puestos de bolsa las siguientes tareas, conforme a la autorización dada en el artículo 56 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores: "a) Comprar y vender, por cuenta de sus clientes valores en la bolsa. Para ello, podrán recibir fondos de sus clientes, pero el mismo día deberán aplicarlos al fin correspondiente. Si por cualquier razón esto no fuere posible, deberán depositar los fondos en una entidad financiera regulada por la Superintendencia General de Entidades Financieras, en un depósito especial y a más tardar el siguiente día hábil. b) Comprar y vender, por cuenta propia, valores en la bolsa, cuando cumplan con los niveles mínimos de capital adicional y los otros requisitos establecidos, reglamentariamente, para esos efectos por la Superintendencia. c) Obtener créditos y otorgar a los clientes créditos, siempre que estén directamente

relacionados con operaciones de compra y venta de valores, incluida la prefinanciación de emisiones. Para estos efectos, los puestos deberán cumplir con los niveles mínimos de capital adicional o las garantías adicionales específicas y los demás requisitos establecidos, reglamentariamente, por la Superintendencia. d) Asesorar a los clientes, en materia de inversiones y operaciones bursátiles. e) Prestar servicios de administración individual de carteras, según el reglamento emitido por la Superintendencia. f) Realizar las demás actividades que autorice la superintendencia, mediante reglamento." En atención al concepto de renta-producto, es lógico concluir que las utilidades derivadas de las anteriores actividades que realicen los puestos de bolsa, están afectas al impuesto sobre la Renta, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 5 de la Ley número 7092, sin poder distinguir donde la normativa legal no lo haga en forma expresa.

Las actividades de los puestos de bolsa son ejercidas a través de los agentes de bolsa e, incluso, responderán por las actuaciones dolosas o culposas de sus funcionarios y agentes de bolsa, durante el ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas, cuando sean contrarias al ordenamiento jurídico, a las normas de la sana administración y perjudiquen a las bolsas de valores o a terceros.

B. Agentes corredores de bolsa

Las labores del puesto de bolsa son realizadas por medio del agente de bolsa que es una persona física con capacitación técnica y autorización jurídica para negociar títulos valores en la bolsa.

En el ordenamiento jurídico costarricense, se define como aquella persona física acreditada por la Bolsa Nacional de Valores y que representa a un puesto de bolsa, que realiza actividades bursátiles a nombre del puesto, ante el cliente y ante la Bolsa. Deberán ser personas de reconocida solvencia moral, capacidad para el ejercicio de su cargo y que deben cumplir las normas legales, reglamentarias y demás disposiciones emitidas por la Superintendencia General de Valores y por la Bolsa.

El artículo 60 de la Ley 7732 demanda la necesidad de contar con la acreditación respectiva para ejercer esta función, y someterse a los lineamientos de la bolsa de valores.

ARTÍCULO 60.- Agentes de bolsa
Los agentes de bolsa serán las personas físicas representantes de un puesto de bolsa, titulares de una credencial otorgada por la respectiva bolsa de valores, que realizan actividades bursátiles a nombre del puesto, ante los clientes y ante la bolsa. Las órdenes recibidas de los clientes serán ejecutadas bajo la responsabilidad de los puestos de bolsa y de sus agentes.
Los agentes de bolsa deberán ser personas de reconocida honorabilidad y capacidad para el ejercicio del

> *cargo; además, deberán cumplir las disposiciones de esta ley y los reglamentos que dicten la Superintendencia y la respectiva bolsa.*

Tiene potestad para comprar y vender valores por cuenta de sus clientes o por cuenta propia, para asesorar a sus clientes en materia de inversiones y de operaciones bursátiles, y prestar servicios de administración individual de cartera.

En el ejercicio de sus funciones, deben cumplir con todas las disposiciones de la ley y los respectivos reglamentos y proporcionar información estadística, financiera, contable, legal o de cualquier otra naturaleza que el cliente solicite.

C. El inversionista

Se trata del último eslabón de la cadena del mercado de valores, pero es el más importante. Sin inversionistas, el mercado deja de funcionar, dado que se trata de la persona física o jurídica que posee interés de colocar sus ahorros –agente superavitario– en la negociación de títulos valores con el fin de obtener réditos por ceder el uso de sus recursos a terceros.

Se define como las unidades superavitarias, demandantes de títulos valores en el mercado. Los recursos financieros de estos participantes son canalizados a través del mercado de valores hacia las empresas que requieren de financiamiento de sus actividades productivas, llevándose a cabo una función de asignación de recursos que contribuye al desarrollo económico del país. Los inversionistas son personas físicas o inversionistas institucionales, tales como empresas del sector público y privado.

Las actuaciones de todos los anteriores sujetos en el mercado de valores se regulan por una rama del derecho propio, la cual se estudiará a continuación.

4. El derecho del mercado financiero y el derecho del mercado de valores

El derecho del mercado financiero surge como respuesta al crecimiento de los mercados financieros, el cual engloba el mercado bancario o de crédito, el mercado de seguros y el mercado de valores. Se trata de una disciplina académica que comprende el estudio del conjunto de normas que regulan los mecanismos que permiten garantizar la eficiente asignación del ahorro a la inversión.

El derecho del mercado financiero incluye las ramas del derecho encargadas de regular cada uno los submercados que, en su conjunto, conforman el mercado financiero, tal como se señala en la figura 4.

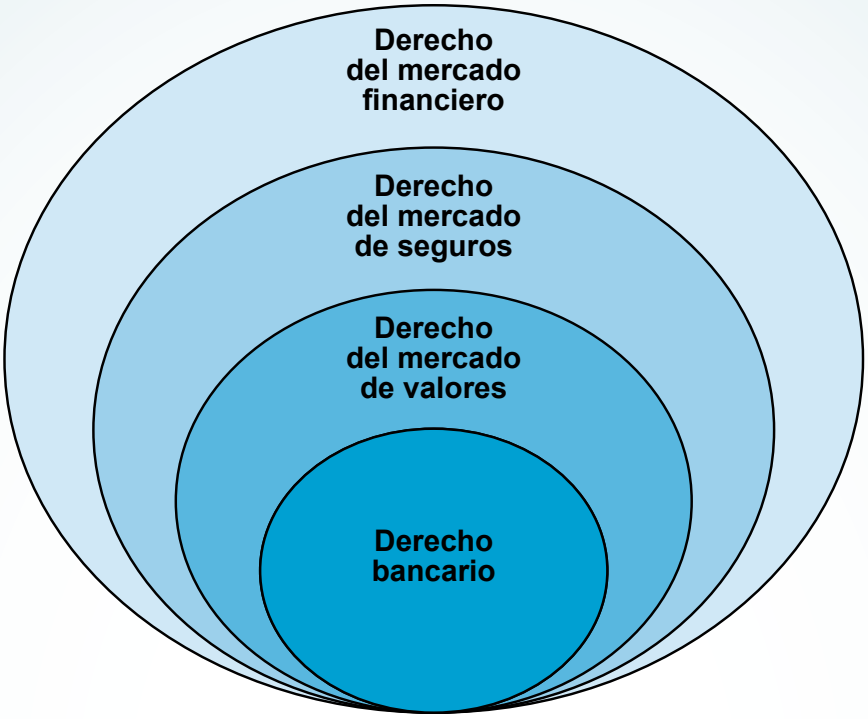


Figura 4. Ramas del derecho que incluyen el derecho del mercado financiero

Interesa desarrollar el contenido del derecho del mercado de valores como una subrama del derecho del mercado financiero encargada de regular las reglas vigentes en la negociación que se lleva a cabo en el seno del mercado de valores con el fin de garantizar la seguridad jurídicas de las partes que negocian.

Barrachina (2013) explica el reciente surgimiento del derecho del mercado de valores, como una rama de derecho autónomo tendiente a resolver un problema de insuficiencia normativa:

> *Dentro del Derecho del mercado financiero, el Derecho del Mercado de Valores, se configura no sólo como la respuesta ante las carencias del Código de Comercio sino del mismo Derecho societario, cuyas normas no alcanzaban a regular los mercados secundarios, la negociación de valores (acciones u obligaciones), ni la protección de los inversores. Ante esta insuficiencia normativa, tiene nacimiento el Derecho del Mercado de Valores. /.../ Así, pues, el Derecho del Mercado de Valores es ordenación de los mercados de valores. Versa sobre los mercados y los instrumentos financieros que en ellos se negocian. Se trata de una lex specialis. Su especialidad estriba en que, dada la importancia de los mercados de valores en el orden económico, se somete a quienes realicen actividades en éstos, a una supervisión administrativa. La decisión de diseñar un régimen legal para el mercado de valores viene marcada por el interés público y la*

> *necesidad de garantizar la transparencia de los mercados y la protección de los inversores (p. 87).*

Barrachina (2013) lo define como aquella parte del derecho mercantil que comprende las normas e instituciones que tienen por objeto la regulación de la apelación al ahorro público mediante la emisión de valores negociables, la negociación de instrumentos financieros en mercados regulados, la protección de los inversores, así como las instituciones que intervienen en ellos.

El derecho del mercado de valores toma principio dentro del derecho mercantil a quien debe sus principios y fundamentos. Es una rama del derecho que da respuesta a las cuestiones que plantea la financiación mediante la emisión de valores. Esta actividad de emisión de valores y los negocios jurídicos que se llevan a cabo sobre estos constituyen actos de comercio.

Sin embargo, cuando Uría (2007) analiza los intereses públicos que debe tutelar el derecho del mercado de valores, llama la atención en el papel que desempeña el derecho administrativo en esta rama del derecho.

> *El derecho del mercado de valores está constituido por una parte significativa de Derecho administrativo, con toda la proyección de la protección pública del inversor que ello conlleva. Hablamos de dos intereses públicos a conjugar. Protección al inversor y eficiencia del mercado. La eficacia del sistema nace cuando se logra el equilibrio entre competencia y regulación, entre protección e innovación, competitividad de los mercados y protección de los inversores. En definitiva, inversor y mercado. [...] Por tanto, el derecho del mercado de valores debe conjugar ambos intereses públicos dignos de protección: la protección del inversor y la eficiencia del sistema, todo ello para alcanzar el equilibrio entre ambos y la eficacia total o general del sistema financiero.*

Se trata de una rama del derecho híbrida entre el derecho mercantil, de carácter privado, y el derecho administrativo, de carácter público, en donde se busca la eficiencia del mercado y se protegen los intereses económicos de sus participantes. Pero, a su vez, es el ejercicio de las potestades de imperio del Estado, al imponer cargas a los participantes.

Su ámbito de actuación es la emisión y negociación de valores y otros instrumentos financieros. Tiene características propias que lo separan de otras ramas del derecho:

- Mercantilidad: Pertenece a la rama del derecho mercantil, aun cuando posee una fuerte influencia del derecho público.

- Tecnicidad: Se trata de una rama del derecho muy especializada. Las operaciones bursátiles son cada vez más complejas, en las cuales inciden aspectos económicos, financieros y legales. Por ende, se requiere de un conocimiento especializado de la materia.

- Autonomía relativa: Pese a la gran influencia de otras ramas del derecho como el derecho económico y el derecho público, posee reglas propias que le otorgan un cierto grado de autonomía.

- Heterogeneidad jurídica: Agrupa normas heterogéneas de orden público y privado. Incluye normas de derecho público, relacionadas con el ejercicio del poder de policía del Estado de regular una actividad económica de impacto en la economía nacional, y normas de derecho privado que regulan las relaciones entre los distintos actores privados que participan en el mercado.

- Internacionalidad: Se caracteriza por el carácter internacional de su regulación. Los mercados de valores se encuentran conectados en un mercado mundial. Esto demanda la necesidad de armonizar las normas de funcionamiento y la creación de normas que regulen la vinculación entre ellas.

De tal manera, el mercado de valores se rige por un ordenamiento jurídico que debe armonizar la libertad de comercio de los sujetos privados que participan en ella, y el fin económico que persiguen, por ejemplo, obtener financiamiento, ganancias, etc., y el interés público de dicha actividad, razón por la cual, el Estado debe velar por su adecuado funcionamiento. Los principios rectores de esta rama del derecho son:

- Principio de eficiencia: El mercado de valores debe actuar de manera eficiente para permitir la materialización de la libre competencia en un mercado perfecto.

- Principio de protección al inversor: El mercado de valores debe tener un normal funcionamiento que permita proteger al inversor de situaciones de abuso, de tal manera, que este continúe invirtiendo, y el mercado siga funcionando.

- Principio de apelación al ahorro público: El mercado de valores busca promover el ahorro, de tal manera que las personas inversionistas tengan recursos que puedan ofrecer a quienes requieren financiamiento, a cambio de un rendimiento.

- Principio de profesionalidad de los intermediarios: El derecho del mercado de valores se caracteriza por ser técnico, al requerir conocimientos jurídicos, pero también económicos, ello demanda que la intermediación financiera debe ser realizada por personas físicas y jurídicas técnicamente competentes para prestar dicho servicio de manera adecuada.

- Principio de la transparencia: La transparencia en el mercado de valores es esencial para la adecuada determinación del precio con el cual se cotizan los valores, de tal manera, que refleje la realidad económica y no responda a manipulaciones irregulares.

Estos principios permiten interpretar las normas aplicables al mercado de valores y las operaciones que se realizan en ella, dada la importancia que posee en la economía de un país, lo cual se explicará líneas más adelante.

5. El derecho del mercado de valores en el crecimiento económico del país

Un mercado de valores dinámico permite darle un mayor aprovechamiento al ahorro, al ofrecerle opciones de inversión al agente superavitario por medio de alternativas con rendimientos atractivos y, a su vez, les otorga financiamiento a las entidades deficitarias que requieren capital de trabajo para llevar a cabo sus proyectos, sin recurrir al endeudamiento, con lo cual se incentivan la producción y el crecimiento económico de los países.

Un adecuado funcionamiento del mercado de valores permite dinamizar una economía y, para ello, como toda actividad social, se requiere de un marco jurídico integrador y adecuado que permita regular la actividad.

El derecho del mercado de valores, que es aún una rama reciente en la ciencia jurídica, posee un gran aporte a la dinámica del mercado y al crecimiento económico de un país. Un adecuado derecho del mercado de valores otorga:

> *Seguridad jurídica: La dinámica del mercado de valores es riesgosa, una adecuada asesoría financiera aumenta las probabilidades de ganar en la inversión; pero siempre existe el riesgo de perder, debido a las fluctuaciones propias del mercado.*
> *Esta inestabilidad es propia de la dinámica de la inversión, pero es distinta a la estabilidad que debe tener el ordenamiento jurídico que lo regula. El derecho del mercado de valores otorga seguridad jurídica a todos los sujetos que participan; pero principalmente al inversor, quien debe valorar el nivel de riesgo que está dispuesto a aceptar; pero con la confianza de tener un marco jurídico claro y estable, con normas objetivas que delimitan responsabilidades e, incluso, sanciones. La seguridad jurídica es un aporte esencial para el prestigio del mercado de valores local. Incide en los criterios para considerar las calificadoras de riesgo país y, por ende, un nivel de inversión que tendrá un país.*
> *Equilibrio de intereses públicos y privados: La naturaleza híbrida del derecho del mercado de valores le permite poner en equilibrio los intereses particulares, propios del derecho mercantil, como los intereses públicos, derivados del ejercicio de las potestades de imperio del Estado.*
> *La obtención de una ganancia es un objetivo lógico procurado por los sujetos que participan en el mercado, y ello resulta acorde a los intereses del derecho mercantil. Pero, por otro lado, el Estado debe velar por la sanidad del mercado, ya que posee repercusiones en la economía de todo el país e, igualmente, debe velar por los intereses de las personas inversionistas.*
> *En consecuencia, se trata de actores privados que procuran objetivos particulares, operando en un mercado de amplia regulación estatal. De esta manera, se logra una paridad entre los fines perseguidos.*

Protección al inversionista: Algunos de los principales objetivos perseguidos por el derecho del mercado de valores es proteger al inversionista, procurar que el mercado sea transparente y que este posea toda la información adecuada, necesaria y suministrada en el momento oportuno para que pueda tomar sus decisiones de inversión.

Si bien, existe el riesgo de pérdidas en la inversión, estas no pueden ser fruto de ausencia de información, ocultamiento de esta o cualquier otra conducta dolosa de los sujetos que participan en el mercado; en consecuencia, el Estado debe emitir reglamentación tendiente a proteger al inversionista en estos casos. Por lo tanto, se protege al inversionista, que es el actor más importante del mercado de valores y, con ello, se promociona que los agentes superavitarios coloquen sus recursos en este mercado, y le otorga dinamismo a la economía.

Estabilidad económica: El derecho del mercado de valores persigue la eficiencia del mercado, y esto repercute en la estabilidad económica de un país. Esta rama del derecho le otorga a la banca central una serie de potestades y competencias para recurrir a instrumentos financieros, a fin de incidir en la estabilidad económica y monetaria de un país.

Flexibilidad del mercado: El mercado de valores se caracteriza por ser dinámico y cambiante. Debe ajustarse según las necesidades del mundo de los negocios que precisamente se caracteriza por su mutabilidad.

En la medida en que surgen nuevas necesidades de financiamiento y nuevos productos en el mercado, así del derecho debe ajustarse a estas; en consecuencia, el derecho del mercado de valores contribuye a lograr esa flexibilidad que demanda el mercado de valores para su operación, en armonía con la seguridad jurídica que aporta.

El derecho del mercado de valores, pese a ser una rama del derecho relativamente nueva, evoluciona de manera acelerada, respondiendo a las necesidades jurídicas de un mercado altamente dinámico y mutable.

Su adecuada elaboración y aplicación en el país es un requisito esencial para el desarrollo y modernización del mercado de valores, el cual localmente se caracteriza por ser pequeño, pero con potencial de crecimiento, lo cual a largo plazo tendrá efectos positivos en la economía nacional.

6. Conclusiones

El derecho del mercado financiero surge como respuesta a la necesidad de contar con un área del derecho especializada en atender las demandas de una actividad de gran impacto; pero que se caracteriza por su tecnicismo y complejidad. Dentro de esta rama del derecho, surge el derecho del mercado de valores que, precisamente, regula el mercado de valores que es un submercado del mercado financiero.

El derecho del mercado de valores es de reciente formación, sin embargo, posee una evolución acelerada y un gran impacto, al promover la conexión entre unidades superavitarias y unidades deficitarias, y el giro de los recursos que inciden en el desarrollo económico de los países.

7. Bibliografía

- Alvarado Méndez, H. (2012). Génesis y realidad actual de la Bolsa Nacional de Valores. Análisis jurídico-histórico y sus vicisitudes. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica.

- Barrachina, E. (2013). Derecho del mercado de valores. España: Difusión Jurídica.

- Córdoba, M. (2012). Gestión financiera. Ecoe Ediciones. Tomado de http://www.ebooks7-24.com

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1964). Código de Comercio, Ley 3284. San José, Costa Rica. Sistema Nacional de Legislación Vigente.

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1888). Código Civil, Ley 63. San José, Costa Rica.

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2016). Código Procesal Civil, Ley 9342. San José, Costa Rica. Sistema Nacional de Legislación Vigente.

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1990). Ley Reguladora del Mercado de Valores, Ley 7732. San José, Costa Rica. Sistema Nacional de Legislación Vigente.

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1953). Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Ley 1644. San José, Costa Rica. Sistema Nacional de Legislación Vigente.

- Hernández Aguilar, A. (2002). Derecho bursátil (Mercado de valores). Tomo I. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S. A.

- Martín Marín, J. L y Trujillo Ponce, A. (2004). Manual de mercados financieros. España: Thomson Ediciones Paraninfo.

- J.,L., J.,C. (2016). Principio de administración financiera. (14a. ed.). Pearson Educación. Tomado de http://www.ebooks7-24.com

- Banco Nacional de Costa Rica. (2018). Glosario. Tomado de https://www.bnvalores.com/html/glosarioB.html

- Procuraduría General de la República. (2008). C-135-2008. Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

- Procuraduría General de la República. (2010). C-030-2010. Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

- Procuraduría General de la República. (2012). C-068-2012. Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

- Sala Primera de la Corte. (2011). Sentencia 1247-2011. Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.

- Tribunal Contencioso Administrativo. (2008). Sentencia 241-2008. Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.

- Uría, F. (2007). Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva. España, Madrid: La Ley.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 225-250 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

EL USO DE LA MARCA Y SU TRASCENDENCIA

MSc. Mario Felipe Marín Cascante*
mfmarin@Poder-Judicial.go.cr

RESUMEN

El trabajo de investigación abarca en términos generales el tema de las marcas con el fin de posteriormente ahondar en la importancia del uso y/o registro de estas. Se procura verificar la trascendencia de la utilización de la marca, ya sea antes o después de su registro. A partir de lo anterior, se pretende dar respuesta a interrogantes tales como: ¿Qué tan necesario es registrar la marca para poder protegerla frente a terceros? ¿Existe alguna ventaja de la "marca de hecho" frente a la "marca inscrita"? ¿Cuál es la relevancia de usar la marca una vez que esté inscrita en el Registro? Finalmente, se presentarán los principales argumentos dados por el Tribunal Registral Administrativo en relación con casos de cancelación por falta de uso de la marca.

Palabras claves: marcas, uso de marca, cancelación de marca por no uso, obligación de uso, registro facultativo.

ABSTRACT

This research paper covers the generalities of Trademarks Protection, in order to discover the importance of usage and registration of brands. The idea is to focus the study on the transcendence of brands usage, not matter if is: after or before the process to became a Trademark. Pretending to answer questions such as: ¿It's necessary to registry a brand to be able to protect it against third parties? ¿What's the advantage of non-registry brand against a register trademark brand? ¿What's the main issue of using brands when it's already register as a trademark? Finally identifying main arguments that have been given regarding to cases of cancellation due to lack of use of a Trademark by the Costa Rican Administrative Registry Tribunal.

Keywords. Registered Trademark, Trademark Use, Brand Cancelation for non-use, Usage Obligation, Facultative Registry.

Recibido 30 de julio de 2019 Aceptado 27 de febrero de 2020

MSc. Mario Felipe Marín Cascante. Máster en Administración de Justicia Enfoque Socio jurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA), Licenciatura en Derecho y Especialidad en Derecho Notarial y Registral, ambas de la Universidad de Costa Rica (UCR). Sus graduaciones de licenciatura y especialidad han sido con distinción. Su carrera profesional inicia en el año 2008 como Fiscal en la Fiscalía Especializada de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios. Desde el 2013, es juez de la República y ha desempeñado su cargo en varios tribunales del país, actualmente en Juzgados de la provincia de Heredia. A partir del 2015 es profesor de Derecho en la Universidad Hispanoamericana. Correo electrónico: mmarinc@abogados.or.cr

SUMARIO: I. Aspectos generales, II. Sobre la utilización y el registro de la marca, III. Pronunciamientos del Tribunal Registral Administrativo con respecto a la no utilización de la marca, IV. Conclusiones, V. Fuentes consultadas.

I. Aspectos Generales sobre las Marcas

A. Sobre el concepto

A efectos didácticos, es oportuno iniciar con una precisión terminológica, señalando que hay una relación género-especie entre los conceptos "signo distintivo" y "marca"[1], pues toda marca pertenece al género de signos distintivos, mas no todo género distintivo se cataloga como una marca.

En propiedad intelectual existen signos distintivos que, por lo general, emplea un comerciante (sea persona física o jurídica) en su actividad comercial, entre ellos: las marcas, los nombres comerciales, los emblemas, los rótulos, las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen. Lo anterior no viene en detrimento de que un mismo signo pueda ser utilizado por una persona como marca de producto y nombre comercial a la vez; sin embargo, sí es útil tener presentes dichas distinciones.

Así, la marca es uno de los elementos que puede emplear cualquier persona para identificar con mayor facilidad su producto o servicio dentro un mercado determinado. Al orientar a las personas consumidoras en su decisión de consumo, es altamente usado por los comerciantes para ayudar a identificar la procedencia empresarial y la calidad de sus productos y servicios. Por eso, se considera un factor de peso a la hora de una decisión de consumo, ya que indefectiblemente es susceptible de inyectar valor al producto y servicio del comerciante.

Como se rescata de un artículo publicado en la *Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, en adelante OMPI[2], la marca puede llegar a ser un activo comercial muy valioso para una empresa en particular que inclusive supere el valor de los activos físicos de esta. Por ejemplo:

> *Pongamos, por caso, Coca Cola. Se estima que sus activos físicos están valorados en 20.000 millones de dólares EE.UU., en tanto que su valor de marca se estima en 70.000 millones de dólares, según la consultora Interbrand. La forma en que una empresa desarrolla y gestiona su marca es un factor determinante fundamental de los buenos resultados comerciales (Roenning, 2011, p. 16).*

Por su parte, Fernández, Lastres y Agra (2013) exponen que la marca es:

> *[…] un bien inmaterial; esto es, un bien que no tiene una existencia sensible, sino que por el contrario, necesita materializarse en cosas sensibles (corpus mechanicum) para ser percibido por lo sentidos, siendo además susceptible de ser reproducido ilimitadamente y de modo simultáneo en diversos lugares*

> *[…] aparece como un signo (figurativo, denominativo, tridimensional, etc.): signo que es una realidad intangible, y que a fin de ser percibido por los demás, tiene que materializarse en el producto o envase (p. 501).*

En el ámbito normativo, también se pueden encontrar varias definiciones del término marca. Por ejemplo, la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, N.° 7978 (2000), de Costa Rica brinda en dos momentos una explicación a este concepto. Primero, dentro del glosario de términos usuales contemplado en el artículo 2, refiere que es:

> *[…] cualquier signo o combinación de signos que permite distinguir los bienes o servicios de una persona de los de otra, por considerarse éstos suficientemente distintivos o susceptibles de identificar los bienes o servicios a los que apliquen frente a los de su misma especie o clase.*

De seguido, el numeral 3 ofrece una definición más completa, donde se precisa cuáles son los signos que pueden constituir una marca:

> *Las marcas se refieren, en especial, a cualquier signo o combinación de signos capaz de distinguir los bienes o servicios; especialmente las palabras o los conjuntos de palabras -incluidos los nombres de personas-, las letras, los números, los elementos figurativos, las cifras, los monogramas, los retratos, las etiquetas, los escudos, los estampados, las viñetas, las orlas, las líneas o franjas, las combinaciones y disposiciones de colores, así como los sonidos. Asimismo, pueden consistir en la forma, la presentación o el acondicionamiento de los productos, sus envases o envolturas o de los medios o locales de expendio de los productos o servicios correspondientes.*
>
> *Sin perjuicio de las disposiciones relativas a las indicaciones geográficas contenidas en esta ley, las marcas podrán referirse a nombres geográficos, nacionales o extranjeros,* **siempre que resulten suficientemente distintivos y su empleo no sea susceptible de crear confusión** *respecto del origen, la procedencia y las cualidades o características de los productos o servicios para los cuales se usen o apliquen tales marcas.*
>
> *La naturaleza del producto o servicio al cual ha de aplicarse la marca, en ningún caso será obstáculo para registrarla (Ley N.° 7978, 2000). (El resaltado es propio).*

En similar sentido, la autora nacional, García (2013) lo trata como "cualquier signo visible que sirva para distinguir los bienes o servicios de una empresa y distinguirlos de otros productos similares o iguales […]" (p. 164), haciendo hincapié en que los factores de trascendencia para identificar dicho concepto están vinculados al factor "distinción" y la idea de procurar "no causar confusión".

Se rescata de las definiciones que la marca engloba dos aspectos; por un lado, un signo y, por otro, un producto o servicio que lo identifica.

Atendiendo las conceptualizaciones anteriores, se entiende la marca como un bien inmaterial, clasificable dentro del género de los signos distintivo que necesita proyectarse en un mercado para ser percibido mediante los sentidos, ya sea de manera visible, táctil, olfativa o sonora, y generar un elemento diferenciador en la psiquis de las personas (consumidoras) con el ánimo de identificar un producto o servicio de otros, minimizando la confusión entre productos y servicios de igual o similar categoría o clasificación.

Al materializarse en un signo, puede ser proyectada de forma ilimitada en cualquier elemento que sea perceptible por medio de los sentidos, ya sea de manera simultánea o no, en un sinnúmero de lugares físicos o virtuales. Asimismo, conlleva de modo implícito un valor agregado al servicio o producto que identifica y, consecuentemente, al titular o persona que lo utilice.

Cabe mencionar que la tutela dada a las marcas, además de estar en leyes y convenios internacionales, se encuentra reconocida de manera expresa en el texto de la Constitución Política costarricense en su numeral 47, donde se establece la protección de propiedad exclusiva al productor y comerciante de su marca.

Existe una amplia gama de normativa internacional referente al tema de propiedad industrial, en su mayoría tratados internacionales. Tanto en estos como en la legislación nacional, se brindan aproximaciones para dar respuesta a qué se debe entender por una marca, dotando seguridad jurídica a lo que se debe comprender por este bien inmaterial. Lo trascendente y punto común de todas ellas es que un signo es considerado una marca cuando reúna las condiciones necesarias para ser utilizado en el mercado y potencialmente cumpla una función de "diferenciar productos o servicios" (también denominada función diferenciadora)[3].

Es oportuno aclarar que cualquier signo palpable por los sentidos humanos[4] puede ser objeto de considerarse una marca, por lo que no necesariamente se debe percibir por la vista. Así, se registran sonidos o fragancias en doctrinas y convenios internacionales. Al ser un signo, la OMPI (s.f.) refiere que puede consistir en:

> *[...] una palabra o una combinación de palabras, letras y cifras. Pueden consistir, asimismo en dibujos, símbolos, características tridimensionales, como la forma y el embalaje de los productos, signos no visibles, como sonidos, fragancias o tonos de color utilizados como características distintivas; las posibilidades son casi ilimitadas.*

Con respecto a este último punto en particular, García (2013) indica que una de las novedades introducidas con el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América, conocido por sus sigla en inglés como CAFTA, es que, en el capítulo 15, correspondiente al tema de propiedad intelectual, se hace referencia a marcas olfativas y sonoras.

B. Funciones esenciales

Atendiendo al reconocido tratadista alemán Kunze (1994), la conceptualización dada a la marca en la normativa y doctrina le otorga una función trascendente como lo es la función indicadora de procedencia empresarial, conocida como función de procedencia y/o distinción de la marca.

De acuerdo con la idea de la "procedencia", la marca sirve para ser identificada a "los ojos del consumidor", lo cual no necesariamente implica que deba informarse a este de la persona que fabrica el producto o lo comercializa, porque la mayor parte del tiempo, el consumidor ignora el nombre del fabricante o la ubicación geográfica donde se fabrica, y en realidad, son aspectos poco trascendentales para que la marca cumpla su "objetivo de indicación de origen del producto".

Por lo tanto, es suficiente el hecho de que el consumidor pueda confiar en una empresa determinada, no necesariamente conocida por él, que pueda responder por el producto identificado con una marca específica. Por ello, es responsable de la comercialización del producto y es considerado "fabricante o comerciante". En pocas palabras, la función de procedencia "permite al consumidor distinguir un producto vendido bajo dicha marca de los productos ofrecidos en el mercado por otras empresas". (Kunze, 1994).

II Sobre la Utilización ("Uso") y el registro de una Marca

A. Modos de protección de la marca

Para procurar dar respuesta a cómo se protege una marca de productos o servicios, primero se expone el tema de la utilización de la marca ("sobre el uso de la marca"), para luego enfocarse en el registro o inscripción de una marca ("sobre el registro de la marca"). Se desarrollan las ideas por medio de una serie de preguntas generadoras que permiten facilitar el abordaje del tema.

Kunze (1994) expresa que una marca puede protegerse de dos maneras: i. por su uso ("utilización") o ii. por su "registro", siendo a lo largo del tiempo los dos principales enfoques aplicados por separado, no obstante, en la actualidad ambos se combinan.

Agrega que la plena protección de una marca ocurre gracias a una inscripción en el registro de marcas de la localidad correspondiente, por lo cual es oportuno recalcar que estas se basan en un principio de territorialidad. De esta forma, hoy el registro "constituye la única garantía de protección total de la marca" (Kunze, 1994, p. 11), ilustrando cómo en el mundo globalizado actual muchos países optan por crear sus propios registros de marca.

Sin embargo, hace la salvedad de que la utilización de la marca continúa desempeñando un papel trascendental al punto que:

> *[…] los países donde la protección de la marca se suele basar en la utilización,*

> *el registro de la marca simplemente confirma el derecho a la misma que ha sido adquirido mediante la utilización. Por consiguiente, el primer usuario tiene la prioridad en un litigio en materia de marcas y no la persona que primero registró la marca (Kunze, 1994, p. 11).*

Dicho enfoque se presenta en países como: "Estados Unidos de América, Filipinas, Indonesia y todos los países cuyo sistema jurídico está basado en el modelo británico tradicional (Hong Kong, India, Singapur)". (Kunze, 1994, p. 11). A su vez, aclara que no se puede dejar de lado que el uso influye en varios aspectos por verificar en el procedimiento de registro y en la defensa de una marca registrada.

Desde una concepción similar, Fernández *et al.* (2013) comentan que el nacimiento de una marca desde un punto de vista lógico-jurídico está cimentado en dos principios fundamentales: el de "prioridad en el uso" y el de "inscripción registral" (p. 513).

Con respecto al primero, de prioridad en el uso, prevalece en las etapas iniciales de los sistemas de marcas, donde el derecho de marca se "adquiere originariamente a través de la utilización efectiva del signo en el mercado", siendo importante determinar quién usa por primera vez la marca para designar sus productos o servicios. En este orden de ideas, la inscripción registral tiene un "valor declarativo", mas no constitutivo, por lo que en la práctica ante un eventual conflicto "entre el anterior usuario de una marca y el posterior titular registral de la misma debe resolverse a favor del primer usuario". (Fernández *et al*., 2013, p. 514).

Fernández *et al.* (2013) explican que, en una fase posterior, el principio de prioridad en el uso evoluciona para de alguna manera enlazar el derecho de marca no con el simple empleo del signo, sino más bien con la "notoriedad"[5] que pueda llegar a obtener en razón de su uso. Por tanto, ambos principios supracitados (prioridad en el uso y principio de notoriedad del signo) conectan el nacimiento del derecho con un hecho extrarregistral.

Por otro lado, en cuanto al principio de "inscripción registral", mencionan que el derecho de marca surge con la inscripción del signo en el respectivo Registro de marcas. El registro es de carácter constitutivo, ya que el uso anterior carece de mayor relevancia. No obstante, a su criterio, el principio de prioridad en el uso es superior al principio de inscripción registral porque "al enlazar el nacimiento del derecho sobre la marca con el nacimiento de la misma por parte de los consumidores, concuerda plenamente con la naturaleza de la marca como bien inmaterial". (Fernández *et al*., 2013).

Continúan indicando que el tema de la inseguridad jurídica que acompaña al principio de prioridad en el uso y la notoriedad (donde un empresario no tiene certeza de ser el titular definitivo de esta) son las principales razones por las que en Europa prevalece el sistema de inscripción registral, el cual vela de manera notoria por la seguridad jurídica en el eficiente desarrollo de la política de marcas.

Sin embargo, el asunto no es un tema sencillo y vuelve a presentar inconvenientes por cuanto aplicando a rajatablas el principio de inscripción

registral, un tercero puede apropiarse de forma indebida de una marca que algún "operador económico" utiliza en el mercado. Por ello, concluyen que es preferible "adoptar un sistema mixto que combine armónicamente" (Fernández *et al.,* 2013) ambos principios, pero destacan que no es el predominante en el Sistema Europeo de Marcas.

Más adelante, se detalla lo que acontece en Costa Rica en relación con el uso de la marca y su registro, a criterio del investigador, muy ligado a la idea del sistema mixto. No obstante, cabe resaltar que, en Costa Rica, la persona que desee inscribir su marca y logre demostrar un uso previo[6] goza de cierto privilegio frente a otra persona que también busca registrar una marca igual o similar.

A su vez, una oposición sustentada en el uso anterior de la marca se declara improcedente si el opositor no acredita que ha solicitado registrar la marca usada ante el Registro de la Propiedad Industrial dentro del plazo de 15 días posteriores a la oposición (Ley N. 7978, 2000, art. 17).

Siguiendo dicho orden de ideas, la persona que se opone al registro necesariamente debe presentar la solicitud de registro de la marca dentro de los 15 días contados a partir de la oposición (se debe destacar que, con toda solicitud de registro de marca por primera vez, los interesados pueden presentar oposición dentro del plazo de dos meses de la publicación del primer aviso según el artículo 16 de la Ley N.° 7978 del 2000). Y no es hasta que se haya acreditado el uso anterior de la marca del opositor y se hayan cumplido los requisitos fijados en la Ley de Marcas para registrar la marca, cuando se le concede el registro al opositor, si se acredita su utilización frente al registrante.

Asimismo, puede otorgarse el registro de la marca contra la que sea susceptible de crear confusión (en caso de que se trate de marcas similares). Al respecto, el Registro puede limitar o reducir la lista de los productos o servicios para los cuales puede usarse cada una de las marcas y se pueden establecer otras condiciones relativas a su empleo cuando sea necesario para evitar riesgos de confusión (Ley N.° 7978, 2000, art. 17).

B. Sobre el uso de la marca

1. ¿Qué tan relevante resulta el empleo de la marca previo a su registro?

En Costa Rica, existe un principio de prelación para adquirir el derecho derivado del registro de la marca, lo cual representa una ventaja en caso de conflicto cuando dos o más personas pretenden registrar una misma marca.

El numeral 4 de la Ley de Marcas refiere que:

> *a) Tiene derecho preferente a obtener el registro, la persona que la esté usando de buena fe en el comercio desde la fecha más antigua, siempre que el uso haya durado más de tres meses o invoque el derecho de prioridad[7] de fecha más antigua (Ley N.° 7978, 2000).*

Si con anterioridad no se utiliza la marca (o el uso es menor a tres meses), rige el principio de "primero en tiempo, primero en derecho", pues el registro

es concedido a la persona que presente primero la solicitud correspondiente o invoque el derecho de prioridad de fecha más antigua, siempre que se cumplan los requisitos establecidos. A efectos de contabilizar la antigüedad de las gestiones y verificar la prelación en la presentación de dos o más solicitudes, se toman en cuenta la fecha y hora de presentación de cada una.

Hasta aquí puede concluirse que aquella marca que aún no es inscrita (marca de hecho) le va a permitir al que la usa o explota una protección especial frente a terceras personas que pretendan inscribirla (sean esos terceros de buena o mala fe), siempre que su utilización haya sido por más de tres meses. En caso contrario, personas oportunistas podrían llegar a inscribir la titularidad de la marca a pesar de que nunca la hayan empleado, siendo discutible si esto ocurre en situaciones de i. marcas notoriamente conocidas o ii. el que haya usado la marca se oponga al registro.

En el supuesto de poder defender el uso frente al registro, la persona interesada cuenta con el inconveniente que sobre él recae la carga probatoria "del uso" y debe apersonarse en la oportunidad procesal oportuna para hacer valer su derecho; por consiguiente, para fines prácticos parece que es útil y razonable optar por la protección al registrarla, lo cual se ahonda a continuación.

2. ¿Es importante usar una marca que ya está registrada?

Es necesario partir del principio de que en materia de ley de marcas es una condición *sine qua non* estipular el uso de la marca, por más que algunos cuerpos normativos de marcas no instauren que se debe utilizar al momento de la gestión o haberla empleado en el pasado como una condición o requisito previo a la hora de su inscripción ante los respectivos Registros[8].

Kunze (1994) señala "que la protección de la marca no es un fin en sí mismo, porque lo vital para la economía es que la marca registrada efectivamente se utilice. No sirviendo como una "barrera artificial" para el registro de nuevas marcas el simple hecho de haberla registrado, pues la razón de ser de una marca es "distinguir los productos que designa de los demás productos" (p. 46). Por lo que pierde total sentido permitir que una marca esté registrada si esta nunca va a ser usada. En marcas resulta práctico para fines didácticos y académicos asociar este particular acápite con el viejo adagio que indica: "Lo que no se usa, se atrofia o pierde".

Cabe mencionar que, para darse el uso efectivo, después de realizado el trámite correspondiente, el titular que registra la marca cuenta con un "plazo de gracia", en vista de que para colocar un nuevo producto o servicio en el mercado, se tarda un tiempo específico, máxime si es para ser colocado en un país ajeno al lugar donde se produce o si se trata de un producto con especificaciones o requisitos más técnicos (por ejemplo, productos farmacéuticos que requieren permisos especiales). Por esta razón, Kunze (1994) expresa que en los países este plazo de gracia va de los tres a cinco años. En Costa Rica es de cinco años.

La normativa costarricense establece que una marca registrada se encuentra en uso cuando los productos o servicios que distingue son puestos

en el comercio con esa marca, en la cantidad y el modo que normalmente corresponde, tomando en cuenta la dimensión del mercado, la naturaleza de los productos o servicios de que se trate y las modalidades bajo las que se comercializan. También constituye uso de la marca su empleo en relación con productos destinados a la exportación a partir del territorio nacional o con servicios brindados en el extranjero desde el territorio nacional (Ley N.° 7978, 2000, art. 40).

3. ¿Qué consecuencia conlleva la falta de uso de una marca registrada?

Como se detalla líneas atrás, lo que no se usa, se puede perder. La principal consecuencia de no utilizar la marca es su "cancelación".

Kunge (2003) indica que la carga de la prueba se invierte, bastando que la persona que refiera que tiene interés legítimo en la explotación o utilización de la marca exponga su alegato de falta de uso, recayendo en el titular de la marca demostrar lo contrario[9]. Si bien Kunge (2003) lo trata como "anulación" del registro, la normativa costarricense lo califica en el numeral 39 de la Ley de Marcas como "Cancelación del registro por falta de uso de la marca". (Ley N.° 7978, 2000).

En Costa Rica, la prueba del uso de la marca corresponde al propio titular[10], no debiendo ser confundida la carga de la prueba con lo dicho en el artículo 42 de la Ley de Marcas, el cual en lo que interesa establece: "La carga de la prueba del uso de la marca corresponderá a quien alegue la existencia de la nulidad" (Ley N.° 7978, 2000).

En todo caso, es importante distinguir entre la cancelación y la nulidad de una marca (aspecto que es abordado por el Tribunal Registral Administrativo en el 2017 como se indica en la parte final del presente artículo), pues la nulidad de una marca sucede por aspectos intrínsecos en su constitución (al momento de su tramitación y registro), mientras su cancelación es por falta de uso, por lo que obedece a razones posteriores al registro, más bien son "situaciones sobrevenidas".

Por esto, cualquier persona interesada puede gestionarlo al Registro de Propiedad Industrial, el cual brinda audiencia al titular del registro de la marca. Previo al debido proceso, si se determina que no se usa en Costa Rica durante los cinco años precedentes a la fecha de inicio de la acción de cancelación, es posible que el titular pierda el registro.

Una particularidad significativa es que la cancelación no procede antes de transcurridos cinco años contados desde la fecha del registro de la marca.

Ahora bien, cuando el uso de la marca se inicie después de transcurridos cinco años contados desde la fecha de concesión del registro respectivo, tal uso solo impide la cancelación del registro si se comienza por lo menos tres meses antes de la fecha en que se presente el pedido de cancelación.

Este tipo de gestión también puede ser gestionado como defensa contra una objeción del Registro de la Propiedad Industrial, una oposición de tercero al registro de la marca, un pedido de declaración de nulidad de un registro de marca o una acción por infracción de una marca registrada; en cuyo caso, la cancelación es resuelta por el Registro de Propiedad Industrial.

Por último, la normativa costarricense agrega que, cuando la falta de uso afecte solamente a uno o algunos de los productos o servicios para los cuales la marca esté registrada, la cancelación del registro se resuelve en una reducción o limitación de la lista de los productos o servicios comprendidos en el registro y elimina aquellos respecto a los cuales la marca no se usa (en cuanto a esto, se puede consultar el capítulo III, inciso 3).

Si ocurre la cancelación por falta de uso de algún producto (porque el titular no logra demostrar su utilización), no significa que, dentro del proceso de registro (la parte que gestiona la cancelación por falta de uso para inscribir una marca propia), el titular de la marca pueda defender su derecho exclusivo a la marca registrada contra "el registro y la utilización de una marca idónea o similar susceptible de crear confusión por parte de un competidor para todos los productos que son idénticos o similares al producto para el cual su marca está registrada y es utilizada". (Kunge, 2003, p. 68).

En otras palabras, la oposición no es en razón de una marca registrada de dicho producto o su uso, sino más bien a la eventual confusión que pueda existir en el mercado de marcas similares o idénticas, pues el fin principal es que no haya confusiones entre mercados ni servicios de una misma o similar categoría.

4. ¿Puede justificarse el no uso de una marca registrada?

Sí es posible justificar el no uso de una marca registrada. La misma normativa prevé que en determinados casos no acarrea consecuencias negativas a su titular, como lo es la cancelación de la marca.

Se puede considerar como la excepción a la regla por no uso cuando se acredite que se deba a motivos justificados (artículo 41 de la Ley de Marcas), como lo son circunstancias ajenas a la voluntad del titular de la marca y que sean obstáculo para la utilización, por ejemplo: i. Caso fortuito o fuerza mayor y ii. Restricciones a la importación u otros requisitos oficiales impuestos a los productos o servicios protegidos por la marca. Lo cierto del caso es que pueden obedecer a circunstancias de diversa índole y son evaluadas por la autoridad (ya sea administrativa o judicial) que debe decidir la cancelación de la marca.

C. Sobre el registro de la marca

1. ¿Es obligatorio el registro de una marca?

Según se expuso líneas atrás, las personas que utilizan una marca empiezan a generar cierta protección sobre su signo distintivo por el solo hecho de usarla, lo que se da es un "reforzamiento" de la protección al momento que es registrada (especialmente si el uso es por un plazo mayor a tres meses).

Sin embargo, con respecto a si existe obligatoriedad o no de registrar una marca, el numeral 4 de la Ley de Marcas y

Otros Signos Distintivos, N.° 7978 (2000) refiere en su parte final que en Costa Rica "El empleo y registro de marcas para comercializar productos o servicios es facultativo". Al ser **facultativo,**

queda a criterio de la parte interesada en registrar la marca o no, bajo las consecuencias de que terceras personas opten por registrar la misma marca o una similar conllevando ulteriores problemas de confusión en el mercado.

Asimismo, se debe tomar en cuenta que el hecho de registrar la marca tampoco implica una entera protección en caso de que la parte registrante no tenga la intención de utilizarla dentro del mercado, ya que si tarda cinco años sin emplearla, puede llegar a perderla ante una eventual solicitud de cancelación.

La lógica inmersa en las marcas es distinguir un producto o servicio de los demás productos y servicios. Por lo tanto, si no existe ese uso, ¿para qué protegerla? Por ello, la normativa nacional y la internacional tienden a procurar mecanismos para desalentar al registrante que no pretende usar la marca, como cancelar el registro a instancia de parte (proceso denominado en Costa Rica como "proceso de cancelación por falta de uso de la marca". Ver capítulo III).

2. ¿Qué mecanismos existen en la actualidad para registrar una marca en el ámbito nacional e internacional?

En Costa Rica, se cuenta con el Registro de la Propiedad Industrial adscrito al Registro Nacional, encargado de la inscripción en el ámbito nacional de todo lo relacionado con "marcas de ganado, patentes de invención, dibujos, modelos industriales, modelos de utilidad, nombres comerciales, marcas comerciales, expresiones o señales de publicidad comerciales y otros signos distintivos", como bien se rescata del sitio oficial del Registro (2010) en la Internet y de la Ley de Marcas (Ley N.° 7978, 2000).

La persona física o jurídica interesada en registrar su marca debe gestionar la solicitud correspondiente pagando un canon. En el caso de Costa Rica, posee un costo de inscripción de USD 50 (cincuenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) en timbres de registro por cada clase de productos o servicios que se desean inscribir.

En caso de necesitar su renovación, el costo es el mismo salvo que se realice en el plazo de gracia de seis meses después de vencida la inscripción de la marca anterior; situación en la cual se cobra adicionalmente USD 25 (veinticinco dólares de los Estados Unidos de Norteamérica). Tanto para la inscripción como para la renovación, se debe llenar una solicitud escrita en la cual se indique el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 9 de la Ley de Marcas.

Ahora bien, en el ámbito internacional, hay dos opciones de acuerdo a la información brindada en el sitio oficial de la OMPI (s.f.), a saber: "a. presentar una solicitud de marca en la oficina de marcas de cada uno de los países en que se quiera obtener protección o utilizar el sistema de Madrid"[11].

Costa Rica aún no forma parte de los países incorporados a dicho sistema, el cual incrementa la rapidez del registro de marcas, superando barreras territoriales al agilizar el proceso mediante sistemas electrónicos y en línea.

Se rescata de lo visto hasta el momento que, en materia de propiedad intelectual, propiamente en el tema de marcas, la persona interesada

requiere llevar a cabo el trámite respectivo en cada país o territorio donde desea proteger su marca, inscribiéndola y cumpliendo los requisitos preestablecidos en la legislación que opera en cada una de las soberanías estatales, las cuales, en su gran mayoría, funcionan de manera muy similar en vista de que los parámetros generales son establecidos por la OMPI.

Por último, cabe señalar que, en relación con el numeral 82 bis de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos (Ley N.° 7978, 2000), cualquier persona física o jurídica puede solicitar el registro de una marca, permitiéndose que se realice el trámite de forma personal, sin la necesaria intervención de un abogado. Solo en caso de que se actúe en representación de otra persona, se requiere poder autenticado por un abogado.

3. ¿Cuáles son los pasos que se siguen al momento de registrar una marca por primera vez?

En síntesis, de seguido se abordan, de manera somera, seis fases por seguir durante el proceso de inscripción, las cuales se extraen de la Ley de Marcas N.° 7978 (2000).

En la primera fase **de solicitud de la marca**, la parte interesada gestiona la solicitud escrita ante el Registro de la Propiedad Industrial, por medio de un formulario o la solicitud del registro de la marca, cumpliendo las formalidades contempladas en el numeral 9 de la Ley de Registro de Marcas.

En dicho momento, el Registro le asigna una fecha y hora de presentación a la solicitud de registro y la admite para el trámite, si cumple los siguientes requisitos: a) Contiene indicaciones que permiten identificar al solicitante. b) Señala una dirección o designa a un representante en el país. c) Muestra la marca cuyo registro se solicita o, si se trata de marcas denominativas con grafía, forma o color especial o de marcas figurativas, mixtas o tridimensionales con color o sin él, se adjunta una reproducción de la marca. d) Contiene los nombres de los productos o servicios para los cuales se use o se va a usar la marca; además, indica la clase. e) Adjunta el comprobante del pago total de la tasa establecida (Ley N.° 7978, 2000, art. 10).

Una segunda fase **del examen de forma**, en el cual el Registro examina si se cumplen los requisitos del numeral 9 de la citada ley. En caso contrario, emite una "prevención de forma" y se la notifica al solicitante para que este subsane el error u omisión dentro de un plazo establecido, bajo apercibimiento de que el no cumplimiento se entiende como un abandono de la solicitud.

La tercer fase **del examen de fondo**, donde el Registro examina las prohibiciones de los numerales 7 (marcas inadmisibles por razones intrínsecas, por ejemplo, son genéricas, no descriptivas; denominaciones de uso común que puedan causar confusión al consumidor sobre la procedencia que sean contrarias a la moral, conformadas por un signo oficial, escudo o banderas de un país, entre otros) y 8 (marcas inadmisibles por derechos de terceros, como ser igual o similar a una marca en trámite o registrada por un tercero con anterioridad).

De ser así, el Registro notifica al solicitante, indicándole las objeciones de fondo que impiden

el registro y dándole un plazo de 30 días hábiles, a partir de la notificación correspondiente para que conteste. Transcurrido el plazo señalado, sin que el solicitante haya contestado o si aun habiendo respondido, el Registro estima que subsisten las objeciones planteadas, se deniega el registro mediante resolución fundamentada.

Superadas dichas etapas, se pasa a **la fase de publicación de edictos**, donde se ordena anunciar la solicitud por medio de la publicación, por tres veces y a costa de la persona interesada, de un aviso en el diario oficial, dentro de un plazo de quince días desde su notificación. El aviso que se publique contiene: a) nombre y domicilio del solicitante; b) nombre del representante o del apoderado, cuando exista; c) fecha de la presentación de la solicitud; d) número de la solicitud; e) marca tal como se haya solicitado; f) lista de los productos o servicios a los cuales se les aplica la marca y clase correspondientes.

El edicto se debe publicar en *La Gaceta* por tres veces consecutivas. A partir de la fecha de la primera publicación, se otorga un plazo de dos meses para que personas terceras interesadas puedan presentar oposiciones en caso de que consideren que se ven afectadas por la marca que se pretende proteger, si es igual o similar a una marca registrada o en trámite de registro.

Se pasa a la **fase de oposiciones ante el registro y resolución,** la cual ocurre cuando un tercero considere que es afectado por el registro de la marca, nombre comercial o señal de publicidad comercial puede presentar oposición en contra del registro de esta. Si se presentan una o más oposiciones, son resueltas, junto con lo principal de la solicitud, en un solo acto y mediante resolución fundamentada. Cuando no se justifique una negación total del registro solicitado o la oposición presentada es limitada, y la coexistencia de ambas marcas no es susceptible de causar confusión, puede concederse el registro solo para algunos de los productos o servicios indicados en la solicitud o puede concederse con una limitación expresa para determinados productos o servicios.

No se deniega el registro de una marca por la existencia de un registro anterior, si se invoca la defensa prevista en el segundo párrafo del artículo 39 de la Ley de Marcas y resulta fundada* (dicho numeral hace referencia a la cancelación del registro por falta de uso de marca).

Si no se ha presentado ninguna oposición dentro del plazo establecido, el Registro de la Propiedad Industrial registrar la marca (Ley de Marcas N.° 7978, 2000, art. 18).

Por último, se da la **expedición del certificado de registro**, donde proceden a la inscripción de la marca y expide el certificado en un plazo aproximado de 15 días contados a partir de la fecha en que vence el plazo para presentar oposiciones. (Ley N.° 7978, 2000, art. 19).

4. ¿Cómo se determinan las clasificaciones de las marcas?

En la actualidad, el Registro de Propiedad Industrial de Costa Rica utiliza las clasificaciones de productos y servicios para el registro de las marcas de fábrica o de comercio y las marcas de servicio establecidas en el “Arreglo de

NIZA relativo a la clasificación internacional de productos y servicios para el registro de las marcas", a pesar de que Costa Rica no es parte formalmente de este.

Esta situación es corroborada por García (2013), quien narra que el país aún no incorpora formalmente dicho arreglo al derecho interno. No obstante, es empleado en la práctica (p. 187).

Denominada a nivel popular como la "Clasificación de NIZA", esta es una categorización de productos y servicios que, de acuerdo con la información brindada por el sitio web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (s.f.), es establecida en 1935 por las Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI), antecesora de la OMPI.

En sus inicios, comprende una "lista de 34 clases y una lista alfabética de productos, fue la que se adoptó en el marco del Arreglo de Niza y que más tarde fue ampliada". (OMPI, s.f.).

Se rescata como dato histórico relevante que hay múltiples ediciones de clasificaciones de Niza desde 1963 y, a partir del 2013, se publica una nueva versión de cada edición, siendo la última publicación en formato impreso en junio de 2011. Así, se evidencia la ardua labor realizada por el Comité de Expertos de Niza a lo largo del tiempo[12]. La escritura original de los textos es en idioma francés o inglés y es publicada en Internet por la OMPI.

5. ¿Existe algún tipo de prioridad para inscribir una marca?

En el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, ratificado por Costa Rica el 24 de mayo de 1995, se reconoce un tipo de prioridad.

García (2013) comenta que, en dicho instrumento internacional, se contempla un "derecho de prioridad" en relación con "las patentes (y modelos de utilidad, donde existan), marcas y dibujos y modelos industriales" (p. 91),

Por lo tanto, la primera solicitud de registro de una marca "presentada en uno de los Estados contratantes" permite a su solicitante un plazo de tiempo de "doce meses para las patentes y los modelos de utilidad; seis meses para los dibujos y modelos industriales y las marcas" (García, 2013, p. 91) para solicitar el registro y la protección en cualquiera de los demás Estados contratantes. Así las nuevas solicitudes (diferentes a la originaria o primera) de los demás Estados se van a considerar "como presentadas el mismo día de la primera solicitud" (García, 2013, p. 91). Por esta razón, se habla de que las solicitudes posteriores a la primigenia tienen prioridad y que, por esto, popularmente se conoce como "derecho de prioridad".

La autora aclara que, al estar vinculadas las solicitudes posteriores a la primera (originaria), no son perjudicadas por algún hecho que haya acontecido durante el intervalo de tiempo, como lo es "cualquier publicación de la invención, o venta de artículos que utilizan la marca o en los que está incorporado el dibujo o modelo industrial" (García, 2013).

Existe gran utilidad práctica en que la persona interesada no debe realizar todos los registros de manera inmediata, pues cuenta con un "plazo de gracia" para analizar en qué países requiere o considera necesaria la protección.

6. ¿Cuál es el plazo de protección para una marca registrada?

El plazo de protección es de diez años contabilizados desde la fecha en que se concede la inscripción de la marca. Así mismo, la marca puede ser renovada indefinidamente por períodos sucesivos de diez años, contados desde la fecha del vencimiento precedente. Para esto, debe cumplir con una serie de requisitos formales13. Una particularidad es que el registro no se ve en la necesidad de realizar un detallado análisis de fondo o de proceder con la publicación, como acontece en el registro de marca por primera vez.

7. ¿Qué sucede al terminar el plazo de protección del registro de marca?

La Ley de Marcas (Ley N.° 7978, 2000), en el numeral 21, otorga la posibilidad de renovación cada diez años de manera ilimitada, la cual procede por cada registro de marca en específico. Se brinda un plazo de un año anterior a la fecha de vencimiento del registro que renueva, para que el interesado lleve a cabo el trámite respectivo.

Adicionalmente, si no se realiza en el primer plazo, se le proporciona un "plazo de gracia posterior a la fecha de vencimiento" de seis meses. Sin embargo, en dichos casos, el interesado debe pagar el recargo (25 $) más la tasa de renovación correspondiente de los (50 $), obteniendo la ventaja que durante ese plazo de gracia, el registro mantiene su vigencia plena por lo que sigue gozando los derechos del registro de la marca.

Esta renovación en el registro de la marca produce efectos desde la fecha de vencimiento del registro anterior, aun cuando la renovación se haya pedido dentro del plazo de gracia.

Cumplidos los requisitos previstos en los párrafos primero y segundo del presente artículo, el Registro de la Propiedad Industrial inscribe la renovación sin más trámite. La renovación no es objeto de examen de fondo ni de publicación (como acontece en el registro de marca por primera vez).

8. ¿Qué tipos de derechos se adquieren al registrar una marca?

El sitio oficial de internet de la OMPI (s.f.) señala que el registro de marca confiere al titular el derecho exclusivo a utilizarla y la posibilidad de que pueda concederla en licencia a un tercero a cambio de un pago. De igual manera, agrega que "ofrece seguridad jurídica y refuerza la condición del titular del derecho, por ejemplo, en caso de litigio".

En similar sentido, García (2013) explica que, con el registro de la marca, surgen derechos exclusivos, "que se trata de derechos patrimoniales de los titulares o sus derecho habientes; es decir, son transferibles, embargables, disponibles y están dentro del Comercio".

Por otro lado, Kunze (1994) indica que el "titular registrado tiene el derecho exclusivo sobre la marca" (p. 53), y aclara que, así como

el titular posee la obligación de utilizar la marca, la normativa es congruente al reconocerle su uso positivo.

Comenta que este derecho conlleva a que pueda utilizarla como medio de difusión en el mercado en todas la gama de posibilidades que posea según los instrumentos publicitarios existentes (ej. productos, contenedores, empaques, etiquetas, etc.), siempre en relación con los productos para los cuales es registrada, además de la comercialización de productos y servicios que son registrados con la marca.

Ahora bien, esto no significa que se confiere a su titular el derecho de prohibir a un tercero el uso de la marca en productos legítimamente marcados que el titular u otra persona que tenga el consentimiento del titular haya introducido en el comercio, en el país o en el extranjero a condición de que esos productos y los envases o embalajes que estén en contacto inmediato con ellos no hayan sufrido ninguna modificación, alteración o deterioro y no causen perjuicio al titular o derechohabiente, según lo dispone el numeral 27 de la Ley de Marcas, conocido en doctrina como "principio de agotamiento del derecho en materia de marcas".

En otras palabras, Kunze (1994) indica que "el titular no podría oponerse a que se efectúen ventas adicionales del producto en las distintas etapas de su comercio" (p. 53).

No obstante, Kunze (1994) expresa que se trata de un principio que solo se aplica al lanzar por primera vez al mercado el producto que lleva la marca. Al respecto, comenta:

> *El derecho exclusivo del titular a aplicar la marca a los productos y su empaque, a los contenedores, las etiquetas, etc., sigue existiendo. Por consiguiente el titular puede oponerse a las acciones que infrinjan este derecho, tal como el hecho de empaquetar de nuevo los productos que llevan su marca. La destrucción de su marca en los productos o la modificación y la venta ulterior de estos productos con su propia marca. La modificación del producto y su venta con la misma marca tiene un efecto equivalente a la aplicación de la marca a los productos, es decir que da al consumidor la impresión de que el producto genuino ha sido comercializado por el titular de la marca con su marca. Si este no es el caso. El titular de la marca tiene derecho a intervenir (p. 53).*

En Costa Rica, el artículo 25 de la Ley de Marcas (Ley N.° 7978, 2000) ilustra de manera muy completa que el titular de una marca de fábrica o de comercio ya registrada goza del derecho exclusivo de impedir que, sin su consentimiento, terceros utilicen en el curso de operaciones comerciales, signos idénticos o similares, incluso, indicaciones geográficas y denominaciones de origen, para bienes o servicios iguales o parecidos a los registrados para la marca, cuando el uso dé lugar a la probabilidad de confusión.

Al punto de que si existe un signo idéntico, incluidas indicaciones geográficas y denominaciones de origen, para bienes o servicios idénticos, se habla de que hay una presunción de "probabilidad de confusión".

Finalmente, este numeral brinda un listado de actos donde se les confiere al titular y a sus derechohabientes (ej. que posean licencia), la posibilidad de actuar contra terceros por afectación a su marca.

9. ¿Cuáles personas pueden utilizar una marca registrada?

En tesis de principio, la marca se crea para que sea usada por el titular que procura su registro; pero no se exige que sea dicha persona la que use la marca, pues muchas legislaciones, entre ellas, la costarricense, prevén que terceras personas la empleen siempre y cuando estén autorizadas por el titular (ej. en franquicias, distribuidores, en caso de haberse otorgado una licencia entre otras posibilidades).

Al respecto, la *Guía del empresario sobre marcas e indicadores geográficos de la* OMPI (2006) establece:

> *Mediante el contrato de licencia, el titular del registro de una marca (licenciante) otorga a un tercero (licenciatario) autorización para usar la marca a cambio de un pago (regalía), en forma gratuita o a cambio de una contraprestación, bajo condiciones previamente establecidas.*
>
> *El contrato de licencia no traslada la propiedad o titularidad de la marca, a diferencia de los contratos de cesión o transferencia de marcas. De lo que se trata en este tipo de contrato es de una autorización de uso que concede el propietario de la marca a un tercero interesado en usar ese signo ya reservado anteriormente por el propio titular (p. 41).*

No siendo un tema central del presente artículo, interesa hacer una referencia rápida de este con el fin de ilustrar qué personas pueden usar la marca y si este tipo de uso puede ser considerado para verificar el efectivo y real uso de la marca en un mercado[14]. No basta acreditar la "licencia de uso de marca," ya que siempre se busca verificar el "uso real y objetivo de la marca".

III. Pronunciamientos del Tribunal Registral Administrativo de Costa Rica en relación con la no utilización de una marca con posterioridad a su registro

Con el ánimo de brindar una pincelada del abordaje que realiza el Tribunal Registral Administrativo[15] con respecto a la cancelación por falta de uso de la marca, se exponen ideas medulares señaladas por este órgano administrativo[16].

A. Caso de solicitud de cancelación de marcas Caribe (2007) (voto n.º 333-2007 de las diez horas treinta minutos del quince de noviembre de dos mil siete)

A juicio del investigador, este primer voto corresponde a la resolución más completa en cuanto al tema, utilizado inclusive como punto de partida para cambios de criterios en votos posteriores del Tribunal Administrativo.

- Expone cómo "un signo constituye propiamente una marca, cuando la unión

de ese signo con el producto o servicios penetra en la mente del consumidor y esto se produce, cuando existe un uso efectivo de esa marca". (Voto n.º 333-2007).

Señala que el artículo 40 de la Ley de Marcas introduce un requisito subjetivo, el cual es "que la marca debe ser usada" por su titular, licenciatario o persona autorizada.

Así mismo, en el párrafo segundo de este numeral se establece un requisito material:

"[…]el uso debe ser real y efectivo, la marca debe ser usada tal como fue registrada". (Voto n.º 333-2007), haciendo excepción respecto a elementos no esenciales y que no alteran la identidad de la marca.

Alude cómo el artículo 39 de dicha normativa contempla la cancelación del registro por falta de uso de la marca en los supuestos del "a) no uso, sea ese requisito subjetivo antes indicado, b) que la marca debe ser usada durante un plazo de cinco años precedentes a la fecha de inicio de la acción de cancelación, introduciendo al efecto un requisito temporal". (Voto n.º 333-2007).

Así mismo, la cancelación es posible solicitarla en cuatro supuestos, ya sea: "1. Como defensa contra una objeción del Registro de la Propiedad Industrial. 2. Una oposición de tercero al registro de la marca. 3. Un pedido de declaración de nulidad de un registro de marca. 4. Una acción por infracción de una marca registrada". (Voto n.º 333-2007).

Finalmente sintetiza su exposición señalando que:

[…] los artículos 39 y 40 de cita establecen un conjunto de requisitos que de no concurrir, pueden provocar la cancelación de la marca por falta de uso. En resumen: 1. Requisito subjetivo, la marca debe ser usada por su titular, licenciatario u otra persona autorizada; 2. Requisito temporal, la marca debe ser usada o su uso no debe interrumpirse durante un plazo de cinco años y 3. Requisito material, el uso debe ser real y efectivo y debe ser usada tal como fue registrada (Voto n.º 333-2007).

Se aborda la problemática en cuanto a la persona que está facultada para probar el uso de la marca.

Expone cómo el Registro opta por indicar que la carga recae sobre el solicitante de la cancelación en atención al numeral 42 de la Ley de Notificaciones. No obstante, al ser un hecho negativo, se analiza que la posibilidad técnica o práctica de materializar la situación por demostrar en quien alegue la causal es realmente difícil para dicha parte. Por esta razón, concluye que debe recaer sobre el titular de la marca.

Lo anterior se debe a una interpretación del numeral 5.C del Convenio de París, el cual estipula:

[…] que el interesado, en este caso el titular de la marca, debe justificar las causas de su inacción, sea el no uso de la marca, existiendo de esta forma un aparente choque de normativa entre una norma internacional y una nacional. Al efecto

> dicho numeral establece: 'C.-1) Si en un país fuese obligatoria la utilización de la marca registrada, el registro no podrá ser anulado sino después de un plazo equitativo y si el interesado no justifica las causas de su inacción'. (Voto n.º 333-2007).

No estima necesario aplicar criterios de fuentes de derecho y desaplicar la ley frente (numeral 42) al convenio internacional (artículo 5.C del Convenio de París) en atención al numeral 588-94 de la Sala Constitucional que permite interpretar una posición preponderante de ciertos tratados o convenios internacionales, como fuente normativa frente a la ley común, pues estima que la misma distribución de las normas realizadas por el legislador posibilita evidenciar una aplicación diferente.

Al estar el numeral 42 dentro del:
Capítulo VI de la Ley de Marcas, concretamente en las formas de 'Terminación del Registro de la Marca', y entre estas causales se establecen: control de calidad referido al contrato de licencia; nulidad del registro por aspectos de nulidad absoluta o relativa; cancelación por generalización de la marca; cancelación del registro por falta de uso de la marca y renuncia al registro a pedido del titular. (Voto n.º 333-2007).

Y en razón de que dicho capítulo trata como formas de terminación del registro de la marca tanto causales de nulidad como de cancelación, es importante tener clara la distinción entre uno y otro instituto, debido a que las causas de nulidad "afectan al momento de registro de la marca, implicando así un vicio originario, mientras que las causas de cancelación, tienen un carácter sobrevenido". (Voto n.º 333-2007).

Esta diferenciación planteada en el voto del tribunal permite concluir que, para analizar la norma del artículo 42, debe estudiarse el contenido del numeral 39 que, como se expuso, es indicativo de varios supuestos para cancelar el registro de una marca por falta de uso, y ese precepto del 42 se refiere solo a uno de ellos, por lo que al ser una solicitud de cancelación por no uso y no de nulidad de vicios, la carga de la prueba le corresponde al titular de la marca.

Sobre la función principal de una marca refiere que "es, indicar el origen empresarial, garantizando al consumidor o usuario final la identidad del origen del producto o servicio marcado, permitiéndole distinguir sin confusión posible ese producto o servicio de los productos o servicios que tienen otra procedencia". (Voto n.º 333-2007).

B. Caso cancelación por falta de uso de la marca Clover Brand (2013). (Voto n.° 1137-2013 de las doce horas cinco minutos del catorce de noviembre de dos mil trece)

Aunque se trate de una marca notoria, el tribunal refiere que una vez registrada, esta debe ser utilizada, pues de lo contrario, puede ser cancelada por falta de uso.

- "Toda marca, común o notoria, una vez registrada entra en la obligatoriedad de uso para mantener su validez, y la falta de éste hace que la inscripción pueda ser cancelada, siguiendo para ello los ritos establecidos por la propia Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, N.° 7978 (en adelante, Ley de Marcas)". (Voto n.° 1137-2013).

- Sostiene el criterio del voto 333-2007 con respecto a la carga probatoria a efectos de proceder a la cancelación de una marca y agrega: "Téngase presente que la carga de la prueba del **uso real y efectivo** corresponde al titular marcario, uso que debe amoldarse a lo establecido por el artículo 40 párrafo primero de la Ley de Marcas". (Voto n.° 1137-2013).

Posición reiterada posteriormente en el Caso Fertiplus mediante el voto n.° 574-2014 de las nueve horas cuarenta minutos del veintinueve de julio de dos mil catorce.

C. Casos referentes a la cancelación de marcas de los años 2013, 2015 y 2016

Votos: a. Caso de uso de las marcas: "CRISTAL, CRISTAL BAY, CRISTAL CLEAR, CRISTAL PLUS" n.º 0957-2013, de las nueve horas quince minutos del diez de septiembre de dos mil trece. b. Caso Con Relax n.° 204-2015, de las catorce horas con cuarenta minutos del cinco de marzo de dos mil quince. c. Caso marcas y diseño Columbia n.° 196-2016, de las once horas con quince minutos del veintiuno de abril de dos mil dieciséis y d. Caso marca Virginia n.º 635-2016, de las diez horas con diez minutos del nueve de agosto de dos mil dieciséis. **2013/2015/2016.**

- Todos corresponden a casos donde se dan cancelaciones parciales de una marca en ciertos productos de una misma clasificación de NIZA, al no demostrarse por el titular de una marca el uso efectivo y real de la marca en todos y cada uno de los productos contenidos en la clasificación. Se abstrae que nada impide que se cancele ("parcialmente") la marca sobre un producto si no es utilizada específicamente en este por más que pertenezca a la misma clasificación, tomando en cuenta el numeral 39 de la Ley de Marcas (por ejemplo, la clase 30 comprende azúcar y vinagre, pero si solo se comprueba su utilización en el vinagre, puede cancelarse en otros productos de la misma clasificación como el azúcar, o bien, la clase 32 abarca el agua y la cerveza, por lo que se puede cancelar en alguno de los productos).

Este breve abordaje no pretende dar por agotado el estudio de jurisprudencia administrativa acerca del tema. La idea es ilustrar al lector los argumentos de interés que brinda el Tribunal Registral Administrativo a lo largo del tiempo (ordenándose por antigüedad) a efectos de comprender de mejor manera lo expuesto a lo largo del presente artículo.

IV. Conclusiones

1 La marca es un bien inmaterial, clasificable dentro del género de los signos distintivos, que necesita proyectarse en un mercado para ser percibida por las personas por medio de los sentidos, ya sea de manera visible, táctil, olfativa o sonora, con la finalidad de generar

un elemento diferenciador en la psiquis de las personas (por lo general consumidoras) y, así, distinguir e identificar un producto o servicio de otros, minimizando la confusión entre productos y servicios de igual o similar categoría y/o clasificación.

Al ser un bien inmaterial, es susceptible de ser enajenado, por lo que perfectamente su uso puede ser cedido, prestado o ser objeto de embargo.

A su vez, al materializarse en un signo puede ser proyectada de forma ilimitada en cualquier elemento físico o virtual que sea perceptible mediante los sentidos, ya sea de manera simultánea o no, en un sinnúmero de lugares físicos o virtuales, conllevando implícitamente un valor agregado al servicio o producto que identifica y, por consiguiente, a su titular o utilizador.

2 Las marcas funcionan como un elemento diferenciador de calidad, características, procedencia u origen, así como de buena o mala fama. Están reguladas por normativa nacional como internacional, tanto en leyes, reglamentos como convenios internacionales.

3 Existen dos sistemas de protección de una marca. El primero relacionado con el uso de la marca, donde opera la protección a partir del principio de prioridad en el uso. El segundo apuesta por la protección al momento de su inscripción o registro, con el propósito de dotar una mayor seguridad jurídica, ya que se crea conciencia de un sistema basado en el uso, pues no es tan fácil identificar titulares ante un eventual conflicto entre marcas, pues se requieren procesos legales y tiempo para determinar a la persona que efectivamente utiliza la marca, lo cual entorpece el tráfico comercial de bienes y servicios.

En Europa se opta por el sistema de inscripción registral, al enfocarse en la seguridad jurídica y en el desarrollo eficiente de la política de marcas. En otras latitudes, a criterio del investigador, incluido Costa Rica, se decide por combinar ambos sistemas, "sistema mixto", procurando ciertas ventajas de estos.

4 En Costa Rica, la utilización de una marca no requiere su inscripción o registro, por lo que la inscripción de una marca es declarativa. A su vez, el numeral 4 de la Ley de Marcas (Ley N.° 7978, 2000) refiere que el registro de marcas es facultativo. Sin embargo, como se aborda en el presente artículo, cuando la persona que utiliza la marca se oponga a alguien que busca registrar una marca, similar o igual, necesariamente va a requerir inscribir la suya propia.

Lo cierto del caso es que quien desee inscribir su marca y demuestre un uso previo goza de cierto privilegio frente a otra persona que también pretenda registrar una marca igual o similar, principalmente si la utilización es por un lapso de tiempo superior a los tres meses. No obstante, una oposición sustentada en el uso anterior de la marca se declara improcedente, si el opositor no acredita haber solicitado registrar la marca usada ante el Registro de la Propiedad Industrial dentro del plazo de 15 días posteriores a la oposición (Ley N.° 7978, 2000, art. 17).

Según este orden de ideas, la parte que se opone al registro necesariamente debe presentar la solicitud de registro de la marca dentro de los 15 días contados a partir de la

oposición. Y no es hasta que se acredite el uso anterior de la marca del opositor y se cumplan los requisitos fijados en la Ley de Marcas para registrar la marca, cuando se le concede el registro al opositor, si se acredita su utilización frente al registrante.

Por consiguiente, es oportuno indicar que la razón principal de registrar una marca es reforzar su "protección" frente a terceras personas, pues la inscripción otorga al titular de la marca el derecho exclusivo de solicitarles a otros no utilizar una marca igual o similar para los mismos productos o servicios que se identifican con la marca inscrita. De esta manera, se neutralizan confusiones entre las potenciales personas consumidoras dentro de un mercado determinado.

5 Registrar una marca no es un blindaje de protección irrestricto, primero, porque es sujeto a un espacio temporal predeterminado y requiere la renovación cada cierto tiempo (10 años en Costa Rica). En segundo lugar, si no se usa la marca por un período de tiempo, puede llegar a ser objeto de pérdida ante la gestión de terceras personas interesadas en usar una marca similar o igual.

Al registrarse una marca, el titular adquiere una obligación de uso (ya sea por sí mismo o interpuesta por una persona) para que, en un plazo de cinco años, utilice la marca dentro de la clasificación del servicio o producto que desea amparar. Al punto de que terceras personas, una vez vencido el plazo de los cincos años, pueden solicitar la cancelación total o parcial de la marca por falta de uso, quedando la carga probatoria de su empleo en el titular que registra la marca.

Se abstrae que la lógica inmersa en las marcas es distinguir un producto o servicio de los demás productos y servicios, por lo cual si no existe ese uso, ¿para qué protegerla? De este modo, la normativa nacional e internacional tienden a procurar mecanismos para desalentar al registrante que no pretende usar la marca, cancelando el registro a instancia de la parte interesada.

6 Según el estudio jurisprudencial realizado del año 2007 al 2016, el Tribunal Registral Administrativo en múltiples oportunidades cancela totalmente marcas por no haberse acreditado el uso real y efectivo; a su vez, cancela parcialmente marcas (comunes o notorias), no siendo de mayor relevancia que correspondan a un producto o servicio de la misma clasificación

V. Fuentes Bibliográficas

Libros

- Fernández, C., Lastres, J. y Agra, M. (2013). Manual de la propiedad industrial, (2° ed.). España: Marcial Pons.

Tesis

- García, R. (2013). Sistematización de la normativa vigente en Costa Rica en materia propiedad intelectual. (Trabajo de maestría en Propiedad Intelectual). Universidad Nacional a Distancia. Costa Rica. Recuperado de: http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/handle/120809/1028

Páginas web

- Kunze, G. (1994). Introducción al derecho y a la práctica en materia de marcas: conceptos básicos: manual de formación de la OMPI. Recuperado de: http://www.wipo.int/publications/en/search.jsp?start=30&lang=ES&q=INTRODUCCI%C3%93N+AL+DERECHO&rows=10&sort=score

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2006). Guía del empresario sobre marcas e indicaciones geográficas. Recuperado de: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/marks/859/wipo_pub_859.pdf

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2017). Special Union for the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks (Nice Union). Recuperado de: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/classifications/en/clim_ce_27/clim_ce_27_2.pdf

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (s.f.). Marcas. Recuperado de: http://www.wipo.int/trademarks/es/

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (s.f.). Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas. Recuperado de: https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/documents/pdf/madrid_marks.pdf

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (s. f.). Acerca de la Clasificación de Niza. Recuperado de: https://www.wipo.int/classifications/nice/es/preface.html#1

- Registro de la Propiedad Industrial. (2010). Información general. Recuperado de: http://www.registronacional.go.cr/propiedad_industrial/index.htm

- Tribunal Registral Administrativo de Costa Rica. (s.f.). ¿Quiénes somos? Recuperado de: http://www.tra.go.cr/quienes_somos.html

Revistas

- Roenning, D. (2011). Crear una marca en los mercados mundiales. Revista OMPI, (2). Recuperado de: http://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/es/pdf/2011/wipo_pub_121_2011_02.pdf

Normativa

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (12 de octubre de 2000). Ley de Observancia de los Procedimientos de los Derechos de Propiedad Intelectual. (Ley N.° 8039, 2000). Publicada en La Gaceta n.° 206 del 27 de octubre de 2000.

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (6 de enero de 2000). Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. (Ley N.° 7978, 2000). Publicada en La Gaceta n.° 22 del 1 de febrero de 2000.

- Asamblea Nacional Constituyente. (7 de noviembre de 1949). Constitución Política de Costa Rica.

- Organización Mundial de Comercio (OMC). (s.f.). ANEXO 1-C, "Aspectos de los derechos de propiedad intelectual y el comercio". (ADPIC).

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (1883). Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (1957). Arreglo de NIZA relativo a la clasificación internacional de productos y servicios para el registro de las marcas.

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (1994). Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

Votos

- Tribunal Registral Administrativo. Voto n.° 0957-2013 de las nueve horas quince minutos del diez de septiembre de dos mil trece.

- Tribunal Registral Administrativo. Voto n.° 1137-2013 de las doce horas cinco minutos del catorce de noviembre de dos mil trece.

- Tribunal Registral Administrativo. Voto n.° 196-2016 de las once horas con quince minutos del veintiuno de abril de dos mil dieciséis.

- Tribunal Registral Administrativo. Voto n.° 204-2015 de las catorce horas con cuarenta minutos del cinco de marzo de dos mil quince.

- Tribunal Registral Administrativo. Voto n.° 574-2014 las nueve horas cuarenta minutos del veintinueve de julio de dos mil catorce.

- Tribunal Registral Administrativo. Voto n.º 333-2007 de las diez horas treinta minutos del quince de noviembre de dos mil siete.

- Tribunal Registral Administrativo. Voto n.º 635-2016 de las diez horas con diez minutos del nueve de agosto de dos mil dieciséis.

Notas

1 *Preámbulo histórico. De la mano de los autores Fernández, Lastres y Agra (2013), "se rescatan dos momentos históricos significativos en la concepción jurídica del derecho de marcas. i. Un primero momento donde la marca se concibe dogmáticamente como objeto de un derecho de la personalidad. En este sentido, se afirma que del mismo modo que el nombre individual y el nombre comercial, la marca tiene como finalidad identificar a una persona, concretamente al fabricante o al distribuidor de un producto (industrialista alemán Josep Kohler). ii. Un segundo episodio en el cual se concibe la marca como un bien inmaterial, criticándose el primer enfoque, porque la marca es transmisible a terceros y subsiste aún y existan cambios en su titularidad, por lo que se desliga de su titular". (Alexander–Katz) (p. 502).*

2 *La sigla OMPI corresponde a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en inglés WIPO (World Intellectual Property Organization), es una de las agencias especializadas de las Naciones Unidas para el conocimiento de temas de propiedad intelectual.*

3 *Se debe tomar en cuenta que una marca deja de serlo si se ha "provocado o tolerado la transformación en denominación genérica de uno o varios productos o servicios para los cuales se ha registrado la marca". (Kunze, 1994, p. 69), a tal punto que el público en general se acostumbra a utilizar el signo como una denominación genérica para el producto inicialmente identificado por él mismo.*

4 *Es discutible si el sentido del gusto entra a regir. No causa distinción de manera inequívoca y objetiva con el afán de identificar y clasificar un producto o servicio dentro del comercio para ser conocido por el público en general.*

5 *Entendida como "difusión y el reconocimiento de la marca por parte de los consumidores". (Fernández et al., 2013, p. 514).*

6 *Siempre y cuando lo demuestre bajo ciertas características temporales de uso, como bien se aborda de seguido.*

7 *En cuanto al derecho de prioridad, el artículo 5 de la Ley de Marcas refiere que "quien haya presentado en regla una solicitud de registro de marca en un Estado contratante del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial o en otro país que acuerde reciprocidad para estos efectos a las personas con la nacionalidad de alguno de los Estados contratantes, o que tenga un domicilio o establecimiento real y efectivo en alguno de ellos, así como el causahabiente de esa persona, gozará de un derecho de prioridad para presentar, en Costa Rica, una o más solicitudes de registro de la marca de que se trate, para los mismos productos o servicios". (Ley N.° 7978, 2000).*

8 *Con la salvedad expuesta en el acápite anterior (A), en relación con la "ventaja" que puede poseer la persona que haya utilizado la marca con anterioridad a su registro.*

9 *El investigador estima que dicha inversión en la carga de la prueba ocurre en razón del principio de razonabilidad y disponibilidad probatoria, el cual en la actualidad es introducido de manera expresa por el actual Código Procesal Civil costarricense en el numeral 41.1.*

10 *Con la salvedad de que en Costa Rica, de acuerdo con el párrafo in fine del numeral 40 de la Ley de Marcas: "El uso de una marca por parte de un licenciatario u otra persona autorizada para ello será considerado como efectuado por el titular del registro, para todos los efectos relativos al uso de la marca". (Ley N.° 7978, 2000).*

11 *El Sistema de Madrid le permite a quien tenga ligamen con sus Estados miembros de manera centralizada, registrar las marcas por su producto o servicio alrededor del mundo con una única solicitud, siempre y cuando cancele las tasas respectivas. Al momento de la investigación, Costa Rica aún no forma parte.*

12 *Para tener una idea de cuántos países participan recientemente del Comité de Expertos, es oportuno indicar que el reporte del 2 de junio de 2017 del OMPI refiere a una sesión celebrada por dicha junta en mayo de 2017, donde participan representantes de Australia, Austria, Bielorrusia, China, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Israel, Italia, Japón, Letonia, Lituania, México, Los Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, República de Corea, Romania, Rusia, Serbia, Singapur, Eslovaquia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Reino Unido y los Estados Unidos de Norteamérica. Así mismo, participan observadores de Canadá, República Democrática del Congo, Arabia Saudita y Tailandia. Así como, de organizaciones intergubernamentales en calidad de observadores como African Intellectual Property Organization (OAPI), Benelux Office for Intellectual Property (BOIP), European Union (EU) y representantes de organizaciones no gubernamentales como International Trademark Association (INTA) y Japan Patent Attorneys Association (JPAA).*

13 *Se transcriben los requisitos formales para la renovación de la marca contemplados en el numeral 21 de la ley, los cuales señalan: "a) Nombre y dirección del titular; b) Número del registro que se renueva; c) Nombre y dirección del apoderado en el país, cuando sea el caso, pero sólo será necesario acreditar el poder cuando el apoderado sea diferente del designado en el registro que se renueva o en la renovación precedente; de ser el mismo, deberá indicar el expediente, el nombre de la marca y el número de la presentación o el registro donde se encuentra el poder; d) Una lista de los productos o servicios conforme a la reducción o limitación deseada, cuando se quiera reducir o limitar los productos o servicios comprendidos en el registro que se renueva. Los productos o servicios se agruparán por clases conforme a la Clasificación internacional de productos y servicios, señalando el número de cada clase; e) El comprobante de pago de la tasa establecida". (Ley N.° 7978, 2000).*

14 *El numeral 40 de la Ley de Marcas (Ley N.° 7978, 2000), párrafo in fine, señala que el uso de la marca por parte de un licenciatario u otra persona autorizada para ello es considerado como efectuado por el titular del registro, para todos los efectos relativos al uso de la marca.*

15 *El tribunal es creación de la Ley N.° 8039 (2000) de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, mediante el artículo 19, como órgano de desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Justicia y Gracia, con personalidad jurídica instrumental para ejercer las funciones y competencias que le asigna dicha Ley. Su sede está en San José y posee competencia en todo el territorio nacional. En el sitio oficial de dicha entidad en la Internet, se indica que "antes de su creación, la materia objeto del conocimiento del Tribunal Registral Administrativo era competencia de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo. No obstante, con la aprobación del Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) anexo 1C del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Estado costarricense adquirió una serie de obligaciones en materia de observancia y protección de los derechos de la propiedad intelectual, de tal suerte que el legislador nacional consideró conveniente y oportuna la creación de un órgano independiente, técnico y especializado que garantizara a los titulares, la protección de sus derechos ante las instancias administrativas de una manera efectiva. Dentro de este contexto se promulgó la Ley No. 8039, Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, en la que se crea el Tribunal Registral Administrativo". (Tribunal Registral Administrativo de Costa Rica, s.f.).*

16 *Nota aclaratoria: Dicho tribunal conoce las apelaciones de resoluciones dictadas por el Registro de la Propiedad Industrial. Se debe tomar en cuenta que los pronunciamientos del tribunal agotan la vía administrativa, por lo que algunos criterios pueden ser sujetos a variabilidad en la sede judicial por la vía contenciosa administrativa.*

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 251-282 2215-2385 / Junio 2020

TOLERANCIA CERO: ESTRATEGIAS ILUSORIAS SOBRE LA SEGURIDAD CIUDADANA

MSc.Miguel Zamora-Acevedo
josemiguel.zamora@ucr.ac.cr

RESUMEN

El propósito de este trabajo es analizar la criminalidad y la percepción del delito. El objetivo es discutir algunos enfoques en cuanto a la llamada tolerancia cero y sus posibles consecuencias, las cual busca promover leyes que lleven a la prevención, control y sanción del delito para reducirlo a cero, lo cual es imposible. La conclusión es que tales ideas son simples manifestaciones de pensamiento por deseos, sin demostración empírica.

Palabras claves: Delincuencia, criminalidad, percepción de la criminalidad, cero tolerancia, pensamiento por deseos.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze crime, and the perception of crime. The aim is to discuss some approaches regarding the so-called zero tolerance, and its possible consequences, that seeks to promote laws that lead to the prevention, control and punishment of crime And reduce it to zero, which is impossible. The conclusion is that such ideas are mere manifestations of thought by desires, without empirical demonstration.

Keywords: Delinquency, crime, perceptions of criminality, zero tolerance, wishful thinking.

Recibido 18 setiembre 2019 Aceptado 27 de febrero de 2020

Profesor universitario, máster en Sociología Jurídico-Penal, Universidad de Barcelona. Correo: josemiguel.zamora@ucr.ac.cr

La posibilidad de una comprensión total es siempre ilusoria, pero cuando un sistema esta lo suficientemente maduro es posible precisar sus estructuras principales y las normas de funcionamiento que lo regulan[1].

Pilar Calviero

No hace falta estar condenado formalmente en un tribunal para llevar esta verguenza y este estigma. Si «tienes pinta» o «pareces» un delincuente, te tratarán con la misma sospecha y desprecio, no solo la policía. Los guardias de seguridad o los monitores escolares, sino también la mujer que cambia de acera para evitarte [...][2].

Michele Alexander

1. Datos introductorios, "el problema de seguridad ciudadana"

Tal y como advierte Musil, "*poner en orden algunas ideas que los hombres inteligentes conocen desde hace mucho tiempo puede resultar extremadamente aburrido. Pero, en determinadas circunstancias, nada parece lo suficientemente conocido como para no tener que repetirse de nuevo públicamente*"[3]. De ello se extraen dos propósitos.

Primero, se debe reconocer que las siguientes ideas se conocen desde hace mucho tiempo, por lo cual, la única excusa está en que las circunstancias actuales obligan a repetirlas: el respeto a los derechos humanos no implica desfavorecer las garantías de las personas en conflicto con la ley penal, incluso de aquellas personas que están en conflicto con la norma sancionatoria.

Segundo, se tratará de reflexionar sobre la forma en que se debe debatir el asunto de la seguridad ciudadana, para con ello, brindar algunas interrogantes sobre la actual moda de la doctrina de tolerancia cero y, en consonancia, con el primer objetivo, no se ofrecen respuestas inéditas, sino simplemente aportar, "*en la medida de lo posible, un poco de claridad y de precisión*"[4], pero ante todo, un cuestionamiento crítico de los discursos actuales sobre el tema de la cero tolerancia y sus posibles consecuencias en el imaginario social.

El punto de partida será el respeto a los llamados derechos humanos. A ello nos referimos cuando se alude a una serie de panegíricos, en las cuales la idea básica está en que las propuestas o sueños se alcanzan de una manera lógica y racional en el derecho, es decir, sistemáticamente se da un sentido a la vida, basado en tres valores que emergen de la Ilustración: libertad, igualdad y fraternidad (es claro que el único principio que no se desarrolla, ni siquiera de manera incipiente, es la fraternidad), todo ello por medio de la razón, como elemento emancipador, al decir de Sousa Santos, "*la caída del ángelus novus*"[5].

Empero, no deja de ser problemática la definición de los derechos humanos, lo cual incluso, no es pacífico. Sin embargo, y para nuestros efectos, nos interesa reconocer como tales las siguientes definiciones estipulativas: por humano, comprendemos la esencia misma de la persona, ajena a especificaciones raciales,

étnicas, sexuales o de cualquier otra índole; por derecho, entendemos, en consecuencia, la visión antropológica, en tanto vemos como ciencia regulativa de las conductas humanas y su interacción. Bajo esos dos parámetros, veremos las ideas de los derechos humanos.

Poco importa la taxonomía de los derechos humanos o su proceso evolutivo. Por lo pronto, solo nos concentraremos en ellos, como respuesta a los múltiples problemas sociales que tenemos hoy en día, incluido el de seguridad ciudadana, como una cuestión propia de la modernidad.

Dentro de esta idea regulativa, entenderemos la modernidad -siguiendo a Sousa Santos-, como la época en la cual los temas modulares en el quehacer jurídico se basan en preguntas esenciales sobre la humanidad, las cuales brindan respuestas débiles.

Esto refiere a que la época actual (modernidad) es tiempo de respuestas débiles frente a las preguntas fuertes, lo cual no es una analogía con las respuestas insustanciales, sino en la forma que vienen dando respuesta a los problemas sociales sin brindar verdaderas soluciones. Para ello, se debe comprender por débil todo aquello que, como una solución (respuesta, o medida), no venga a resolver o reducir la complejidad del problema, sino más bien contribuye a aumentarlo y agravarlo.

En esta disyuntiva, el mencionado maestro brasileño establece claramente que la respuesta que se presenta mediante el derecho es una respuesta que no viene a contribuir en la solución o disminución del conflicto, sino más bien en su agravante, por lo cual, la arenga dominante se centra "*[…] el discurso del populismo punitivo*"[6] con arengas de cero tolerancia, en contra posición con la visión garantista del proceso.

En resumen, dentro de las preguntas que el autor califica de fuertes, corresponde analizar a efectos de los presentes apuntes, la tercera, la cual indica: ¿Si la legitimación del poder político se asienta en el consenso de los ciudadanos, ¿cómo garantizar este último cuando se agravan las desigualdades sociales y se tornan más visibles las discriminaciones sexuales, étnico-raciales y culturales?[7]. La respuesta inmediata a ello, refiere el autor, es la democracia y el derecho, siendo estas respuestas evidentemente débiles.

La debilidad de la respuesta, sigue indicando el autor, es producto de la modernidad que se ha instrumentalizado al servicio de dicho paradigma, entendiendo por tal, las ideas de Kuhn. Se usa aquí el término paradigma para designar un ejemplo o un modelo. Siguiendo al autor estadounidense, en referencia a todo el ámbito científico, religioso u otro contexto epistemológico, el término paradigma puede indicar el concepto de esquema formal de organización y puede ser utilizado como sinónimo de marco teórico o conjuntode teorías[8].

Se agregan los derechos humanos como respuestas débiles, porque se concentran en todo el movimiento del populismo punitivo, asociado siempre a la aspiración utópica de la doctrina de la seguridad ciudadana, la mano dura, la idolatría a la cero tolerancia, etc, "éstas vienen a ser ideas disuasivas y profilácticas de los problemas sociales y su correctivo por medio del derecho penal"[9], por ejemplo, los derechos de las víctimas.

Todo ello busca crear una especie de catarsis social, pero, en realidad, solo son respuestas emocionales sin ninguna posibilidad de resultados concretos que sean reflejados en las personas y, al ser ampliamente promocionadas, alcanzan cierto nivel de fama que se asocia al éxito.

Dentro de este orden de ideas, la palabra seguridad designa no solo una necesidad de todo ser humano, sino también y como complemento una de las funciones que se le encomendó al Estado[10]. Esta se manifiesta en el ordenamiento jurídico en forma de derechos[11].

Precisamente, estos derechos son los que la ciudadanía reclama ante la creciente aumento de la criminalidad en Costa Rica. Por ejemplo, según la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa, los delitos, junto al incremento de la violencia contra las personas, son los *culpables* de que Costa Rica ocupe el segundo lugar en Latinoamérica en percepción de inseguridad según sus pobladores[12].

Se obvian los atinados criterios [aunque respecto a la delincuencia convencional] que se ha tratado científicamente, especialmente por el doctor Elías Carranza, principalmente en su libro "*Criminalidad prevención o promoción*? donde se demuestra que la situación no es tan caótica como se percibe en la sociedad costarricense[13] y, posteriormente, el *Informe sobre seguridad ciudadana del pund, venciendo el temor*[14].

Como vemos, desde la década pasada, se pretendían solucionar los problemas de la seguridad ciudadana, para lo cual, la Comisión Mixta que estudió este problema lanzó la doctrina moderna de seguridad ciudadana, la cual era una clara manifestación de la doctrina de la tolerancia cero y sus principales principios[15] son los siguientes:

1 Oportunos en la prevención.
2 Rigurosos en la sanción.
3 Eficientes en la rehabilitación.

Sin embargo, en la realización de estas premisas, la Comisión le recomendó al plenario de la Asamblea Legislativa, entre otros aspectos, lo siguiente:

En primer lugar, bien hacen en realizar un llamado a las familias costarricenses para que analicen su labor formativa educativa en niños y jóvenes, sobre la educación que les dan. Igual llamado hacen a los medios de comunicación colectiva sobre los resultados perjudiciales en su programación, para que eleven los niveles de rigurosidad en la información que presentan.

Un segundo punto es el llamado que hacen a los docentes para que modifiquen la política y los programas de educación a fin de que la escuela sea un colaboradora en la formación moral de las personas menores de edad, porque "*La escuela debe ser, junto a la familia, un centro de formación de almas y forjadora de espíritus*"[16].

Complementando lo anterior, recomiendan ciertas reformas institucionales que contradicen toda la ponencia de motivos y las recomendaciones que hacen a los primeros elementos de socialización, porque entre sus principales sugerencias se halla la creación de un Ministerio del Interior, el cual tendría bajo su jerarquía a todas las fuerzas

policíacas, exceptuando la penitenciaria, lo que conllevaría a una concentración de poder, el cual podría desatar arbitrariedad, debido a la formación de coordinación vertical, tanto en la directrices como en su aplicación.

En este sentido, el Dr. Carranza expresó que:

> *unificar [...] los cuerpos policiales en una organización centralizada y vertical, aumentando los policías "de número", sería introducir a Costa Rica dentro del Modelo borbónico de policía que padecieron en mayor o menor medida todos los países de la región, [...] Sigue diciendo que "el argumento de que tres cuerpos policiales son excesivos y no pueden coordinar entre sí, no es válido. Una adecuada distribución de funciones y ciertas dosis de emulación y cooperación entre ellas es más bien garantía de una mayor eficacia y ha contribuido a echar luz sobre los casos de corrupción*[17].

Así, no se concibe el porqué de la recomendación, ya que, en el diagnóstico general de la situación actual de la seguridad ciudadana, no se muestra que los motivos de la inseguridad en la sociedad costarricense sean un fallo de coordinación o descoordinación de los diferentes cuerpos policiales[18].

Otra recomendación contradictoria es la que propone declarar la mayoridad penal a los quince años y hacer las modificaciones en la normativa procesal penal y ley de justicia penal juvenil "*para hacer posible que los mayores de quince años puedan ser procesados como adultos en el de comisión de delitos dolosos contra la vida o la integridad física de las personas*"[19], lo cual contraría los hallazgos relevantes que determinan la fragilidad de la seguridad ciudadana, especialmente en el tema de la crisis de valores en la juventud e implicaría la denuncia de convenios internacionales.

El tratamiento que se le da a la criminalidad juvenil es relevante, pues se le asocia el binomio *juventud-droga* al resultado delito, lo cual no es una proporción lógica matemática que sea de cumplimiento en todos los casos, ni siquiera la mayoría, antes bien, "*la verdadera causa, el verdadero factor criminogénico se debe a la merma de valores comunitarios, a la disminución de del calor hogareño en la infancia, al desplazamiento del centro de familia*"[20] , esto es, la búsqueda de la felicidad consumista.

Por otro lado, datos más cercanos a nosotros que son transmitidos por los medios de comunicación sirven para ilustrar que el problema sigue todavía en nuestros días. Así, en el periódico *La Nación* se informa que:

> *en lo que va de este 2015, se han trasladado 1.400 personas. Entre el 2009 y el 2013, se beneficiaron casi 8.000 privados de libertad con ese sistema, según datos de Justicia. Entre el 16 de setiembre y el 2 de noviembre de este año, 570 reos fueron reubicados en los 12 Centros de Atención Semiinstitucionales (CASI), que están distribuidos en el país*[21].

Con datos proporcionados por el Organismo de Investigación Judicial (OIJ) recopilados entre el 8 de mayo de 2014 y el 31 de agosto de 2015, el diario en línea, CrHoy.com[22] indica que hubo 720 crímenes en los mismos meses, pero entre el 2010 y 2011, y 675 presentados en los mismos meses, pero entre los años 2010 y 2011.

El Ministerio de Seguridad Pública (MSP) y el Organismo de Investigación Judicial (OIJ) responsabilizan de los embates del crimen organizado a una disputa entre grupos locales dedicados al narcotráfico o la legitimación de capitales. Las cifras asombran: al 9 de octubre unas 426 fueron asesinadas, a solo 45 casos para igualar la estadística de 2014 (la más alta de los últimos tres **años)**.

En resumen, si por derechos humanos nos referimos, a los derechos de cualquier persona, ¿cómo hacemos entonces con estas acciones del Estado? ¿Cómo podríamos, hablar de seguridad ciudadana, si de pronto comienzan a liberar a los reos? ¿Debería imperar algún derecho? ¿El de los presos o el de la *sociedad*? ¿Son tolerable dichas prácticas estatales? O por el contario, ¿se debería aplicar cero tolerancia?

En las siguientes notas, no se pretende dar respuestas con pretensión de verdad, sino clarificar el camino y distinguirlo de las altas dosis de moralina, hipocresía, pensamientos por deseos y demás vicios del razonamiento presentes en los discursos jurídicos y sociales atinentes al tema de la (in)seguridad y la tolerancia cero.

2. Las distintas percepciones de la criminalidad

El segundo punto sobre el que debemos reflexionar es el problema de la percepción sobre la seguridad ciudadana y tenemos dos alternativas: seguimos el discurso normal y retórico sobre los problemas actuales, ya sea el discurso mutable en tiempo y espacio, el cual inició sobre diversos temas, como el miedo al comunismo, a los cárteles de la droga, la seguridad nacional, la penetración del narcotráfico. Y ahora, con un lenguaje más adoctrinado, sobre el crimen organizado, el sicariato, corrupción, etc., mañana podríamos especular, seguirían el combate al ciberterrorismo, el fanatismo religioso, la migración, etc., o cualesquiera nombres que el imaginario social nos venga a poner en palestra. Lo que importa "*es fijar un nuevo enemigo*"[23], al cual pueda ser aplicar la tesis de cero tolerancia.

Esta primera forma de ver las cosas sería propia de los discursos actuales de la modernidad y de cero tolerancia, típica de seguimiento de las ideas modernas sin mayores cuestionamientos, y el ejemplo clásico es el discurso del género político.

Una segunda alternativa sería la reflexiva, la cual no desconoce los hechos sociales como tales, por el contrario, los reconoce como eventos independiente para su análisis y valoración, y para ello, sería primordial para un adecuado análisis crítico e informado. Es el discurso de los menos, sobre el cual proponemos profundizar.

Así, señala el *Informe del Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo,* PNUD24 que la inseguridad se vive desde las ideas que

se tienen sobre sus características, fuentes y manifestaciones.

En el imaginario de la población de Costa Rica, existen diversos mitos con respecto a la inseguridad ciudadana, cuya superación contribuirá a identificar soluciones adecuadas al problema. Más aún, derribar los mitos que se erigen alrededor de la inseguridad ciudadana es prioritario para disminuir la percepción de este fenómeno. A mayor claridad sobre los riesgos, menor será la sensación de inseguridad de las personas.

Igualmente es adecuado el ejemplo de Lautmann respecto a las "*suposiciones acerca de la criminalidad*"[25] y los estratos sociales, mediante el cual se parte de estigmatizaciones. Así son frecuentes las referencias a barrios peligrosos, zonas conflictivas, el crimen organizado, etc. Incluso a nivel policial, se tienen mapas de dichas áreas, los cuales, en tesis de principios, se comprobarían con los resultados, obviando que esto sucede porque precisamente sus suposiciones son las que dirigen a confirmar esos presupuestos cuando los operativos y las investigaciones se dirigen necesariamente a esos lugares antes señalados.

Por ello, son respuestas débiles con cuya consecuencia no es la solución de los problemas; por el contrario, en algunos casos, conllevan la marginación y la exclusión social, incluso afecta a la economía de los lugares, pues ingresan dentro de las variables: zona segura o barrios peligrosos. Tal característica se les traslada a sus miembros.

Así, distingamos arbitrariamente dos niveles sobre el tema de la seguridad:

> *1. Seguridad como sensación subjetiva: Sea esta de uno o muchos individuos. Puede ser de un solo sujeto, pero con amplio poder de arrastre de masas (líderes políticos, periodistas reconocidos, etc.). Olvidando que, para ello, deberíamos tener las pruebas correspondientes: y lo básico es saber, primero, si se sienten inseguros y después saber de qué se sienten inseguros.*

En este punto, por el momento, contamos con la encuesta de Hogares que realizó el Instituto Nacional de Censos, (INEC) en el 2014, y cuyos resultados relevantes se podrían resumir en lo siguiente: en el 2014, del total de hogares en el territorio nacional (1 425 297), la victimización afectó cerca de 285 mil, lo que equivale al 20,0% de los hogares, es decir, uno de cada cinco hogares del país sufrió la victimización en el lapso de los 12 meses previos a la encuesta (de julio de 2013 a junio de 2014) que el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) ejecutó mediante un módulo especial, en la Encuesta Nacional de Hogares y que contó con el apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo[26].

Pero también podría ser una seguridad objetiva, la cual es más difícil de definir, porque existen altas probabilidades de que, ante un medio determinado (como, por ejemplo las cifras oficiales), se puedan extraer unas conductas futuras. Esto es, si pasa eso, pasará aquello. Igual podría ser segura una cosa u otra.

La seguridad al igual que la salud solo se aprecia ante su falta o la simple apariencia de carencia, por cuanto se pregunta de ella, precisamente

cuando –supuestamente falta. Al hablar de ello, resulta entonces correcto decir que se define en forma negativa, porque es un arquetipo al que se aspira apelando a la represión de lo que se considera que afecta a la llamada seguridad.

Su comprobación no requiere mayor esfuerzo del que podría resultar del hacer al leer un periódico, ver el noticiero, escuchar la radio o el simple desenvolvimiento entre la sociedad. Este tema ha venido a suplantar en el grado de importancia que de ello recibe de la ciudadanía. Así el costo de la vida y los problemas de vivienda se han visto relegados a un segundo plano[27], superados por la inseguridad creciente en nuestro país[28].

En efecto, los componentes de la paráfrasis seguridad ciudadana no solo se refiere a la seguridad física de las personas, la ambulatoria, sino que es abarcativo de un sinnúmero de componentes, "*es decir, (no solo) se trata de la preocupación frente a determinado tipo de delitos que se enmarcan dentro de la llamada delincuencia tradicional"*[29], sino que del mismo modo, de la criminalidad no convencional.

Así no solo es no ser víctimas de delitos, sino también vivir en un Estado constitucional de derecho, donde las políticas públicas contemplen la equidad y la participar de los beneficios del desarrollo en materia de salud, educación, vivienda, recreación y todos los ámbitos del bienestar social, a la participación en el proceso electoral, en la toma de decisiones políticas, a las garantías procesales propias del juzgamiento en materia penal, etc.

Incluso la extensión del concepto se amplía hasta incorporar como elementos propios de la jurisdicción; es decir, pretende darle un alcance universal (principio de extraterritoriedad) a todo aquello que pueda significar riesgo para el bienestar colectivo. Entre las nuevas dimensiones de esta, estarían el crecimiento incontrolado de la población, el peso de la deuda externa, las barreras al comercio internacional, las drogas y el abismo entre pobres y ricos, poniendo especial atención en los problemas ecológicos y el surgimiento de nuevas enfermedades[30].

Como se aprecia, debe entenderse el concepto de seguridad desde la perspectiva humana. Así, en esta investigación, se toma como punto medular la noción de seguridad humana entendida esta como la seguridad del ser humano en sentido integral que procura la protección de la persona, todas sus necesidades y no solo las primarias (alimentación, vestido, etc.), sino que se proyecta hacia su futuro.

Dicha frase se asocia generalmente al *Informe del PNUD* de 1994[31]. Sin embargo, este tiene su origen desde la fundación de la Cruz Roja alrededor de 1860, el punto esencial es su separación del territorio y del Gobierno; por el contrario, toma como regencia a la persona y su comunidad[32].

Sobre esto, el Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica, suscrito en San Pedro Sula, Honduras, el 15 de diciembre de 1995, incluyó entre sus considerandos una definición integral de la seguridad ciudadana entendida como la conjugación de una multiplicidad de valores que permiten definir una agenda relativa a temas, tales como la pobreza, los servicios sociales, la delincuencia, la migración,

la protección del medio ambiente del patrimonio cultural, etc.[33].

Es importante que este concepto es de naturaleza teleológica y acorde con la línea que se proyecta en el presente estudio, máxime cuando Costa Rica ha adoptado un reforma penal de corte garantista, en donde se están atendiendo las aspectos propios de la seguridad ciudadana (es decir, de la definición que se maneja en lo presente), obviando la polisemia de la frase.

Empero, tiene una doble proyección según el grado de apreciación. Es de carácter objetiva cuando esta examina y se basa en las estadísticas objetivas (oficiales) emanadas de los diferentes componentes del sistema de justicia penal (policial, judicial, penitenciario). Por el contrario, es de naturaleza subjetiva cuando se hace referencia a la ilusión de la ciudadanía basada en la experiencia y las impresiones confrontadas al miedo al crimen, la violencia y la sugestión de los medios de comunicación colectiva que han hecho uno de estos elementos una habitualidad[34] en la sociedad costarricense[35].

Como se aprecia, esta percepción subjetiva es de carácter interno, ya que se basa en sentimientos y temores, en palabras de Marti Jusmet, es: "[...] *una sensación ideológica, una percepción subjetiva que no corresponde necesariamente a las cifra*"[36]. Además, se concibe como una aspiración o un ideal, y es una realidad momentánea porque va a depender de la clase de factores espacio-temporales que son, en última instancia, los que la van a determinar, así como la "venta" que los medios les den a las diversas informaciones relacionadas con la materia: "[...] *ya no es necesario experimentar la violencia en carne propia para poder percibirla en toda su dimensión – y más allá de ella*"[37]. Se agrega el hecho de que para la mayoría de la ciudadanía esta es la principal fuente de información sobre el fenómeno, por no decir que "*casi la única*"[38], y la de mayor divulgación es aquella que presente la información más impactante y, por ende, la más reconocida.

Otro punto de resaltar es la consideración que se tiene, ya que esta percepción (subjetiva) se guía por la apreciación de los niveles de violencia y el llamado crecimiento de la delincuencia anteriormente expresado, influyendo en aquellos delitos que tienen que ver más estrechamente con la protección de los bienes jurídicos relacionados al ser humano[39], lo cual, por su propia naturaleza, justifica su razón de ser.

Sumado a lo anterior, este sentimiento de inseguridad costarricense se debe en gran parte a la impresión de impunidad de la delincuencia y a la tendencia de que la única justicia es la que se toma por la propia mano. Ante ello, surge la solución de la privatización de la seguridad (Ley General de Policía N.° 7410 del 19 de mayo de 1994, artículos, 78, 83 y 91.b), la creación de fortalezas en lugar de casas de habitación, el llamado a más policías, etc., ya que es el sistema de justicia por antonomasia[40], quien debe resguardar la seguridad de los habitantes y, si este falla, la justicia penal se pone en entredicho, a la vez, que la institucionalidad del orden jurídico corre peligro, aparte de luchar contra la delincuencia, se le suma ahora la imagen en retroceso del sistema impartidor de justicia.

Por otra parte, el sistema de justicia atraviesa también una crisis, la cual se debe además de lo anterior, parte a que las reformas y la modernización de la legislación, especialmente la procesal "*no ha ido aparejada del planteamiento estratégico indispensable*"[41]. Es decir, no se implementaron el apoyo logístico ni el material requerido para su correcta ejecución.

Esta desconfianza se plasma en las diferentes encuestas que han revelado que solamente uno de cada ocho delitos contra la propiedad son denunciados[42], lo cual en parte se debe a la desconfianza del propio sistema.

Sin embargo, el común de las personas desconocen la orientación garantista que busca la legislación penal costarricense, especialmente, en la realización eficaz de los derechos humanos de las personas expuestas a la persecución penal. Así se indica que:

> *los ciudadanos sometidos a proceso penal se hallan protegidos por las garantías del debido proceso en general, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el juez natural, la prisión preventiva como medida de carácterexcepcional, la división entre las tareas requirentes a cargo del MinisterioPúblico, con apoyo en la investigación que realizan las autoridades policiales y las tareas decisorias a cargo de los tribunales [...]*[43].

Es igual desde el punto de vista de la víctima, el cual se materializa en la posibilidad de acceder directamente al proceso penal y constituirse en parte, emitir su apreciación y discutir para obtener (si cabe) satisfacción.

Todas estos derechos se han incorporados en la legislación procesal, los cuales se derivan de las garantías constitucionales y, especialmente, de la función de resguardo de la seguridad y del orden público, establecido en la Constitución Política y la normativa internacional, la cual en materia de derechos humanos tiene rango superior.

La construcción de esta protección se realiza en el llamado poder de policía, el cual consiste en "*la actividad de la Administración tendente a garantizar las condiciones sociales mínimas para la pacífica convivencia, las cuales se resumen en la seguridad externa del país, la tranquilidad de las calles, la salud de la población y la moralidad del ambiente.*"[44].

Este se encuentra concretizado en los artículos 12 y 140, incisos 6 y 16 de la Constitución Política.

Para mayor ilustración, se cita la jurisprudencia de la antigua Corte Plena, la cual indicó acerca del poder de policía:

"*comprende bajo este concepto reglas para garantizar la seguridad de todos los habitantes del país y dentro de este orden de ideas puede afirmarse que existen tantas policías como actividades hay en el Estado que puedan lesionar los intereses sociales que éste, por su propia naturaleza, está obligado a tutelar, para consecución de sus fines primordiale*s [...]". (voto 2069)[45].

Con datos más recientes, por ejemplo, si las estadísticas del Poder Judicial señalan que en noviembre hubo cien robos en X lugar, en diciembre puedan darse cien robos, más o menos.

Sin embargo, suponiendo que podríamos identificar esas dos cosas para un medio determinado, faltaría preguntarse otra cosa de capital importancia: ¿Qué tienen que ver los tribunales de justicia sobre ello? Los medios de comunicación nos invitan a que exijamos soluciones al Estado mediante las agencias de represión, las cuales se traducen en más altas y mayores sanciones de prisión y, prácticamente, para cualquier delito, en definitiva, arengas con ideas propias de cero tolerancia ante los eventos delictivos convencionales.

Esta interrogante parece sencilla, no obstante, el hecho de que un tribunal falle de una manera latente daría diversas impresiones: subjetivas, buenas o malas. Eso dependerá del cristal con que se mire.

Podríamos ir hasta ahí y se tendría que aplicar para diferentes tipos de casos. Pero existe otra pregunta que no se logra distinguir porque se cree que está ínsita en la primera; pero para revelarla, supongamos un caso hipotético, en el que un tribunal de la república falla de una manera que muchos juristas dirían que es un disparate, pues deja en libertad a unos delincuentes que mataron vilmente a un ambientalista famoso.

Sí esto fuera la regla, la cual solo aplicaría para los casos notorios de los que los medios de comunicación cubren como noticia, los cuales a su vez, no son la mayoría, sino en una ínfima parte, tendría alguna relevancia para el imaginario social?

Nos preguntaríamos si eso afecta o no, el *status quo.* ¿Cómo podría afectar eso a nuestras percepciones de inseguridad? ¿Cómo en los casos contrarios, eso ayudaría a disminuir la criminalidad?

¿Quién se entera de ello, a pesar de la publicidad de los juicios? ¿Quiénes van? Por lo general, las familias de los involucrados. Es tan ilusorio ver en ello la solución a los problemas actuales, por lo cual una actitud crítica debería reconocer esas limitaciones, para no caer en un ombliguismo jurídico.

Las respuestas débiles que nos brinda el derecho se pueden plantear para un determinado caso, no para una generalidad. Una cosa es el discurso y otra la realidad. El problema es que invertimos las cosas, no puede disimularse que se actúa por casos de excepción.

Cuando pensamos en seguridad, lo fundamental es que la gente crea que si hace tales o cuales cosas, pasara lo otro (causa y efecto). Si está convencida, habría seguridad, pero si no lo hace, no habría seguridad.

Aunque como indicamos no podemos obviar las cuestiones de la percepción.Veo en ello, un problema de escepticismo sobre las normas, pues queremos resolverlo todo con la materia penal, pero obviamos el problema medular: El escepticismo es sobre las personas.

Por ello, no hay que confundir los casos minoritarios, los de ciertas cosas, con la

generalidad, pues es fácil caer ante el delirio de la falacia del todo.

Tampoco se podría tratar de saber de antemano cómo van a resolver las personas juzgadoras, por medio de fórmulas más cerradas de resolución de controversias, eso sería imposible, y si por arte de magia es posible, debemos preguntarnos si es deseable, sino veamos el futurista caso de *Minority Report*.

Hay cosas que son más o menos predecibles, pero dentro de eso, no están las acciones humanas de una generalidad. Saber cómo funcionan los derechos humanos no puede limitarse a leer los textos, doctrina o dogmática, sino saber tales o cuales consecuencias de las personas ante dichos mandatos. Es decir, los efectos reales de las normas en tales o cuales medios. Si no veamos el caso de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Costa Rica, caso Artavia Murillo y otros del 28 de noviembre de 2012.

En este caso, la materia de derechos humanos, lo que importa son las personas de carne y hueso. No hay respuestas adecuadas a las cosas, eso lo vemos por los resultados prácticos en cómo reaccionan las personas ante las normas.

Vean lo curioso del caso anterior sobre la FIV mencionada líneas arriba. Nadie discute sobre los hechos, lo que pasa o deja de pasar a las personas que no pueden tener hijos, sino sobre el derecho humano en cuanto tal. Tanto así ocurre en el campo de la seguridad ciudadana, discusión sobre palabras nada más.

Por ello, no podríamos olvidar las observaciones que Baratta señala sobre la distinción entre política de seguridad y política social, la cual, agrega, no es de orden lógico, sino de orden ideológico. En el campo de la política criminal, aplicar esta distinción genera consecuencias particularmente graves: en la yuxtaposición de los dos conceptos, la noción de política criminal, de por sí ya compleja y problemática, asume un carácter exquisitamente ideológico[46].

En el contexto de la política criminal, el sustantivo "*seguridad*" se encuentra muy frecuentemente acompañada de un adjetivo: seguridad nacional, pública, urbana. La seguridad asume siempre, en este uso, connotaciones colectivas: no se trata propiamente de la seguridad de los derechos de las personas, independientemente del grupo social al cual pertenezcan, sino de la seguridad de la nación, de la comunidad estatal, de la ciudad, del barrio, etc.[47] .

Como vimos, la respuestas débiles son las que mejor se adoptan como soluciones ante la inseguridad. Sin embargo, año con año, vemos que dichas medidas tienden al mismo resultado: Nada. Con ello, parece que Sousa Santos tiene razón.

3. Los discursos de la tolerancia cero

En el ámbito punitivo, la tolerancia es una herramienta de las políticas de mano dura. No obstante, esta palabra no designa su significado en las prácticas sociales y jurídicas actuales.

La expresión ‚tolerancia cero' se utiliza para definir el grado de respeto a una determinada

ley, procedimiento o regla, con el fin de evitar la aceptación de cualquier conducta que podría desviarse de lo establecido anteriormente. Esto es, busca la aplicación irrestricta de cualquier norma sancionatoria.

Esta ideología consiste en controlar, detener y, en caso de necesidad, someter a un cacheo en la calle a cualquier persona que pueda ser razonablemente sospechosa[48] de un crimen, un delito, una falta… mediante la técnica del "*stop and frisk*"[49].

Según la Real Academia, tolerancia significa la acción y efecto de tolerar. Como tal, la tolerancia se basa en el respeto hacia lo otro o lo que es diferente de lo propio, y puede manifestarse como un acto de indulgencia ante algo que no se quiere o no se puede impedir, o como el hecho de soportar o aguantar a alguien o algo. Es el respeto a las ideas o prácticas de las demás personas que nos son diferentes.

La palabra proviene del latín *tolerantĭa* que significa '*cualidad de quien puede aguantar, soportar o aceptar*'. La tolerancia es un valor moral que implica el respeto íntegro hacia el otro, hacia sus ideas, prácticas o creencias, independientemente de que choquen o sean diferentes de las nuestras.

Pasado al campo jurídico social, se popularizó el discurso de la tolerancia cero en la gestión de Rudolph Giuliani como alcalde de la ciudad de Nueva York, durante siete años, en el periodo de 1994 a 2001, junto al jefe policial que aplicó dicha teoría, William Branton (1994-1996), quien en realidad fue el verdadero gestor de la criatura, por aplicar dichas prácticas en el pasado.

En efecto, Bratton ya había "*dado pruebas de plena consonancia con la filosofía de tolerancia cero*"[50] en la ciudad de Nueva York cuando, entre 1990 y 1993, había estado a cargo del TPD (Transit Police Department), el organismo de policía responsable de la seguridad de los transportes públicos en Nueva York. Dentro de este organismo, había implementado una operación de esta doctrina en el metro de la ciudad contra la microdelincuencia, basados en los siguientes puntos:

- La eliminación total de los graffiti del metro. (Comparado con la criminalización que se dio en Costa Rica con la inclusión de pena de prisión al reicidente en la contravención de dibujos en paredes[51]).

- El alejamiento de los sin techo que se servían del metro como cobijo nocturno;

- la prohibición de la limosna «agresiva» (*aggressive panhandling*) en el metro;

- una drástica reducción de los delitos contra la propiedad;

- el reconocimiento de poderes discrecionales a la Policía para proceder a arrestos y registros personales[52].

Estas prácticas son los vestigios de la tolerancia cero, sumado a otras prácticas de ordenación social. Todo ello conllevó a que en 1990-94, las detenciones por delitos menores efectuadas en el metro de Nueva York experimentaron un incremento notable, pasando de 1300 en agosto de 1990, a casi 5000 en enero de 1994 [53].

El metro de Nueva York, según Bratton, había sido «*reconquistado para los ciudadanos de Nueva York*» y resultaba uno de los lugares más seguros para pasar el tiempo. Esto tuvo como consecuencia en la mentalidad urbana que la hipótesis sostenida en «*Broken Windows*», según la cual para acabar con el delito era necesario eliminar la incultura urbana y la degradación, parecía confirmada[54].

Esta incipiente idea, junto al ascenso de Giuliani a la alcaldía mediática de la gran manzana, le abrió las puertas a Bratton, quien asume como jefe del Departamento de Policía en 1994. En el acto de su investidura, nos adelantaba más de su propio remedio al fenómeno criminal: "*Combatiremos casa por casa, barrio por barrio, ¡y venceremos*!", basado en cuatro objetivos:

- *incremento sustancial de los órganos del NYPD*; se pretendía dar solución al fenómeno criminal con la inclusión de una mayor presencial policial.

- *M*áxima discrecionalidad para el NYPD en el cumplimiento de las funciones de control; sobre todo en la práctica del *stop and frisk* y cualesquiera otra acción tendiente a detener e identificar a cualquier persona que, a criterio de la Policía, sea sospechosa.

- *Conjunción permanente entre los diversos departamentos de zona de la Policía, con reuniones semanales de coordinación*; buscando un control vertical de la políticas de persecución penal.

- *Patrullaje agresivo por las zonas calificadas como de mayor riesgo de la ciudad*; tratando de dar muestras de fortaleza en las áreas que se piensa que son lugares peligrosos.

- *Establecimiento de un banco de datos informáticos capaz de recoger toda la información sobre personas paradas, identificadas y arrestadas por la Policía (Compstat);* para ejercer un control total de todas las personas sospechosas, aunque no se les vincule con ningún evento delictivo. Otra muestra más de la falacia ecológica.

- *Fusión del NYPD y del TPD*[55], tendientes a ver el problema como uno solo: policías, oficiales de tránsito, agentes fiscales, etc.

Posteriormente, exactamente al año del inicio de la gestión, el dueto Giuliani-Bretton anuncia los resultados de su gestión, y es muy halagüeña a criterio de la población.

En esta sostenían que el *squeegeeing* (el lavado abusivo de cristales de vehículos practicado en los cruces de calles y semáforos de la ciudad) había desaparecido en pocas semanas, porque ahora la sanción ya no es solo de multa, sino también de arresto inmediato en caso de que aquella no sea pagada en muy pocos días. Igual pasó con los casos de limosnas agresivas, las cuales corrieron la misma suerte que los lavaventanas de los carros. Todos desaparecieron, aunque nadie explica donde se fueron. Muy posiblemente se dio un traslado del problema, y no una desaparición de la práctica.

En el campo policial, el Departamento de Policía se reforzó. Así con 6000 agentes más, el NYPD llegó a tener 38 000 efectivos y, en el campo de identificaciones de personas sospechosas, se triplicó en el curso de pocos meses. Por eso, más que un cuerpo policial, era un verdadero ejército que dio como resultado un elevado número de sujetos sospechosos.

Ahora bien, estos datos, pasados al campo específicamente penal, también parecen darle la razón, puesto que las tasas de delincuencias disminuyeron.

En el primer año de servicio, los homicidios descienden un 19%, y los robos de vehículos, un 15%. Solo en el bienio 1994-1995, el total de delitos denunciados en Nueva York pasa de 107 773 a 90 443. En su conjunto, entre 1994 y 1996, los delitos denunciados descienden un 30%, mientras que los homicidios bajan alrededor de un 40%. Y para los últimos dos años de 1997-1998, la tendencia parece confirmarse ampliamente, si no acentuarse[56].

Por otra parte, en cuanto a la percepción de subjetiva de la inseguridad, también mejoró, por cuanto para las encuestas realizadas por las agencias de registro estadístico muestran que el 73% de los habitantes de Nueva York indica que se siente seguro en la ciudad y se declara satisfecho por lo realizado por la Policía: un dato que supera en un 32% la media nacional de los Estados Unidos[57].

Como vemos, con estos datos, no sería sorprendente que la tolerancia cero sea una idea exportable y sobre la cual sume adeptos. Si a ello le añadimos los medios de comunicación colectiva, tendríamos algunas razones para creer que el imaginario social lo reclama de algún modo.

No sorprende que algunos lo crean así, incluso dando razones para ello. Se brindan, entre otras, las siguientes cuatro razones[58]:

1. El ascenso significativo del número de hechos criminales. Este incremento significaría, a su vez, el aumento de personas que han sido víctimas de la delincuencia y del crimen y, que, por ende, perciben altos niveles de inseguridad ciudadana. Este contexto dominado en parte por el miedo conduciría a una demanda más intensa de políticas inmediatas y "contundentes" para acabar con la delincuencia.

Esta idea del miedo "se internaliza y se instala en la sociedad que, condicionada por su afán de protegerse, reclama y acepta cualquier solución que le asegure adecuada, o que por lo menos contenga la misma intensidad agresiva con la que se cree atacado59". Sin embargo, tales percepciones son de carácter subjetivo, y no necesariamente objetivas. Lo cual incluso se ve como un "mito de la criminalidad"60.

2. Otro elemento que podría explicar la aprobación de estas políticas podría estar relacionado con el legado de políticas de "mano dura" del pasado. Una herencia del tipo de gestión de los conflictos sociales en tiempos de dictaduras militares (principalmente en la década de los años 70) que han sido recientes en el tiempo y de considerable duración cuyas (al

menos algunas) características perduran en la memoria colectiva, en una especie de "añoranza del orden".

Sin embargo, estas políticas de mano dura han fracasado en el fenómeno criminal, porque "el enfoque tiende a tratar indistintamente todas las formas de criminalidad sin hacer mayores distinciones en el diseño de políticas, algo que parece inadecuado"61. Se olvida de la multiplicidad de formas de delincuencia, cada una con sus particularidades, así por ejemplo, poco o nada tiene que ver la delincuencia de cuello blanco con la tesis de las ventanas rotas.

3. La falta de acuerdo entre las principales fuerzas políticas en torno las "*políticas de Estado",* entendiéndose como aquellas políticas de medio/largo plazo, sobre todo en materia de educación, distribución de la riqueza, salud o modelo económico.

De este modo, la aprobación de políticas de "mano dura" es una salida "fácil" al contexto de inseguridad ciudadana propio de contextos en los que la distribución inequitativa del ingreso, exclusión y marginación social requieren unas políticas públicas que son "difíciles" de asumir para el Gobierno de turno, debido al presupuesto y a la invisibilidad inmediata de los resultados.

4. Por último, existe la explicación de que el nivel educativo de la ciudadanía que influye directamente y su forma de entender la política y las relaciones humanas pueden favorecer o no la demanda y aprobación de este tipo de políticas.

A priori, las personas más cualificadas entenderán que la violencia y la delincuencia son el resultado de determinados procesos socioeconómicos que no se resolverán con más violencia, sino con políticas de consenso y de inclusión social.

Aunque cabe preguntarse, ¿cuál ciudadanía?, puesto que, al referirse a universos simbólicos, igualables en abstracto como las nociones de patria, Estado, etc., no estamos aportando ningún dato que pueda ser falseable; por el contrario, se estarían incentivando las falsas representaciones de la realidad, en cuyo caso, las respuestas ante tales fenómenos serían también ilusorias.

Para verdades el tiempo. En el caso costarricense, todas las reformas penales, tanto sustantivas y procesales que iniciaron en el 2009, poco o menos que poco, han ido logrando la disminución del fenómeno delictivo, puesto que son producto de la visión de tolerancia cero.

Tanto es así que para Costa Rica, la opción 1, 2 ni 3 no serían admisibles. Puesto que los hechos violentos no son la regla, mucho menos podríamos reconocerlos en tiempo. La segunda opción es casi inverosímil, puesto que la larga tradición democrática nos aleja de ciertas ideas propias de otras latitudes. Y la tercera tampoco procede porque contrariamente al enunciado, en nuestro país, las formas de enfrentar el problema criminal es casi el común denominador en las fuerzas políticas.

En realidad la criminalidad no ha cambiado tanto como la visión que tiene la sociedad sobre algunas ilegalidades callejeras[62].

> *"De modo que la tolerancia cero exhibe dos fisonomías diametralmente opuestas, que dependen de que uno sea el objetivo (negro) o el beneficiario (blanco), vale decir, según en que lado se encuentre de esa barrera de castas que el ascenso del Estado penal norteamericano tiene por efecto –si no por función- restablecer o endurecer"*[63].

En este orden de ideas, podemos ver la tolerancia cero desde dos aristas. Una como forma de *three strikes and you're out*[64], y la otra como el uso abusivo del poder penal.

Lo primero se ejemplifica en condenas severas, perpetuas, encarcelamiento preventivo, la búsqueda de condenas mínimas obligatorias, restricciones a la libertad condicional y las condenas verdaderas (o *truth in sentencing*, ley que impune que ciertas penas debían ser cumplidas al menos en un 85% de su duración), encarcelamiento de menores, prisiones de máxima seguridad (las opulentas *supermax prisions*), punto final a "lujos" y "comodidades" en las cárceles, cadenas de prisioneros, registros de pedófilos y extensión de la pena de muerte[65].

Lo segundo se denota en la sobreutilización de la prisión como institución fundamental, no solo en el mantenimiento del orden, sino también en su función política. Es la retórica populista, sea de izquierda o derecha que lo admiten como propio.

A la prisión van los malos, aunque lastimosamente solo los malos de escasos recursos económicos.

Wacquant describe este proceso acertadamente, indicando que se ha venido dando bajo tres estrategias muy particulares[66]: la socialización, la medicalización y, por último, la penalización.

Así la primera se explica en el discurso de combate a la pobreza mediante la asistencia social de las personas sin techo y demás desplazados sociales. La segunda se explica en la visión médica, considerar a las personas excluidas como portadoras de alguna problemática de salud: alcohólicos, drogadictos, personas con problemas mentales, etc. Se busca alguna patología individual, pero con claros intereses colectivos que represente el Estado. Por último, la tercera estrategia es la penalización como técnica para invisibilización de los problemas sociales[67].

Estas tendencias se vieron reflejadas en las reformas normativas iniciada en el 2009 en Costa Rica, mediante diversos instrumentos jurídicos tendientes a cumplir principalmente con la tercera estrategia. Así por medio de las leyes de criminalidad organizada (8754) y de protección a víctimas y testigos (8720), se adaptaron las estrategias de la tolerancia cero.

Algunas de estas ideas serían las reformas al Código Procesal Penal, tendientes a limitar las soluciones alternas al conflicto. Así mediante el artículo 16 de la Ley 8720, se reformaron los artículos 7, 22, 25, 30, 33, 36, 70, 71, 98, 204, 212, 221, 238, 248, 282 y 285; los incisos f) y h) del artículo 286; los artículos 293, 298, 300, 304, 318, 319, 324, 330, 331, 334, 340, 351, 413 y 426 del Código Procesal Penal, Ley N. 7594. Muchos de ellos son concernientes a soluciones alternas al juicio ordinario, ya sea restringiendo sus posibilidades en cuanto a delitos o mediante plazos; en lo primero, restringiendo

en delincuencia con fuerza o violencia en las personas (con excepción de la conciliación), o mediante límites temporales: no se puede someter a una medida, si dentro de los cinco años anteriores, ya se ha beneficiado de alguna.

Por otro lado, mediante el abuso del *ius puniendi,* se agregan formas cuasi automáticas para la detención provisional, como lo son las nuevas causales de la prisión preventiva contenidas en la norma 238 bis del CPP, las cuales establecen –por ejemplo- los siguientes motivos:

> a) Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas. b) Cuando el hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos. c) Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas. d) Cuando se trate de delincuencia organizada.

De una simple lectura, se denota que ninguno de ellos es de orden accesorio o con fines instrumentales, sino que pretenden que cumplan fines de la pena.

Finalmente, mediante la inclusión de un proceso expedito para juzgar a la delincuencia en flagrancia (art. 18), se agrega un nuevo procedimiento por medio del cual, se pretenden enjuiciar los hechos delictivos en forma instantánea. Es decir, confunden justicia pronta y cumplida, con justicia en el acto. Dentro de esta idea, se agregan flagrantes violaciones del derecho de defensa, entre ellas, prisión preventiva sin recurso de apelación, plazos sumamente cortos para ejercer la defensa, incluso, algunos totalmente contradictorios. Así, por ejemplo en la norma, el guarismo 426 establece que el fiscal, le otorgará un plazo de 24 horas a la defensa para que prepare su labor. Sin embargo, es ese el plazo que la fiscalía tiene para definir la situación de la persona imputada y pasarlo a las órdenes del juez o de la jueza penal.

En cuando a la idea McDonalizante[68,] se parte de la idea de realizar el proceso en forma instantánea, no se lograron garantizar los derechos de las personas imputadas incluso para las cuestiones mínimas, como serían: la búsqueda de testigos, localización de prueba, etc., puesto que a las horas en que el servicio de flagrancia opera (en casos nocturnos) sería imposible.

Se podría replicar indicando que esto sería lo menos, diríamos, aunque sea de un solo caso, habría que garantizarle el pleno uso de sus derechos. Ante ello, nos preguntamos: ¿en qué afectaría esperar unas cuantas horas y realizar el proceso en horas hábiles?

En el campo sustantivo, también se tienen manifestaciones propias de la tolerancia cero;

entre ellas, la eliminación de la cuantía en los delitos de hurto. Así, actualmente el simple hecho de tomar y comer una uva en un supermercado sería un hurto, por más proyectado como *marketing* de ventas.

Incluso, se penaliza la reincidencia en contravenciones con penas de prisión. Así cuando:

> *quien escribiere, exhibiere o trazare dibujos o emblemas o fijare papeles o carteles en la parte exterior de una construcción, un edificio público o privado, una casa de habitación, una pared, un bien mueble, una señal de tránsito o en cualquier otro objeto ubicado visiblemente, sin permiso del dueño o poseedor o de la autoridad respectiva, en su caso. Si reincidiere, la pena será de cinco a veinte días de prisión. (art. 387).*

Como vemos, incluso es más drástica que las reglas del *three strikes*, puesto que en Costa Rica pasamos al *two strikes.*

Por último, en la legislación sobre criminalidad organizada, aplicando tendencias de cero tolerancia, se incluyeron serías modificaciones al régimen de prescripción de la acción penal, ya que, un proceso declarado como tal no prescribiría nunca (por transcurso el tiempo), en razón de plazos sumamente amplios, pasando, incluso, el plazo ordinario de prisión preventiva de un año a 24 meses y agregando un sinnúmero de causales interruptoras y suspensivas en la prescripción. Por eso no se puede observar la relación de medios a fines en este cambio normativo, si lo único que viene a constituir es la prolongación de la medida cautelar para este tipo de delincuencia.

En este caso, lo primero que debemos señalar es la indeterminación de la frase "*delincuencia organizada*", por cuanto la legislación define en el artículo primero de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Ley 8754, vigente desde el 24 de julio de 2009, que:

> *por delincuencia organizada, (se entiende) un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves", tanto de carácter nacional como transnacional; Y más adelante establece que delito graves es el "que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más.*

Aunque, actualmente mediante reforma se establece que deben ser tres o más personas, la idea sigue siendo la misma.

En igual sentido, la Ley 8302, publicada en *La Gaceta* n.° 123 del 27 de junio de 2003, establece una serie de variables un poco diferentes a la establecida en la ley nacional sobre criminalidad organizada, para la Convención, se requiere que el grupo sea de tres o más personas (art. 2.a), además cuando se hace referencia a la delincuencia organizada, esta es de carácter transnacional (art. 1), entendiendo por tal cuando (art. 3.2): a) Se comete en más de un Estado. b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una

parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado. c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado. d) Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

En consecuencia, si aplicamos las definiciones de la Ley 8754 y sus reformas (Ley 9481), prácticamente cualquier participación de tres personas con fines criminales -aunque sea para cometer un solo delito- puede estar contenido dentro de los linderos de una organización delictiva.

4. Algunas reflexiones: ¿qué podemos hacer?

En realidad lo que sucede es que estamos cayendo en un pensamiento por deseos, a su vez, creamos universos simbólicos a los cuales idolatramos: la idea de comunidad, la sociedad segura, patria, nación de paz, etc. ¿Qué quiero decir con esto? Pues que estos universos simbólicos son parte de nuestra manera de pensar el mundo; pero el mundo social, así creemos en la seguridad ciudadana como un algo, un ente con existencia propia que se logra proyectar con algunas ideas de tolerancia cero.

Esto sucede porque corrientemente vemos el mundo social, como si fuéramos niños. En consecuencia, lo que aprendemos son modelos de conducta y maneras de explicación de cómo suceden las cosas: los premios y castigos, lo primero para las buenas personas; los segundos, para las malas personas.

Por ello, no podemos decir que sean solo modelos de conocimiento científico, sino también maneras ambulatorias como encaramos el mundo. Es simbólico porque eso que se dice representa unas realidades. Son maneras en que aprendemos espontáneamente como ocurren las cosas.

Es decir, son simples maneras de construir la realidad social. Les damos significado a esas cosas que las personas hacen o dejan de hacer, y así tienen sentido. A su vez, esta descripción simbólica lo establece en una manera de pensar.

Ahora bien, esta forma de ver el problema podría resultar beneficioso. Así, si hay un desastre natural en algún lugar, crearía en los demás una idea de solidaridad que bien o mal se manifiesta en ayuda. Pero, también, puede suceder –como lo es en el tema de la tolerancia cero- que se cree alarma social para agravar el problema, y lejos de buscarle solución a dicha tendencia, colabora en las respuestas por deseos: cuantas más normas, más seguridad, cuanto menos tolerancia, menos posibilidades de delincuencia.

Como vemos, las soluciones que se encaminan desde la visión de la tolerancia cero es hacia una mayor severidad de la sanción, en concreto la pena de prisión, mayor presencial policial, uso indiscriminado del poder policial para detener a cualquiera que se vea sospechoso, según la visión del policía actuante[69].

Dichas políticas solo se traducen en un mayor uso de la prisión como forma de resolver conflictos y, de ello, al hacinamiento carcelario, tanto así que "*la cuadruplicación de la población carcelaria de Estados Unidos en dos décadas no se*

puede explicar por el aumento de los crímenes violentos; proviene de la extensión del recurso al encarcelamiento por diversos delitos callejeros y faltas menores que antes no conducían a una a prisión",[...] por el endurecimiento de las condenas"[70] sea, políticas de tolerancia cero.

Igualmente, esta cero tolerancia se ha diseminado en múltiples formas, desde los *three strikes* a los *two strikes*; los primeros para la delincuencia callejera; la segunda para la delincuencia violenta y sexual que conlleva a penas de prisión de por vida e, incluso, la castración química[71].

En el fondo, esta idea ve a la justicia penal como venganza institucionalizada, en la cual ahora lo central es sustituir esa venganza privada por un órgano que me otorgue el castigo, la cual yo no me tomo por mi cuenta, pues lo primero es lo civilizado y lo segundo salvaje e infame; aunque el resultado sea el mismo, cambiamos el camino, mas no las últimas intenciones.

Todo lo anterior parece más una argucia intencional en el auditorio (aunque podría no ser necesariamente intencional), porque el común de las personas es creer en lo que se dice. Así el primer engañado es el mismo expositor.

Por ello, insistimos en un análisis crítico y reflexivo, donde se debería acudir a un criterio de racionalidad webberiano –de medios a fines-, intersubjetivamente controlable, el cual, creo, podríamos encontrar en los estudios especializados que interdisciplinariamente se han realizado, entre ellos, *el Informe sobre desarrollo humano* concerniente a la (in)seguridad ciudadana del PNUD del 2005, en el cual se proyectan algunas ideas básicas, entre las cuales rescatamos a modo de ejemplo las siguientes:

Aquellas medidas tendientes al conglomerado social, como serían las líneas de acción sobre la comprensión del fenómeno[72], dentro de las cuales y a modo de ejemplo señalamos tres.

a. Desplegar campañas de información y desmitificación de la inseguridad: No podemos vivir pensando en los universos simbólicos que los medios de comunicación nos crean. Existe también una responsabilidad en cuanto a la veracidad de la información que se nos brinda.

Además, no podemos asimilar los eventos de un determinado lugar, por ejemplo, el área metropolitana con la generalidad del territorio nacional, pues ello constituye la materia prima de la mitificación del problema de inseguridad ciudadana.

b. Promover una mejor comprensión del fenómeno entre los tomadores de decisiones. Aunque el discurso político, es esencialmente retórico, eso no significa que pueda también ser responsable. Debemos exigirles a nuestros l*í*deres, respuestas concretas y no simple arengas de mayor severidad penal. Bastaría con observar los países que tienen pena de muerte para darse cuenta de que la dureza penal no ha tenido mayor repercusión.

c. Promover un periodismo formado y comprometido con la seguridad ciudadana. Los medios de comunicación son un integrante esencial en cualquier Estado

democrático, tanto así que podría ser un cuarto poder en la célebre división de poderes. Sin embargo, el tratamiento de las noticias de índole penal dista mucho de la simple información, sino que van cargados de altos componente subjetivos basados en conocimiento lego.

Por ejemplo, cuando se informa sobre el resultado de los operativos policiales, es común que se indique como resultado que todas las personas sospechosas quedaron libres, sin dar las razones para ello, y menos explicar la función de la medida cautelar de prisión preventiva. En esta perspectiva, buscan incrementar la sensación de impunidad y de que los tribunales de justicia no están haciendo su trabajo, aunque puede ser que ni se hayan pedido medidas cautelares por la fiscalía.

Estos pequeños detalles de una u otra forman contribuyen al malestar social sobre los problemas de inseguridad, porque se aplican las consideraciones del teorema de Thomas, el cual establece "*If men define situations as real, they are real in their consequences".* (Si los hombres definen las situaciones como reales, estas son reales en sus consecuencias).

Por otro lado, también encontramos ***líneas de acción*** respecto al Estado, entre las cuales tendríamos:

1. Adecuar el marco normativo e institucional al objetivo de acercar la Policía a la ciudadanía. Como, por ejemplo, desarrollar más y mejor, la estrategia de Seguridad Comunitaria y la Policía de proximidad, para identificar y atender los problemas de seguridad que comúnmente enfrenta la población.

2. Mejorar la coordinación entre los distintos cuerpos policiales, así como su fortalecimiento y profesionalización. Un elemento básico es la profesionalización de los cuerpos policiales, así como una adecuada coordinación en sus funciones.

Ello pretende reducir las posibilidades de corrupción y mejorar las labores de prevención del delito.

Como podemos ver las cosas que se deben hacer son simples y sencillas, pero implican un compromiso de todos. Se debe actuar por criterios y razones, no por simples estados emocionales y alarma social, derivados muchas veces de casos de excepción.

Para finalizar, presentamos unos simples ejemplos de lo que podemos hacer cada uno de nosotros y que, desde el 2005, nos indica el PNUD[73]:

1. Generar entornos urbanos seguros: En los procesos de construcción y desarrollo urbanístico deberíamos agregar el componente de segurida como podrían ser sistemas de vigilancia, luminosidad, áreas de acceso tanto para cuerpos de emergencia como serían bombero y ambulancia y también para los cuerpos policiales.

2. Aumentar el sentido de pertenencia de la comunidad con respecto a sus espacios públicos: la asimilación de lo propio, la ayuda a la conservación de las cosas, igual

idea impera para las áreas públicas. Así, cuanto mejor estén conservadas, mostrará un desarrollo y organización de la comunidad.

3. Incrementar la percepción de seguridad de la ciudadanía: Como había indicado sobre el teorema de Thomas, la parte subjetiva también importa. Así, el "*costo del delito"* se vería disminuido, si consideramos que estamos ante un barrio seguro.

4. Crear o fortalecer organizaciones comunitarias: Se podría hacer realizando talleres de capacitación dirigidos a las y los representantes de las organizaciones, para desarrollar un proyecto participativo que refuerce los procesos organizativos y la participación comunitaria en la generación de espacios públicos seguros[74].

Vemos un claro ejemplo de esto en el uso de las modernas tecnologías, cuando notamos que se tienen grupos de interacción social en las diversas plataformas de comunicación: grupos de amigos, estudios, universidad, familia, pero no de vecinos.

Como podemos apreciar, las consideraciones sobre la seguridad ciudadana y los derechos humanos requieren una visión macro del fenómeno, y no una perspectiva micro, como las doctrinas de la tolerancia cero pretenden hacerla ver.

Por ello, se debería tener muy clara la distinción para no sacar conclusiones apresuradas, las cuales *eo ipso* constituirían una paralogismo. Así, lo micro se refiere a la visión de cada persona sobre sus vivencias, experiencias y, en general, todas las precomprensiones que tiene sobre el tema y que los hace suyo.

Por su parte, lo macro se refiere a las condiciones objetivas sobre un determinado fenómeno a nivel nacional o regional. Por ello, es frecuente ver conclusiones a partir de la confusión de las dos líneas, especialmente, en los medios de comunicación.

La seguridad ciudadana es más un síndrome construido a partir de visiones micro que un concepto que designe a una cosa sobre la cual se pueda construir algo diferente a lo que se viene haciendo, por lo cual, ahora el paradigma mundial nos refiere más hacia una seguridad humana que ciudadana, en cuya primera consideración, es que el objeto de la seguridad ya no es tanto el Estado como el individuo.

Incluso dicha visión es un proyecto de las Naciones Unidas y desde vieja data nos manifiesta la necesidad de cambiar las nociones, sobre todo en el sexagésimo cuarto período de sesiones sobre la aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas (PNUD 1994)[75] donde nos brinda algunas pautas reflexivas sobre el tema de seguridad.

5. Conclusiones

No se desconocen las consecuencias de la (in) seguridad ciudadana y, desde vieja data, el PNUD brindaba datos preocupantes:

> *desde el punto de vista del costo económico y financiero, se ha estimado que en el 2003 y 2004, los costarricenses*

> *gastaron alrededor de 30.071 millones de colones al año en la seguridad de sus hogares, cifra que equivale a 28,600 colones anuales por hogar (INDH/CR, 2005). Asimismo, el gasto público en asuntos de orden público y seguridad alcanzó casi el 4% del gasto público consolidado en el año 2003*[76].

También debe reconocerse un deterioro en las libertades individuales, la calidad de vida y la forma en que las personas se relacionan con su entorno social. De acuerdo con un estudio que midió el índice de restricción de libertades entre los y las costarricenses frente al problema de la inseguridad, se comprobó que las restricciones a la libertad de desplazamiento, al disfrute del patrimonio y a la libertad de recreación, entre otras, "*existen y son importantes*"[77].

Empero, estos datos siguen siendo tema de preocupación hasta nuestros días, a pesar de políticas de tolerancia cero, las cuales se han manifestado en otras latitudes. Por eso el título de las presentes notas resultó acertado.

El discurso de la tolerancia cero es altamente excluyente, puesto que busca dos efectos[78] sociales de graves consecuencias y dos mensajes equivocados con efectos igualmente peligrosos, sobre los primeros, uno, la desocialización de los individuos; dos, la descolectivización en sí misma de una situación colectiva.

La primera consecuencia tiende a desarrollar la exclusión social, no solo de los marginados por conflictos con la norma penal, sino todo aquellos que se definen en función negativa: los desempleados, los *ninis*, etc., todo este conglomerado social que los hace ver como si vivieran fuera de lo social [79].

Desde el 2007, Castillo Barrantes ha venido sosteniendo esta idea como una forma de exclusión social en los servicios públicos por razón de la desigualdad de los ingresos, la marginalidad territorial en la polarización de sectores poblacionales y por desintegración familiar[80]. En Costa Rica, eso se denota en la sectorización social, traducido nominativamente a barrios marginales, zonas peligrosas, etc.

La segunda consecuencia busca la creación de nuevas categorías de personas, ya no desde el punto de vista marxista entre grupos dominantes y grupo dominados, etc., sino entre "*suburbios*" y "*residenciales*", "*barrios sensibles y barrios seguros*", etc. Y cada categoría va de la mano con ciertas reacciones de tolerancia cero mediante la "*violencia urbana*"[81]. A esto se le adjunta el problema de acceso en general de bienes, servicios públicos y privados, mecanismos de diversión, oportunidades de trabajo, modificaciones del lenguaje y, con ello, los procesos de comunicación.

Incluso el *stop* y *frisk* es diferenciado para este tipo de población, puesto que la Policía lo ve como una obra social, tanto así que se le llama *mercy booking* -detención por clemencia[82]-. Todo ello da pie a una especie de criminalización de espacio público y más aún de las áreas consideradas marginales: si pareces sospechoso, serás tratado como tal. En el espacio público, basta que seas señalado por las agencias estatales como «extraño» para que se autorice una detención e, incluso, requisa, llamada ahora, revisión superficial.

Respecto a los mensajes a los que la tolerancia cero tiende, serían igualmente dos:

Primero una señal altamente clasista[83], por medio de la cual, se nos pretende hacer creer que la única delincuencia que atenta contra nuestra seguridad es la delincuencia convencional y callejera. Esto va de la mano con las políticas de cero tolerancia a este tipo de delincuencia, para ello se crean procesos expeditos de flagrancia, detención provisional automática, extensión del encierro y, en general, una criminalización de la protesta social.

Un ejemplo clásico es la penalización con pena de prisión para la reincidencia en la contravención de dibujos en paredes:

> *A quien escribiere, exhibiere o trazare dibujos o emblemas o fijare papeles o carteles en la parte exterior de una construcción, un edificio público o privado, una casa de habitación, una pared, un bien mueble, una señal de tránsito o en cualquier otro objeto ubicado visiblemente, sin permiso del dueño o poseedor o de la autoridad respectiva, en su caso. Si reincidiere, la pena será de cinco a veinte días de prisión (art. 394 CP).*

Segundo: la transformación de la noción de seguridad solo aplica ahora para la seguridad pública, asociada al orden público de Policía, pero en detrimento de la seguridad social del Estado de bienestar, dentro de ellos, las tendencias represivas contra la inmigración. A nivel mundial, vemos que este ha sido un discurso motivador del populismo político.

Aunque se podría contraargumentar situando ejemplos de integración y, con ello, la libre circulación, como la idea de la zona *Schengen* para Europa, lo cierto es que dichas circunstancias siguen la misma idea, pero ahora a un nivel macro. Lo que antes era un problema de Estados, ahora es un problema comunitario y, con ello, se habla de "*un verdadero proceso de criminalización de los inmigrantes*"[84].

Incluso si fuéramos tan ingenuos de admitir algunas relación entre la teoría de la ventanas rotas, la tolerancia cero en la disminución del delito, habría que corroborar empíricamente dichas circunstancias, lo cual, a la fecha, no ha ocurrido.

No se puede olvidar que la tesis de Wilson y Kelling[85] nunca fue puesta a falsación, tanto así que la publicación no aparece en una revista especializada, sino en una cultural "*The Monthly*", y, a la fecha, nadie ha pretendido siquiera una mera corroboración empírica. Por el contrario, más bien existen trabajos científicos que desmitifican dichas proyecciones de la criminalidad, como los de Wacquant86 y Lautmann[87].

En realidad, como Wacquant refiere, la teoría de las ventanas rotas es una proyección de la tesis del "*breaking balls*"[88], el cual es un convencionalismo policíaco mediante el cual la persistencia policial, ante la delincuencia callejera, conocida de cierto barrio, se ve obligada a buscar otros lares. Con ello, el problema no desaparece (como pretender hacerlo ver) sino que se traslada.

Como vemos, la tolerancia cero es una simple visión equivocada del problema, incluso, desde su orígenes, pero tiene consecuencias nefastas aplicando el teorema de Thomas. Por ello, no deben olvidarse las premoniciones que, desde la doctrina del nacionalsocialismo, nos adelantaban que se podría venir:

> *En el futuro habrá dos (o más) "Derechos penales": –un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y –un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión […] Una vez que se realice la inclusión, el "Derecho especial" (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas […] Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un "nuevo comienzo")*[89]*. Del mismo autor, puede consultarse el proyecto sobre extraños a la comunidad en forma completa en su obra sobre Mezger*[90]*.*

Queda ahora seguir en las ilusiones fantasiosas de la tolerancia cero o, por el contrario, analizar críticamente lo que se viene haciendo. Si es lo primero, muy posiblemente lleguemos a cumplir el plan establecido en el proyecto alemán de *Extraños a la comunidad,* sea llegando a un derecho penal de autor o, por el contrario, reflexionar ante el recetario de personas expertas extranjeras sobre el problema criminal y buscar nosotros el camino.

Para finalizar, recordemos que las citas en un texto reflejan las ideas de otras personas, ya sea para criticarlas o para compartirlas. Igualmente, si alguien expuso una idea con una descripción inigualable, lo ideal sería compartirlo. Esa es la razón de la siguiente cita *in extenso* de Adam Crawford, quien describe de forma mesiánica desde finales de los años 90, lo que era, en ese momento, la tolerancia cero. Así, señala que el concepto de:

> *tolerancia cero es una designación errónea. No implica la rigurosa aplicación de todas las leyes, que sería imposible –por no decir intolerable, sino más bien una imposición extremadamente discriminatoria contra determinados grupos de personas en ciertas zonas simbólicas. ¿Dónde está la ‹tolerancia cero› de los delitos administrativos, el fraude comercial, la contaminación ilegal y las infracciones contra la salud y la seguridad? En realidad, sería más exacto describir las formas de actividad policial realizadas en nombre de la „tolerancia cero" como estrategias de „intolerancia selectiva „*[91]*.*

Esta intolerancia selectiva tiene el inconveniente en la extensión de daño. Howard Becker lo explica de forma brillante mediante la tesis de la falacia ecológica, explicada con un ejemplo:

Supongamos el caso de un "*muchacho que inocentemente integra los márgenes de un grupo de delincuentes, que puede ser arrestado como sospechoso, y pasará a figurar en las estadísticas oficiales como delincuente, al igual que quienes verdaderamente estuvieron involucrados en el delito*"[92]. Solo por apariencia, se asumen las consecuencias de las otras personas.

Es decir, el error consiste en suponer que todas las personas que son miembros de un grupo tienen en común los mismos rasgos que definen al grupo. Dicha premisa curiosamente es una idea subyacente en toda la ideología de la tolerancia cero. Pobreza, marginalidad y delincuencia son manifestaciones de lo mismo. Por eso se le trata por igual.

Como vemos, las normas penales son el resultado político que tiene como propósito la intervención y regulación de los ámbitos sociale. Por tales razones, deben ser sujetas a evaluación, como se haría con cualquier otra política pública. Y en dado caso de fallar o no lograr sus cometidos, deben ser eliminadas o cambiadas.

6. Bibliografía

- Alexander, Michele. (2012). El color de la justicia. (C. Valle, & E. Odriozola, Trads.) Madrid: Capitán Swing Libros.

- Asamblea Legislativa, C. P. (1999). Informe unánime afirmativo rendido por la Comisión Permanente de Asuntos Sociales que estudio y analizó el aumento de la criminalidad en el país y el deterioro de la seguridad ciudadana. Asamblea Legislativa de Costa Rica, expediente 13407, San José.

- Baratta, Alesandro. (2001). Seguridad. Capítulo criminológico, 29(2).

- Baratta, Alesandro. (2002). Criminología crítica y crítica del derecho penal. (Á. Búnster, Trad.). Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.

- Becker, Howard. (2001). Outsiders. Hacia una sociología de la desviación. México DF: Siglo Veintiuno Editores.

- Booner, Kris. (1997). Situación del delito y de la seguridad urbana en Europa. Políticas de seguridad en las gandes ciudades. En E. (Carranza, Delito y seguridad de los habitantes. San José: Siglo XXI, Programa Sistema Penal y Derechos Humanos de ILANUD.

- Calveiro, Pilar. (2015). Violencias de Estado. Buenos Aires: Siglo XXI.

- Carranza, Elías. (1997). Criminalidad. Prevención o promoción. San José: Editorial de la UNED/ILANUD.

- Carranza, Elías. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y Caribe. ¿Qué hacer? En Anuario de derechos humanos. Santiago: Unversidad de Chile.

- Castel, Robert. (2003). La inseguridad social ¿Qué es estar protegido? (V. Ackerman, Trad.). Buenos Aires: Manantial.

- Castillo Barrantes, Enrique. (2007). Los retos del siglo XXI para el criminólogo latinoamericano: El criminólogo ante el Poder del Estado. En A. G. Chirino Sánchez, Humanismo y derecho penal. Al profesor Henry Issa El Khoury Jacob. In memoriam. San José: Editorial Jurídica Continental.

- Crawford, Adam. (1998). Crime prevention and community safety: politics, policies and practices. Londres: Longman.

- De Giorgi, Alessandro. (2005). Tolerancia cero. (I. Rivera, & M. Monclús, Trads.) Barcelona: Virus.

- Ferrajoli, Luigi. (2012). El populismo penal y la sociedad del miedo. En R. Zaffaroni, L. Ferrajoli, S. G. Torres, & R. Basilico. La emergencia del miedo. Buenos Aires: Ediar.

- Foucault, Michel. (2005). La verdad y las formas jurídicas. (E. Lynch, Trad.) Barcelona: Gedisa.

- Garland, David. (1999). Castigo y sociedades modernas. México D. F.: Siglo XXI.

- Garland, David. (2007). Crimen y castigo en la modernidad tardía. Bogotá: Editorial Siglo del Hombre Editores.

- Hassemer, Winfried. (Marzo de 1994). El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz. Revista de Ciencias Penales (XX).

- Hernández Valle, Rubén. (2001). Constitución Política comentada de Costa Rica. México D. F.: Mc Graw Hill.

- ILANUD. (11). Seguridad humana. Revista del ILANUD(25).

- Issa El khoury, Henry. (1999). A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales. San José: Convenio Corte Suprema de Justicia-Agencia para el Desarrollo Internacional (AID).

- Kliksberg, Bernardo. (2007). Mitos y realidades sobre la criminalidad en Latinoamérica. San José: Fundación Internacional para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas.

- Kuhn, Thomas. (2004). La estructura de las revoluciones científicas. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

- Lautmann, Rudiger. (2014). Sociología y jurisprudencia. (5 edición ed.). (E. Garzón Váldes, Trad.). México D. F.: Editorial Fontamara.

- Mélendez Sánchez, Felipe Luis. (1989). Consideraciones criminológicas en materia de estupefacientes. Madrid: Dykinson.

- Muñoz Conde, Francisco. (2003). Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo (4 ed. ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Muñoz Conde, Francisco. (2009). De la tolerancia cero al derecho penal del enemigo. Managua: Instituto de Estudios e Investigación Jurídica.

- Murillo Ruin, Adriana. (1995). Seguridad social y control social: Entre la democracia y el autoritarismo. Tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José.

- Musil, Robert. (1992). Essais, Seuil (Trad. Cast, Ensayos y conferencias). Madrid: A. Machado Libros.

- Phillips Zeballos, Andy. (2015). ¿Qué son las políticas de mano dura?¿Por qué gran parte de la ciudadanía las sigue demandando? Recuperado el 30 de octubre de 2016, de lamula.pe:https://lamula.pe/2015/01/12/que-son-las-politicas-de-mano-dura-por-que-gran-parte-de-la-ciudadania-las-sigue-demandando/andypz/

- Programa de las Naciones Unidad para el Desarrollo, PNUD. (2005). Informe nacional de desarrolo humano: Venciendo el temor. San José: PNUD-Editorama.

- Programa de las Naciones Unidad para el Desarrollo, PNUD. (2013). Informe de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano. San José: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

- Ritzer, George. (2006). La McDonalización de la Sociedad. (M. Sautié, Trad.). Madrid: Popular.

- Rosseau, Jean. Jacques. (1984). El contrato social (5a ed.). San José: Editorial Universitaria.

- Sánchez Romero, Cecilia. (2002). Seguridad ciudadana y jurídica en Centroamérica en el contexto de la reforma penal, importancia de la perspectiva de género. Ponencia expuesta en el Foro sobre Gobernabilidad Democrática, Reducción de la Pobreza y Equidad de Género. Ponencia sobre Seguridad ciudadana. Managua.

- Sousa Santos, Boaventura de. (2009). Sociologia jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Madrid: Trotta.

- Torres, Sergio Gabriel. (2008). Derecho penal de emergencia. Buenos Aires: Ad Hoc.

- Wacquant, Loic. (2001). Parias Urbanos. (H. POns, Trad.) Buenos Aires: Manantial.

- Wacquant, Loic. (2004). Las cárceles de la miseria. Buenos Aires: Manantial.

- Wacquant, Loic. (2009). Castigar a los pobres. (M. Polo, Trad.). Barcelona: Gedisa.

- Wacquant, Loic. (2010). Las dos caras de un guetto. Ensayos sobre marginalización y penalización. (M. Mayer, B. Borgo Sallabardenne, M. Silva, G. Ubaldini, & J. Varela, Trads.). Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

- Waller, Ian. (2008). Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia. México D. F.: Ubijus, INACIPE, ILANUD.

- ilson, James, & Kelling, George. (Marzo de 1982). Broken Windows: The police and neighborhood safety. The Atlantic Monthly(249), 29-38.

- Zamora, Miguel. (2013). Acerca del discurso populista punitivo. En G. (Chan Mora, Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Homenaje a Francisco Castillo González. San José: Editorial Jurídica Continental.

- Zamora, Miguel. (2013). El problema de la reincidencia. Acta Académica.

Notas

1 *Calveiro, Pilar. (2015). Violencias de Estado. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 9.*

2 *Alexander, Michele. (2012). El color de la justicia. (C. Valle, & E. Odriozola, Prev.). Madrid: Capitán Swing Libros, p. 252.*

3 *Musil, Robert. (1992). Essais, Seuil (Trad. Cast, Ensayos y conferencias). Madrid: A. Machado Libros, p.25.*

4 *Bouveresse, Jacques. (2013) El conocimiento del escritor.Sobre la literatura, la verdad y la vida. (L.Claravall, Drad) Barcelona: ediciones Subsuelo, p. 30.*

5 *Sousa Santos, Boaventura, (2011) El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política. Madrid: Trotta, p.153.*

6 *Zamora, Miguel. (2013). El problema de la reincidencia. Acta académica. San José: Editorial de la Universidad Autónoma de Centro América.*

7 *Sousa Santos, Boaventura de .(2009). Sociologia jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Madrid: Trotta, p. 14.*

8 *Kuhn, Thomas. (2004). La estructura de las revoluciones científicas. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, p. 80.*

9 *Zamora, Miguel. (2013). El problema de la reincidencia. Acta Académica. San José: Editorial de la Universidad Autónoma de Centro América, p. 139.*

10 *Rosseau, Jean Jeaques. (1984). El contrato social. (5 ed. izd.). San José: Editorial Universitaria, p. 57.*

11 *Baratta, Alessandro. (2001). Seguridad. Capítulo criminológico, 29(2). p. 5.*

12 *Asamblea Legislativa, C. P. (1999). Informe unánime afirmativo rendido por la Comisión Permanente de Asuntos Sociales que estudio y analizó el aumento de la criminalidad en el país y el deterioro de la seguridad ciudadana. Expediente 13407, San José, p. 6.*

13 *Cf. Carranza, Elías. (1997). Criminalidad. Prevención o promoción. San José: Editorial de la UNED/ILANUD.*

14 *Programa de las Naciones Unidad para el Desarrollo, PNUD. (2005). Informe nacional de desarrolo humano: Venciendo el temor. San José: PNUD-Editorama.*

15 *Asamblea Legislativa, C. P. (1999). Informe unánime afirmativo rendido por la Comisión Permanente de Asuntos Sociales que estudio y analizó el aumento de la criminalidad en el país y el deterioro de la seguridad ciudadana. Expediente 13407, San José, p. 31.*

16 *Asamblea Legislativa, C. P. (1999). Op. cit., p. 39.*

17 *Carranza, E. (1997). Criminalidad. Prevención o promoción. San José: Editorial de la UNED/ILANUD, pp. 75-76.*

18 *Asamblea Legislativa, C. P. (1999) ... pp. 6 y 8.*

19 *Asamblea Legislativa, C. P. (1999)... p. 46.*

20 *Mélendez Sánchez, F. L. (1989). Consideraciones criminológicas en materia de estupefacientes. Madrid: Dykinson, p. 162.*

21 *Chinchilla, S (2015). Gobierno defiende decisión de sacar presos de las cárceles. La Nación. Recuperado el 10 de enero de 2016. De: http://www.nacion.com/nacional/política/Reos-cárceles-política-gobierno_0_1523447731.html.*

22 *Rojas, P. Y Mora, C. (2015). Violencia e inseguridad arrinconan al gobierno de Solís. CrHoy.com. Recuperado el 14 de octubre de 2015. http://www.crhoy.com/violencia-e-inseguridad-arrinconan-al-gobierno-de-solis/*

23 *Calveiro, Pilar. (2015). Violencias de Estado. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 82.*

24 *Programa de las Naciones Unidad para el Desarrollo. PNUD. (2013). Informe de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano. San José: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo..*

25 *Lautmann, Rudiger. (2014). Sociología y jurisprudencia (5 edición izd.). (E. Garzón Váldes, Prev.). México D. F: Editorial Fontamara, p. 21.*

26 *INEC. Instituto Nacional de Censos. (2015). Encuesta de hogares. Resultados generales. San José.*

27 *Murillo Ruin, Adriana. (1995). Seguridad social y control social: entre la democracia y el autoritarismo. Tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José, p. 26.*

28 *Booner, Kris. (1997). Situación del delito y de la seguridad urbana en Europa. Políticas de seguridad en las gandes ciudades. V. E. (Carranza, Delito y seguridad de los habitantes. San José: Siglo XXI, Programa Sistema Penal y Derechos Humanos de ILANUD, p. 50.*

29 *Sánchez Romero, Cecilia. (2002). Seguridad ciudadana y jurídica en Centroamérica en el contexto de la reforma penal, importancia de la perspectiva de género. Ponencia expuesta en el Foro sobre Gobernabilidad Democrática, Reducción de La Pobreza y Equidad de Género. Ponencia sobre Seguridad ciudadana. Managua.*

30 *Sánchez Romero, C. (2002). Seguridad ciudadana y jurídica en Centroamérica en el contexto de la reforma penal, importancia de la perspectiva de género. Ponencia expuesta en el Foro sobre Gobernabilidad democrática, reducción de la pobreza y equidad de género. Ponencia sobre Seguridad ciudadana. Managua.*

31 *Programa de las Naciones Unidad para el Desarrollo. PNUD. (1994). Informe sobre el desarrollo humano, México D. F.: Fondo de Cultura Económica.*

32 *ILANUD. (11). Seguridad humana. Revista del ILANUD(25), p. 97.*

33 *Sánchez Romero, Cecilia. (2002). Seguridad ciudadana y jurídica en Centroamérica en el contexto de la reforma penal, importancia de la perspectiva de género. Ponencia expuesta en el Foro sobre Gobernabilidad Democrática, Reducción de la Pobreza y Equidad de Género. Ponencia sobre Seguridad ciudadana. Managua.*

34 *Hassemer, Winfried. (marzo 1994). El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz. Revista de Ciencias Penales(XX), p. 4.*

35 *Es casi una regla que todo medio de comunicación colectiva tenga su unidad de periodismo investigativo. El problema es que, en la mayoría de casos, se refieren a delincuencia convencional o, por la forma de la investigación, la noticia es una advertencia al infractor.*

36 *Murillo Ruin, Adriana. (1995). Seguridad social y control Social: Entre la democracia y el autoritarismo. Tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José, p. 15.*

37 *Murillo Ruin, Adriana. (1995). Seguridad social y control social. Op. cit., p. 32.*

38 *Murillo Ruin, Adriana. (1995). Seguridad social y control social. Op.cit., p. 32.*

39 *Murillo Ruin, Adriana. (1995). Seguridad social y control social. Op.cit., p. 12.*

40 *Issa El khoury, Henry. (1999). A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales. San José: Convenio Corte Suprema de Justicia- Agencia para el Desarrollo Internacional (AID), p. 20.*

41 *Asamblea Legislativa, C. P. (1999)... p. 15.*

42 *Ibidem*

43 *Sánchez Romero, Cecilia. (2002). Seguridad ciudadana y jurídica en centroamérica en el contexto de la reforma penal, importancia de la perspectiva de género. Ponencia expuesta en el Foro sobre Gobernabilidad democrática, reducción de la pobreza y equidad de género. Ponencia sobre Seguridad ciudadana. Managua. p. 7.*

44 *Hernández Valle, Rubén. (2001). Constitución Política comentada de Costa Rica. México D. F.: Mc Graw Hill, p. 636.*

45 *Ibidem.*

46 *Baratta, Alesandro. (2002). Criminología crítica y crítica del derecho penal. (Á. Búnster, Prev.). Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, p. 39.*

47 *Baratta, Alesandro. (2002). Criminología crítica y crítica del derecho penal. Op. cit., p. 99.*

48 *Cf. Sala Tercera, voto 981-14. En el cual manifiesta que la Policía puede actuar en lugares que se tiene noticia de la comisión de hechos delicitivos, sea en barrios peligrosos.*

49 *Wacquant, Loic. (2004). Las cárceles de la miseria. Buenos Aires: Manantial, p. 15.*

50 *De Giorgi, Alessandro. (2005). Tolerancia cero. (I. Rivera, & M. Monclús, Prev.) Barcelona: Virus, p. 160.*

51 *Código penal, artículo 394, inciso 1. Contravención de dibujo en paredes: «A quien dibajare, exhibiere o trazare dibujos o emblemas o fijare papeles o carteles en la parte exterior de una construcción, un edificio público o privado, una casa de habitación, una pared, un bien mueble, una señal de trànsito o en cualquier otro objeto ubicado visiblemente, sin permiso del dueño o poseedor o de la autoridad respectiva, en su caso. Si reincidiere, la pena será de cinco a veinte días de prisión».*

52 *Ibidem.*

53 *Ibidem.*

54 *Cr. De Giorgi, Alessandro. (2005). Tolerancia cero. (I. Rivera, & M. Monclús, Prev.) Barcelona: Virus.*

55 *De Giorgi, Alessandro. (2005). Tolerancia cero. Op. cit., p. 161.*

56 *De Giorgi, Alessandro. (2005). Tolerancia cero. Op. cit., p. 162.*

57 *Ibidem.*
58 *Phillips Zeballos, Andy. (2015). ¿Qué son las políticas de mano dura?¿Por qué gran parte de la ciudadanía las sigue demandando? Pridobljeno 30. Octubre 2016 iz lamula.pe: https://lamula.pe/2015/01/12/que-son-las-politicas-de-mano-dura-por-que-gran-parte-de-la-ciudadania-las-sigue-demandando/andypz/*
59 *Torres, Sergio Gabriel. (2008). Derecho penal de emergencia. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 288.*
60 *Kliksberg, Bernardo. (2007). Mitos y realidades sobre la criminalidad en Latinoamérica. San José: Fundación Internacional para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, p. 20.*
61 *Kliksberg, Bernardo. (2007). Mitos y realidades sobre la criminalidad... Op. cit., p. 18.*
62 *Wacquant, Loic. (2009). Castigar a los pobres. (M. Polo, Prev.), Barcelona: Gedisa, p. 32.*
63 *Wacquant, Loic. (2004). Las cárceles de la miseria. Buenos Aires: Manantial, p. 39.*
64 *Wacquant, Loic. (2009). Castigar a los pobres. (M. Polo, Prev.) Barcelona: Gedisa. p. 309.*
65 *Garland, D. (2007). Crimen y castigo en la modernidad tardía. Bogotá: Editorial Siglo del Hombre Editores, pp. 213-215.*
66 *Wacquant, Loic. (2009). Castigar a los pobres. (M. Polo, Prev.) Barcelona: Gedisa, p. 25.*
67 *Ibidem.*
68 *Ritzer, George. (2006). La McDonalización de la sociedad. (M. Sautié, Prev.) Madrid: Popular.*
69 *Cf. Sala Constitucional, voto 12992-04.*
70 *Wacquant, Loic. (2009). Castigar a los pobres. (M. Polo, Prev.) Barcelona: Gedisa, p. 193.*
71 *Wacquant, Loic. (2009). Castigar a los pobres. Op. cit., p. 309.*
72 *Programa de las Naciones Unidad para el Desarrollo, PNUD. (2005). Informe nacional de desarrolo Humano: venciendo el temor. San José: PNUD-Editorama.*
73 *Programa de las Naciones Unidad para el Desarrollo, PNUD. (2005). Informe nacional de desarrolo Humano: Venciendo el temor. San José: PNUD-Editorama*
74 *Programa de las Naciones Unidad para el Desarrollo, PNUD. (2005). Informe nacional de desarrolo humano: Venciendo el temor. San José: PNUD-Editorama.*
75 *Programa de las Naciones Unidad para el Desarrollo. PNUD. (1994). Informe sobre el desarrollo humano, México df: Fondo de Cultura Económica.*
76 *Programa de las Naciones Unidad para el Desarrollo,v PNUD. (2005). Informe nacional de desarrolo humano: venciendo el temor. San José: PNUD-Editorama.*
77 *Programa de las Naciones Unidad para el Desarrollo, PNUD. (2005). Informe nacional de desarrolo humano: venciendo el temor. San José: PNUD-Editorama.*
78 *Castel, Robert. (2003). La inseguridad social ¿qué es estar protegido? (V. Ackerman, Prev.). Buenos Aires: Manantial, pp. 62-63.*
79 *Wacquant, Loic. (2001). Parias urbanos. (H. POns, Prev.) Buenos Aires: Manantial, p.171.*
80 *Castillo Barrantes, Enrique. (2007). Los retos del siglo XXI para el criminólogo latinoamericano: El criminólogo ante el Poder del Estado. V A. G. Chirino Sánchez. Humanismo y derecho penal. Al profesor Henry Issa El Khoury Jacob. In memoriam. San José: Editorial Jurídica Continental, pp. 453-454.*
81 *Wacquant, Loic. (2010). Las dos caras de un guetto. Ensayos sobre marginalización y penalización. (M. Mayer, B. Borgo Sallabardenne, M. Silva, G. Ubaldini, & J. Varela, Prev.). Buenos Aires: Siglo Veintiuno, p. 151.*
82 *Wacquant, Loic. (2004). Las cárceles de la miseria. Buenos Aires: Manantial, p. 171.*
83 *Ferrajoli, Loic. (2012). El populismo penal y la sociedad del miedo. V R. Zaffaroni, L. Ferrajoli, S. G. Torres, & R. Basilico, La emergencia del miedo. Buenos Aires: Ediar, p. 60.*
84 *Wacquant, Loic. (2001). Parias Urbanos. (H. POns, Prev.) Buenos Aires: Manantial. p. 202.*
85 *Wilson, James, & Kelling, George. (Marzo 1982). Broken Windows: The police and neighborhood safety. The Atlantic Monthly (249), 29-38.*
86 *Cf. Wacquant, Loic. (2004). Las cárceles de la miseria. Buenos Aires: Manantial.*
87 *Lautmann, Rudiger. (2014). Sociología y jurisprudencia (5 edición izd.). (E. Garzón Váldes, Prev.). México D. F.: Editorial Fontamara.*
88 *Wacquant, Loic. (2009). Castigar a los pobres. (M. Polo, Prev.) Barcelona: Gedisa, p. 373.*
89 *Muñoz Conde, Francisco. (2009). De la tolerancia cero al derecho penal del enemigo. Managua: Instituto de Estudios e Investigación Jurídica, p. 55.*
90 *Muñoz Conde, Francisco. (2003). Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. (4 ed. izd.). Valencia: Tirant lo Blanch, p.193.*
91 *Crawford, Adam. (1998). Crime prevention and community safety: politics, policies and practices. Londres: Longman, p. 155.*
92 *Becker, Howard. (2001). Outsiders. Hacia una sociología de la desviación. México D. F.: Siglo Veintiuno Editores, p. 43.*

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 283-315 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

ACERCA DEL CONCEPTO NORMATIVO, "DELITO GRAVE"

MSc. Juan Luis Jiménez Chaves
jimenezc@Poder-Judicial.go.cr

RESUMEN

El presente trabajo muestra cómo se introduce el delito de legitimación de capitales en el derecho positivo costarricense, primero, teniendo como delito precedente al narcotráfico, y persiguiendo la conducta de encubrimiento de los flujos dinerarios provenientes de esa actividad ilícita, segundo, cómo se amplía la gama de delitos precedentes, tomando como referente el concepto normativo de "delito grave". En esta nueva cosmovisión del delito de lavado de dinero, Costa Rica legisla a la luz del arquetipo para el concepto normativo de "delito grave", proveniente de La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), sin embargo se aparta del extremo mínimo de la pena para definir este concepto, lo que provoca que el número de delitos antecedentes por los que se pueden perseguir el lavado de activos se incremente de manera desproporcionada, sin que ello tenga una incidencia positiva en el sistema de justicia penal de conformidad con los fines del ius puniendi. Hasta el año 2014, el juzgamiento de delitos de lavado de activos provenientes de conductas delictivas precedentes distintos al narcotráfico, fueron ínfimos, a pesar de que la reforma que toma como parámetro el concepto de "delito grave" data del año 2009.

Palabras claves: Legitimación de capitales; lavado de dinero, lavado de activos; Convención de Palermo; delito grave; delito precedente; narcotráfico.

ABSTRACT

The present work shows how the money laundering felony is introduced in the Costa Rican positive law, first, having narcotraffic as the previous felony, and chasing after the concealment of the goods coming from that criminal activity, second, how the variety of precedent felonies widens, taking as a reference the normative concept of "serious felony", coming from the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (The Palermo convention), however it distances from de minimum end of the sentence to define this concept, which leads to a disproportionate increasing amount of precedent felonies for which money laundering can be prosecuted, without having a positive incidence in the judiciary penalty system, according to the ius puniendi purpose. Until 2014, the prosecution of money laundering felonies coming from other precedent felonies different than narcotraffic, were minimum, despite the reform that takes as a parameter the concept of "serious felony" dates from 2009.

Keywords: Capital legalization, money laundering, goods laundering; The Palermo Convention; serious felony, precedent felony; narcotraffic.

Recibido 20 junio 2019 Aceptado 27 de febrero de 2020

Licenciado en derecho por la Universidad Santo Tomás, máster en Derecho Penal por la Universidad Internacional de las Américas y master en Administración de Justicia Enfoque Socio Jurídico por la Universidad Nacional. Fue el primer director del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones y a su cargo estuvo el impulso para sacar adelante el proyecto del Centro tal y como se conoce en la actualidad. Ejerce como juez contralor y juez director suplente del Centro Judicial de intervención de las Comunicaciones

Introducción

La conducta de introducir dinero proveniente de actividades ilícitas en el sistema financiero de un país y hasta en la economía global es conocida con varias acepciones: "lavado de dinero", "legitimación de capitales", "lavado de activos", "blanqueo de dinero o de capitales".

En las siguientes líneas, se hace un análisis del concepto normativo "delito grave," su introducción al sistema jurídico costarricense y sobre la evolución del delito de legitimación de capitales.

A pesar de que el delito de legitimación de capitales, como se verá, nació estrictamente por la necesidad de perseguir las ganancias ocultas del trasiego de drogas, lo cierto es que este delito ha extendido su alcance a otras delincuencias, muchas de ellas de poca entidad, sacándolo del marco de acción en el que debería destinarse todo esfuerzo por maximizar su instrumentalización.

La Ley 8204, Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas y financiamiento al terrorismo, es la que ha contenido la norma expresa en relación con la represión de las actividades dirigidas a legitimar capitales provenientes de delitos de narcotráfico y también de "delitos graves". Al hacer referencia a esta última acepción, la persecución de este tipo de delitos se veía relegada, únicamente, a aquellas conductas que encajaran dentro del concepto normativo de "delito grave", aspecto que estaba contenido en el artículo primero de la citada norma.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Fortalecimiento de la Legislación Contra el Terrorismo y la Ley Contra la Delincuencia Organizada, se transforma la figura de "delito grave", con lo cual el espectro de conductas perseguibles se amplía.

La importancia de sembrar discusión y análisis sobre los alcances de este concepto normativo y su trascendencia en el combate de la delincuencia organizada radica en conocer si, al ampliarse este concepto, la actividad represiva del Estado ha aumentado en torno a la investigación de estos delitos así como establecer si la adopción de este concepto normativo, "delito grave", como delito precedente al de lavado, ha resultado útil para este propósito.

Cualquier dato estadístico vertido en este ensayo tiene como límite de examen el año 2014.

Evolución histórica

El desarrollo del lavado de dinero ha estado aparejado al del tráfico de drogas, ya que es a partir de esta última delincuencia cuando se forja la necesidad de incorporar dinero de ganancias obtenidas al sistema financiero de Costa Rica. El dinero que se genera como ganancia es el motivo determinante para que se muevan cuantiosos alijos de droga que, dicho sea de paso, aumentan en su valor conforme se acercan a los países al norte del continente y Europa.

> *Retana et al. (1992) lo indicaron claramente: "[…] El manejo de la producción, distribución y el aumento*

> *en el consumo que les permita extender su mercado es todo un proceso empresarial que se inició en el siglo XVI y ha evolucionado a tal grado, que la legitimación de capitales es capaz de deformar la misma economía lícita en la cual ocultan el origen de los beneficios ingentes que obtienen […]" (pp. 1 y 2).*

Y esto sucede en un contexto en el que, únicamente, la delincuencia del lavado era perseguida cuando el dinero provenía de la actividad ilícita del comercio de drogas.

A pesar de que hoy se legitiman las ganancias obtenidas de manera ilícita de diversa cantidad de delitos, lo cierto es que la influencia del narcotráfico siempre marcó el inicio de la legislación en torno a esta delincuencia. Por eso es importante saber la reacción estatal, de cara a este problema y cómo se desarrolló a través del tiempo, y por qué, en un inicio, no se le daba tanta importancia, como hasta hace algunos años atrás (Jiménez 2009, p. 21).

Parafraseando a Retana *et al*. (1992) el tráfico de drogas, entendido como la oferta y la demanda, tomó auge en los años setenta, luego de la Segunda Guerra Mundial, momento para el cual, la juventud, en aras de mostrar su desacuerdo, se rebeló incrementando el consumo de drogas y realizó, de esta manera, todo aquello que resultara contrario a lo que el resto de la sociedad pensara. Obviamente, esta situación produjo que los traficantes de droga se vieran beneficiados y se dieran repercusiones a escala mundial.

Este fenómeno llegó hasta Latinoamérica, debido a que los países, especialmente suramericanos, eran y son lo que siembran y producen las plantas desde donde se extrae la mayor parte de las drogas consumibles que luego eran llevadas hasta los países norteamericanos (pp. 18 y 19).

Costa Rica se vio influenciada, en esos años, por este auge de las drogas, pero no es sino hasta la década de los ochenta, cuando se muestra el tráfico de cocaína en Costa Rica, ya no solo marihuana, la cual incluso llegó a producirse en el territorio nacional. Se contribuyó, de esta manera, al tráfico internacional de drogas, pues el país comenzó a ser utilizado, por medio de sus habitantes, como colaboradores de los carteles de la droga, y el consumo local se incrementó de manera acelerada.

Londoño *et al.* (citado en Jiménez, 2009) señalaron que se considera a Costa Rica como un "país puente" (pp. 1 a 3), entre otros aspectos, por no poseer grandes controles ni mecanismos judiciales o administrativos, para aquel entonces, porque en Costa Rica, no existían cuerpos especializados en el combate contra las drogas. El contar con dos costas en los océanos más transitados, la cercanía con países del norte como Estados Unidos, Canadá y México, lo accidentado del territorio que permite la utilización de aeropuertos clandestinos para la recarga de combustible de las aeronaves de los traficantes, la facilidad de conseguir combustible para embarcaciones en pleno altamar facilitan, igualmente, el tránsito de la droga por el país[1] .

En un estudio emitido por el Organismo de Investigación Judicial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2013), acerca del tráfico de drogas y

las amenazas que representa el crimen organizado en Costa Rica, se insiste en que: "los grupos de delincuencia organizada transnacional dedicados al tráfico de droga observan Centroamérica como un "puente" entre los países productores de cocaína y el mayor mercado de consumo" (p. 13).

Es así como comienza a manifestarse el fenómeno de lavado de dinero para los años ochenta, dado que, al pasar una cantidad de droga significativa por el territorio, también comienza a permearse el negocio del comercio, matemáticamente, cuando los productores o distribuidores venden las drogas, logran amasar grandes fortunas, las cuales no pueden usar de manera directa e inmediata por el origen de estas, generándose la necesidad de encontrar mecanismos para introducir el dinero producto de esas ganancias en el sistema financiero nacional, por medio de actividades comerciales, tales como inversiones, certificados, bonos bancarios y un sinnúmero de tipologías que hoy supera, incluso, el conocimiento de la autoridades. En fin, valiéndose de mecanismos que la misma ley promueve y provee, se logra, entonces, que el dinero ilegal obtenga ganancias lícitas, encubriendo su origen oculto.

Para Jiménez (2009), un detonante que impulsó legislar en materia de narcotráfico y lavado de dinero proveniente de este delito lo fue la inserción que este fenómeno tuvo en la política del país, cuando incluso, se logró comprobar por medio de varias comisiones de narcotráfico de la Asamblea Legislativa, cómo y de qué manera, los tentáculos de esta actividad comenzaban a influir en la palestra politiquera (p. 23). Muñoz Guillén (citada por Jiménez (2009) al respecto indicó:

[…] ¿Desde cuándo el tema del narcotráfico inunda la agenda política costarricense? Aunque el interés por este tema se inicia a partir de 1985, como resultado del ingreso al país del narcotraficante mexicano Caro Quintero, y cobra nuevos bríos a fines de 1986, a raíz de una serie de reportajes publicados por el periódico La Nación (G. Fernández, L. Fernández y E. Espinoza, noviembre-diciembre de 1986), son las implicaciones electorales del denominado "caso Alem" las que desde 1987 terminan por imprimir un cariz político al tema del narcotráfico. El hecho de que en este primer caso comprobado de lavado de dólares en el país, los fajos de billetes vinieran empacados y etiquetados como propaganda electoral del precandidato liberacionista Rolando Araya, hizo naufragar las aspiraciones presidenciales de este connotado dirigente del Partido Liberación Nacional, sin que valieran de nada su trayectoria como Diputado y Ministro, ni su condición de sobrino de otro líder de esa agrupación política: el Presidente Luis A. Monge. La aureola negativa creada por este suceso en torno a la imagen del Partido Liberación Nacional no pudo ser borrada, ni aún cuando se demostró la inocencia de Araya Monge, toda vez que el responsable del ilícito resultó ser Ricardo Alem, jefe de signos externos de esa misma agrupación política durante la campaña electoral de 1986. Lo más paradójico de todo esto

> *es que Alem, al momento de su detención, fungía como representante de Costa Rica ante el Banco Centroamericano de Integración Económica. La cuestión de la penetración de los carteles de la droga en las esferas políticas de la nación comienza a monopolizar la atención de los costarricenses, solo desde el momento en que la primera comisión encargada por la Asamblea Legislativa de investigar el narcotráfico entrega su informe, esto es, desde el 23 de noviembre de 1988. Desde esa fecha y hasta el 14 de junio de 1989, día en que se vota el informe, los costarricenses ven suscitarse agrios debates en la Asamblea Legislativa, y están pendientes de los encabezados periodísticos. Así, estupefactos, pueden constatar como antiguas y nuevas estrellas del firmamento político nacional pierden luminosidad y aplomo ante cargos terribles que son acuerpados por algunos de sus propios correligionarios [...] (p. 24).*

Seguidamente, una reseña histórica acerca de la evolución del delito de legitimación de capitales concomitante con la represión del delito de tráfico de drogas permitirá establecer a partir de qué momento se introduce el concepto de "delito grave" como elemento normativo del tipo actual.

Cronológicamente

Código sanitario: El país se distinguía como un sitio de consumo de drogas y como no existían otras conductas manifiestas, como por ejemplo, almacenamiento o la legitimación de las ganancias, se centraba en repeler el consumo propiamente dicho. La normativa iba dirigida a controlar el uso por parte de profesionales autorizados (químicos, médicos, farmacéuticos); el consumo personal adictivo y, además, se indicaba con algún grado de especificidad, ¿cuáles drogas estaban prohibidas para consumir o para ser objeto de negocios?

Artículo 273 Es prohibido, en lo absoluto la importación, exportación, tránsito por el territorio de la República, compra, venta, donación, depósito y toda clase de contratación y de convenios, así como la tenencia o uso, en cualquier forma de opio preparado, del opio bruto, de la heroína (diacetyl morfina), del cáñamo indiano o marihuana (cannabis índica) y sus semillas.

Ley General de Salud (1973): Derogó el Código Sanitario. En esta etapa, Costa Rica era considerada como un país productor de droga, más que consumidor, por ello, la legislación iba orientada a reprimir esta actividad. Anterior a la Ley General de Salud en Costa Rica, se había reconocido la adicción a los estupefacientes como una enfermedad, eliminándose, de manera implícita, el consumo de drogas como delito[2] .

El artículo 371 de la Ley General de Salud, ya derogado, indicaba:

> *[...] Sufrirá pena de prisión de cinco a diez años, el que a cualquier título cultivare plantas de adormidera (papaves somniferum), de coca (erythroxilon coca), de cáñamo o marihuana (cannabis indica o cannabis satriva) o cualquier*

otra planta o semillas de efectos similares cuyo cultivo tenencia o tráfico hayan sido declarados prohibidos o restringidos por el Ministerio de Salud. Igual pena sufrirá el propietario, usufructuario, arrendatario o poseedor a cualquier título del inmueble donde se halle la plantación, si enterado del destino que se le da a los terrenos, no presenta de inmediato la denuncia ante los tribunales comunes o ante las autoridades de policía correspondientes como el que exportare, importare, traficare o poseyere para estos fines, las plantas mencionadas en este artículo y sus semillas cuando tuvieran propiedad germinadora.

Cuando el propietario o usufructuario o arrendatario lo fuere una persona jurídica responderá el administrador que dicha persona que, conociendo el destino que se le daba al terreno no le hiciere la correspondiente denuncia u ordenare la destrucción de la mencionada planta. Será sancionado como cómplice el que labore cultivando plantas de las previstas en el párrafo primero de este artículo cuando conociere la naturaleza de ellas […].

Código Penal: Para cuando se promulgó la Ley General de Salud, el Código Penal ya existía. En este se tipificaban varias conductas relacionadas con el tráfico de las drogas y que sirvieron de complemento a la primera. Entre ellos, estaban los artículos 265, 267 y 372 que indicaban lo siguiente;

[…] Art. 265. Será reprimido con prisión de uno a cinco años. El que estando autorizado para el expendio de sustancias estupefacientes o enervantes las suministrare sin receta médica o en dosis que excedan la necesidad terapéutica. En la misma pena incurrirá el médico que recete estupefacientes o enervantes en dosis que excedan la necesidad terapéutica […].

[…] Art. 267. Se impondrá prisión de seis meses a un año al que facilitare un local, aunque sea a título gratuito, para que concurran a él personas, con el objeto de consumir las sustancias estupefacientes o enervantes […]
[…] Art 372. Se impondrá prisión de diez a quince años a quienes dirigieren o formaren parte de organizaciones de carácter internacional dedicadas a traficar con esclavos, mujeres o niños, drogas estupefacientes o realicen actos de terrorismo o infrinjan disposiciones previstas en los tratados suscritos por Costa Rica para proteger los Derechos Humanos […][3] .

Aun con la existencia del Código Sanitario, la Ley General de Salud o las normas conexas contenidas en el Código Penal, el legislador costarricense no reguló actividades relacionadas con la legitimación de capitales.

La Ley 7093 denominada Ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas: No es sino hasta quince años después que se promulgara la Ley General de Salud, cuando se redacta un nuevo texto en materia de drogas, el cual esta vez sí contempla la legislación relacionada con el lavado de dinero[4] .

En esta ley, se introduce el delito de legitimación de capitales en el artículo 15, el cual señala textualmente:

> *[…] Se impondrá prisión de ocho a quince años a quien realice cualquier acto o contrato, real o simulado, de adquisición, posesión, transferencia o disposición de bienes, tendente a ocultar o a encubrir el origen de recursos económicos obtenidos por medio del tráfico ilícito de drogas o de delitos relacionados con esa actividad, independientemente del lugar en donde el acto ilícito se haya cometido. Cuando el hecho se hubiere cometido en el extranjero, su comisión podrá acreditarse por cualquier medio […].*

Esta primera legislación reguló la conducta de la legitimación de capitales pero de delitos provenientes del narcotráfico o conexos con esta actividad. Prácticamente, solo un caso se juzgó durante la vigencia de esta ley y, antes de que entrara en vigor la siguiente (Ley 7233), al menos a nivel jurisprudencial, se destaca un único caso[5] y, al menos hasta el año 2000, tan solo fueron juzgados unos cinco por esta delincuencia.

La Ley N.° 7233, sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas" del 28 de mayo de 1991: Se promulga la ley en un etapa muy convulsa en nuestro país, en la que se había descubierto a algunos personajes políticos de la época vinculados con el lavado de dinero (fenómeno conocido como los narcodólares)[6] .

El 9 de abril de 1991, por votación unánime, en tercer debate, la Asamblea Legislativa aprobó un proyecto de reformas a la Ley de Sustancias Psicotrópicas, la cual llegó a establecer sanciones más duras y amplió su cobertura. Por ejemplo, el delito de legitimación de capitales pasó en su extremo máximo punitivo de 15 años a 20 años de prisión:

> *[…] Artículo 17.-Se impondrá prisión de ocho a veinte años a quien interviniera en cualquier tipo de contrato, ya sea real o simulado, de enajenación, de inversión, de pignoración, de cesión, de conversión. de transferencia, de guarda, o de encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino o circulación de las ganancias, cosas, valores, títulos o bienes provenientes de los hechos delictivos tipificados en esta ley o del beneficio económico obtenido de dichos delitos, siempre que hubiera conocido ese origen y tienda con esas acciones a ocultar o encubrir el origen de los recursos o a eludir las consecuencias jurídicas de ellas, independientemente del lugar donde esos actos ilícitos se hubieran cometido.*
>
> *El favorecimiento personal del delito establecido en este artículo, será sancionado con la pena señalada para el autor. Cuando el tráfico de drogas o los delitos relacionados con esa actividad, aun los referidos a las conductas tipificadas en este artículo, se hayan ejecutado en el extranjero, su respectiva demostración podrá acreditarse por cualquier medio de prueba, siempre que*

se respeten las garantías establecidas en la legislación nacional y en las convenciones internacionales aceptadas por Costa Rica en protección de los derechos del imputado.

Los bancos del Sistema Bancario Nacional deberán rendir los informes relacionados con las conductas tipificadas en el presente artículo, los cuales les soliciten el Ministerio Público o los Jueces de la República, aun en la fase de instrucción preparatoria.

Los Jueces podrán también ordenar que les sea entregada cualquier documentación o medio de prueba que los bancos tuvieran en su poder, cuando fuera necesario para una investigación.

La resolución que acuerde lo anterior, deberá fundamentar, debidamente, la necesidad del informe o del aporte del medio probatorio [...].

Resta por mencionar dos leyes subsiguientes en materia de legitimación de capitales[7] .

La Ley N.° 7786 del 30 de abril de 1998: Para la promulgación de esta ley,[8] se concientizó acerca de la necesidad de llenar algunos vacíos o lagunas que contenían las Leyes 7093 y 7233 y que las tornaban desfasadas en relación con la época. Sobre el lavado de dinero, se señaló que era necesario reprimir las conductas que dieran lugar a los tipos de encubrimiento de todas las otras delincuencias principales. Además, se llega al convencimiento de que el "lavado de dólares" ya había penetrado para esa fecha con mucho más fuerza en la sociedad. Por eso se les da un abordaje mucho más amplio en esta reforma con la finalidad de reforzar y brindar un marco de acción y competencia mayor a dos instituciones que resultaban de gran importancia en el control de las actividades financieras que se llevaban a cabo en Costa Rica, la Auditoría General de Entidades Financieras y la Comisión Nacional de Valores.

También se tomaban, en esa época en cuenta, las cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional que, desde 1992, había iniciado una serie de trabajos dirigidos a la prevención del delito de lavado de dinero, en relación con esto y otros motivos.

ARTÍCULO 72.- Será sancionado, con pena de prisión de ocho a veinte años quien:

a) Convierta, transfiera o transporte bienes de interés económico que procedan, directa o indirectamente, del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o delitos conexos, para ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar, mediante tal conversión, transporte o transferencia, a cualquier participante en la comisión de uno de estos delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

b) Oculte o encubra la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad verdadera de recursos, bienes o derechos relativos a ellos, con conocimiento de que proceden directa o indirectamente del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o delitos conexos.

La pena será de diez a veinte años cuando los hechos anteriores sean cometidos

por empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados de las instituciones financieras.

A pesar de estar contenido en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 12 539[9], en la que parecía que por fin se iba a regular la legitimación de capitales provenientes, no solo del delito de narcotráfico, se ve cómo la redacción final solo abarca el delito de lavado proveniente del narcotráfico, incluso, como nota curiosa, el texto original contemplaba una penalidad en su extremo menor mucho más baja, de tan solo tres años y contenía cuatro incisos en vez de dos.

La Ley 8204 del 26 de diciembre de 2001: Corresponde a la ley promulgada en materia de lavado de dinero, antes de la Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo y Ley Contra la Delincuencia Organizada. Se destaca que, al momento de promulgarse esta normativa, eran pocos los casos que se habían dilucidado en materia de legitimación de capitales con las tres leyes anteriores[10] .

A nivel jurisprudencial, se estima que el número de sentencias que para esa fecha (año 2000) pudieron efectivamente existir, eran aproximadamente cinco, lo cual sin duda es un número realmente ínfimo[11]. Curiosamente, todos los casos tienen relación con el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría y ninguno originado en alguna investigación antecedente o mediante el uso de técnicas de detección de movimientos financieros sospechosos u otros.

Dentro de los motivos determinantes para la promulgación de la nueva ley y relacionado directamente con el tema que nos ocupa, están los compromisos adquiridos ante la Organización de Naciones Unidas para paliar el impacto de los delitos de legitimación de capitales sobre la estabilidad de los sistemas nacionales financieros y comerciales. La investigación financiera debía verse reforzada con nuevos mecanismos de control de la actividad financiera de cada país miembro. Se buscaba perfeccionar la normativa para prevenir y sancionar el delito de legitimación de capitales, la descripción del tipo penal de legitimación de capitales desde la perspectiva de capitales provenientes de "delitos graves".

Así, a pesar de que, en el texto original de la Ley 8204, no se introduce ni se menciona este concepto normativo, conforme avanzaron las discusiones del Proyecto (N.° 13 904) y las diferentes consultas técnicas a los distintos organismos implicados en el tema, se acopia la necesidad de darle contenido a la definición de "delito grave".

Delito grave

La promulgación de la Ley 8204 introduce en el derecho positivo el elemento normativo "delito grave". La influencia de este concepto parece provenir de los tratados internacionales; sin embargo, antes de la promulgación de la ley, al menos ya se había mencionado en la Convención de Viena para Relaciones Consulares[12] .

ARTÍCULO 41 Inviolabilidad personal de los funcionarios consulares. 1. Los funcionarios consulares no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva

> *sino cuando se trate de un* **delito grave** *y por decisión de la autoridad judicial competente" (Subrayado es propio).*

Igualmente, en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José)[13] , se menciona en su artículo 4.2:

> *En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los* **delitos más graves**, *en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. (Subrayado es propio).*

Guillermo Hernández *et al.* (citado por Jiménez, 2009) en un seminario organizado por la Comisión Permanente de Narcotráfico de la Asamblea Legislativa, a quien luego de preguntársele acerca de qué tipo de legislación necesitaba el país para combatir el flagelo de legitimación de activos, este contestó que era necesario abrir el tipo penal a otros "delitos graves", sin restringirlo, a los dineros provenientes del narcotráfico, pues el lavado de dinero no solo se relacionaba con esta actividad, sino también con otros delitos como el tráfico de armas, la trata de blancas, la pornografía y otras (p. 36).

De acuerdo con Jiménez (2009, pp. 36 y 37), cuando se discutió la aprobación de la reforma a la legislación que contenía la norma contra el lavado de dinero (propiamente la Ley 8204), el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa abordó el tema en relación con este concepto de la siguiente manera:

> *[…] En este aspecto, es importante resaltar que la norma vigente restringe el delito de legitimación de capitales a las conductas que encubren bienes provenientes del tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mientras que el proyecto lo abre a cualquier delito que esté sancionado con pena mayor a tres años de prisión (inciso primero) o a un "delito grave" (inciso segundo). No queda clara la razón que justifica la diferencia que se hace entre los dos incisos, ni con qué parámetros puede decidirse cuándo se está ante un delito grave […].*

La propuesta original de la reforma contenía esa disyuntiva en dos de sus incisos. Ya aquí se puede ver cómo este concepto causaba una laguna en la norma por lo que era necesario darle contenido al concepto tan abierto de "delito grave". El 21 de agosto de 2001, la licenciada Liliana Rivera Quesada, asesora del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, finalmente hace esta recomendación:

> *[…] al modificar este delito, se estaría creando un tipo abierto, porque quedaría a discreción del aplicador determinar cuándo el delito es grave y cuándo no, sin que se le otorgue ningún tipo de parámetro. En el dictamen, tal y como está previsto, por lo menos se le da el parámetro de que sea una pena mayor a tres años de prisión, pero aquí simplemente se deja a su criterio determinar la gravedad o no de un determinado hecho […].*

Es así como, (Jiménez 2009) al II período ordinario de sesiones, de la cuarta legislatura, desde el 1 de mayo de 2001 al 30 de abril de 2002, sesión número 12, se presenta ya en el artículo primero del proyecto de reforma a la Ley 7786, la introducción del concepto de delito grave. Este delito vendría a estar delimitado como: "toda aquella conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad de al menos cuatro años de prisión o una pena más grave" (p. 37).

Respecto a la importancia de la definición de "delito grave", se tiene que, a partir de la reforma de la Ley 7786 en que entra en vigencia la Ley 8204, la gama de delitos por los que se podría investigar el lavado de dinero se incrementa, y pasa no solo de estudiarse los flujos de capital de delitos relacionados con el narcotráfico, sino también los flujos de dinero de delitos que encajan dentro de la definición introducida en la legislación mencionada.

Al respecto, Roldán (citado por Jiménez, 2009, p. 37) da una idea de esta importancia al decir que, aunque se sienta una cierta discusión con esta nueva acepción, lo cierto es que la investigación relacionada con los delitos de lavado de dinero van a concernir a más unidades policiales y del Ministerio Público, haciendo alusión a que más delincuencias podrían originar flujos de capital ilícitamente obtenido y que conlleven, obviamente, a esta fase de encubrimiento y, por tanto, más actores represivos deberían seguir este delito.

El concepto de "delito grave" contenido en la Ley 8204 antes de la reforma fue objeto de discusión en sede constitucional, debido a que existió un recurso de inconstitucionalidad planteado contra las normas que lo contenían, y se alegó, en su momento, que violentaban el principio de tipicidad y de reserva de ley consagrados en la constitución costarricense. Al respecto, la Sala resolvió de la siguiente manera:

> *[...] Concepto de "delito grave". En relación con el artículo 1 párrafos 4 y 5, según puede verse, se trata de normas genéricas que establecen parte de los fines u objetivos de la Ley sobre sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas; y por otro lado, se define para efectos de la Ley, lo que debe entenderse por "delito grave", al establecer que se trata de aquella conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad de cuatro años como mínimo, o una pena más grave. Esta definición integra los tipos penales que regulan dicha conducta y no encuentra la Sala que tenga problemas de imprecisión y determinación. El legislador decidió, en el ámbito de su competencia para definir y diseñar la política criminal, en aras de tutelar los bienes jurídicos de la ciudadanía, enmarcados en dicha Ley, considerar como delito grave, todos aquellos que tengan una sanción penal mínima de cuatro años de prisión. Es claro que se trata del tipo penal considerado en abstracto, sea, que tenga asignada en el tipo legal una pena mínima de al menos cuatro años de prisión. En la definición de las conductas punibles,*

en abstracto, el legislador debe realizar una valoración de proporcionalidad entre el hecho y los montos mínimos y máximos de privación de libertad que se establecen. De manera que la gravedad de los hechos debe reflejarse en la magnitud de la sanción que se prevé. Por supuesto, la individualización de la pena que se produce ya en sede jurisdiccional y no legislativa, atiende a una serie de factores tanto subjetivos como objetivos que deben estimarse, que son de resorte exclusivo del Juez quien entre un mínimo y un máximo de sanción otorgado por la ley, debe imponer la sanción que mejor se ajuste a las circunstancias particulares del hecho. No cabe duda que el legislador al definir en esta norma lo que debe considerarse como "delito grave" para los efectos de la Ley de Psicotrópicos, establece un criterio objetivo, constatable y verificable, que no produce inseguridad jurídica alguna. En consecuencia, considera esta Sala que no son inconstitucionales los párrafos 4) y 5) del artículo 1 de la Ley […].

[…] En primera instancia, debe decirse que el principio de reserva de ley, según el cual la ley es la única fuente creadora de delitos y penas; no puede resultar lesionado en modo alguno por la norma que se impugna porque es claro que tanto las conductas descritas en esa norma como el concepto de "delito grave" que las integra, están previstos en una ley. Por otra parte, también se respeta plenamente el principio de tipicidad, según el cual, tanto las conductas como las sanciones que se atribuyen deben estar descritas en una norma, en forma precisa y clara, tampoco resulta vulnerado. El tipo penal se integra con lo dispuesto en el artículo 1) que define qué debe entenderse por "delito grave", lo cual, conforme se señaló, es claramente identificable y no presenta problemas de vaguedad o imprecisión. No se trata de un tipo penal abierto, ni de una norma penal en blanco; sino de la remisión a otra norma dentro del mismo Cuerpo Normativo, que no apareja ninguna violación a los principios de legalidad y tipicidad. En consecuencia, procede rechazar por el fondo la acción en cuanto a este aspecto […][14].

En sede de casación, la jurisprudencia patria también parece reconocer esta importancia en la conceptualización del "delito grave:

[…] La quejosa indica también, que el a-quo no valoró integralmente las declaraciones de los funcionarios policiales encargados de la investigación. Sin embargo, se nota que precisamente, a folio 313, el Tribunal se refirió, de forma expresa, a los puntos echados de menos, para hacer su conclusión absolutoria, y entender, cómo reiteradamente se ha expuesto, que la forma en que venía siendo trasladado el dinero en cuestión, no implica la comisión del ilícito. En ese sentido, es importante mencionar que, tratándose del tipo

> *penal de legitimación de capitales, cualquiera que sea el origen ilícito de los dineros, que no es necesariamente el narcotráfico, sino que bastará que se trate de un delito grave -artículo 69 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas- este debe probarse fuera de toda duda, incluso para determinar la gravedad requerida por el legislador en la descripción de la conducta, labor que compete al operador jurídico […]*[15] .

Este concepto "delito grave" fue modificado no solo por la legislación antilavado en Costa Rica con la entrada en vigencia de la Ley de Fortalecimiento de la Legislación Contra el Terrorismo que modificó el artículo 69 de la Ley 8204, sino que, en el sistema punitivo, en general, tras la entrada en vigencia de la Ley Contra la Delincuencia Organizada[16], la cual contiene en su artículo primero, en cuanto a interpretación y aplicación, en su párrafo tercero:

> *"[…] Para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más [...]".*

Jiménez (2009) establece un recuento de cómo evolucionó esta modificación:

El Poder Ejecutivo anunció para el 21 de octubre de 2003, la presentación a la Asamblea Legislativa del Proyecto de Ley para el fortalecimiento de la legislación costarricense contra el terrorismo, que dotaría al país de un sólido marco jurídico para el combate de esta grave amenaza y le permitiría cumplir con las obligaciones internacionales en la materia.

El proyecto de ley fue el resultado de la labor realizada por una Comisión Interinstitucional que inició su labor en noviembre de 2002. Estuvo integrada por los Ministerios de Seguridad Pública, de la Presidencia, de Justicia, de Relaciones Exteriores, la Procuraduría General de la República, el Instituto Costarricense sobre Drogas y las Superintendencias Generales de Entidades Financieras, de Valores y de Pensiones, además del Ministerio Público y asesores de algunos diputados.

El proyecto legal buscaba atender los compromisos a los que Costa Rica se había obligado en atención de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de ocho Recomendaciones Especiales del GAFI (Grupo de Acción Financiera), de la Convención para la Supresión del Financiamiento al Terrorismo de la ONU, aprobada en Costa Rica mediante la Ley 8257 del 2 de mayo de 2002 y de la Convención Interamericana contra el Terrorismo de la OEA finalmente aprobada en Costa Rica mediante la Ley 8446 del 22 de mayo de 2005, en aquel entonces apenas bajo estudio por la Asamblea Legislativa).

En esencia, el proyecto buscaba tipificar como delitos el financiamiento al terrorismo y el reclutamiento de personas para cometer actos de terrorismo, aun cuando la acción no se llegara a cometer e, incluso, cuando fuera planificada para cometerse en otro país.

Asimismo, obligaban a establecer controles para evitar el financiamiento al terrorismo y para congelar los recursos de personas físicas o jurídicas que estuvieran ligadas al terrorismo, ya sea por requerimiento de otro país o que se detectaran a causa de una investigación en el país.

Se incorporaron cambios al Código Penal (Ley 4573, 4 mayo de 1970) de manera que quedara claramente establecido que las acciones de financiamiento al terrorismo y de reclutamiento de personas para cometer actos de terrorismo, dentro del país o fuera de él, constituirían delito.

El proyecto también proponía reformas a la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizadas, legitimación de capitales y actividades conexas. (Ley 8204).

Se consideró que dicha legislación contenía la principal normativa en materia de control financiero para la prevención y detección de legitimación de capitales (lavado de dinero), y lo que se buscaba era ampliar las esferas de control de las transacciones financieras y el ámbito de acción del Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD), de manera que dichos controles pudieran ser efectivos también para prevenir y detectar el financiamiento al terrorismo.

La propuesta inicial incluía la modificación o reforma de los artículos 1, 4, 14, 15, 16, 17, 26, 28, 30, 31,32, 33, 61, 62, 63, 70, 72, 80, 81, 82, 83, 86, 90, 99, 100, 101, 106, 123, 126 y 140 de la Ley de Psicotrópicos, los cuales se modificarían con la finalidad de crear y ampliar los controles y competencias para que también pudieran servir para prevenir y controlar el financiamiento a actividades terroristas.

En igual sentido, se introducirían reformas para que las medidas sancionatorias que se establecían para los delitos de legitimación de capitales se aplicaran también a los delitos relacionados con el financiamiento al terrorismo.

Se pretendía, mediante este proyecto, utilizar la plataforma existente para detectar transacciones sospechosas de legitimar capitales y la relación entre las superintendencias y la Unidad de Análisis Financiero (UAF) del ICD se verían complementados con la facultad para investigar también a las personas físicas y jurídicas que tuvieran activos en el país y que se supiera o se sospechara que estuvieran ligados.

Bajo este marco de iniciativa, se reformó la Ley 8204 y, en lo que interesa para la presente investigación, concretamente, en la Ley 8719, se reformaron los artículos 1 y 69, suprimiéndose de ambos, el elemento normativo dado por la definición de "delito grave" como aquella conducta que constituyera un delito punible con una privación de libertad de cuatro años, como mínimo o una pena más grave.

El nuevo numeral 69 quedó reformado de la siguiente manera:

> *Artículo 69.-*
> *Será sancionado con pena de prisión de ocho (8) a veinte (20) años:*
> *a) Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito que, dentro de su rango de penas, puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen*

ilícito, o para ayudarle a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos.

b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito que dentro su rango de penas puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más.

La pena será de diez (10) a veinte (20) años de prisión, cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores, sustancias químicas esenciales y delitos conexos, conductas tipificadas como terroristas, de acuerdo con la legislación vigente o cuando se tenga como finalidad el financiamiento de actos de terrorismo y de organizaciones terroristas[17] .

Con esta modificación a la ley, ahora bastaría con que el delito precedente esté dado por conductas relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores, sustancias químicas esenciales y delito conexos, así como conductas tipificadas como terroristas o cuando se tenga como finalidad el financiamiento de actos de terrorismo y de organizaciones terroristas, esto en el tipo agravado.

Sin embargo, el tipo base estaría dado por las conductas precedentes que se ubiquen en delitos que, dentro de su rango de penas, puedan ser sancionados con pena de prisión de cuatro años o más.

Así, se observa cómo se elimina el elemento normativo "delito grave" (pp. 73-77).

Ciertamente, en el tipo que regula la legitimación de capitales, artículo 69 de la Ley 8204, no se cuenta con el nomen iuris del delito precedente "delito grave". Esta acepción está contenida en una ley especial que se promulgó después de la Ley 8719, la cual es la Ley Contra la Delincuencia Organizada N.° 8754. La gran paradoja es que, en esta última ley, de carácter especial, parece que se quiso enmendar el yerro de haber eliminado la acepción "delito grave" en la Ley 8204 afectada por la Ley 8719[18] .

La Ley Contra La Delincuencia Organizada refiere en su artículo primero:

ARTÍCULO 1.- Interpretación y aplicación

Entiéndase por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves.

Lo dispuesto en la presente Ley se aplicará, exclusivamente, a las investigaciones y los procedimientos judiciales de los casos de delitos de delincuencia organizada nacional y transnacional. Para todo lo no regulado

> *por esta Ley se aplicarán el Código Penal, Ley Nº 4573; el Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, y otras leyes concordantes.*
> *Para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más. (El subrayado es propio).*

Lo anterior resulta ser un contrasentido: definir para todo el sistema penal el "delito grave" dentro de una norma especial que inmediatamente antes indica que lo dispuesto en esta ley se aplicará, "exclusivamente", a las investigaciones y los procedimientos del crimen organizado nacional y transnacional. Esto a todas luces evidencia una errónea técnica legislativa, siempre al servicio de exigencia de orden internacional y no como respuesta a un fenómeno criminológico.

Esta tesis sobre la enmienda a esta equivocación parece constatarse más adelante en el numeral 16 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, el cual regula lo atinente a la intervención de delincuencias consideradas susceptibles de perseguir por medio de esta ley, y en los incisos o) y q), alude al delito de legitimación de capitales originados por "delitos graves" y, además, a la posibilidad de intervenir comunicaciones en todos aquellos delitos considerados graves según la legislación vigente. Esto quiere decir que se podrían intervenir comunicaciones en una gran cantidad de delitos (ver Anexo I), pero además, que siempre se quiso mantener el norte en relación con el "delito grave" como delito antecedente del lavado de dinero.

Sorprende que, en la exposición de motivos del Proyecto Legislativo n.° 16830 que le dio impulso a la aprobación de esta Ley Contra la Delincuencia Organizada, aluda a que el proyecto se define de acuerdo con los parámetros de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, lo cual no es cierto, puesto que el número de integrantes para definir grupos criminales organizados en la Convención es de al menos tres, y el legislador costarricense lo redujo en dos.

Igualmente, relacionado con el concepto de delito grave, los legisladores costarricenses ampliaron el espectro de delitos de manera distinta a como se encuentra en la citada convención, en la que se define el delito grave como todo aquel delito, cuyas penas sean de al menos cuatro años. El texto explica así:

> *[…] Se hace necesaria una reforma legal profunda, que dé a las autoridades las herramientas jurídicas y tecnológicas para enfrentar -sin incurrir en excesos- el fenómeno de la delincuencia organizada. El proyecto define a las organizaciones criminales de acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional, Ley 8302 publicada en la Gaceta No. 123 del 27 de julio de 2003, pero equipara algunos delitos que merecen el mismo tratamiento, pues detrás de ciertos hechos graves en apariencia cometidos por una persona puede estar una organización que los respaldan. De igual forma, se define el "delito grave" como aquel*

> *que puede ser sancionado con cuatro años de prisión, para cumplir con los compromisos adquiridos por Costa Rica cuando ratificó la convención de cita […]*[19] .

Para Chirino (2012, p. 418), la noción de "delito grave" responde a un largo proceso de análisis y discusión que ha involucrado a expertos de diversos países en la búsqueda de un concepto que permita englobar los diversos escenarios en que se manifiesta la así denominada criminalidad organizada. Sin embargo, Costa Rica se aparta de la definición que ya había adoptado y deja una amplitud mayor de conductas susceptibles de perseguir.

Contexto jurídico internacional

En Gené (2010, pp. 19-23), hay un ejemplo de cómo evoluciona en Argentina, un país latinoamericano, el delito de legitimación de capitales y el concepto de delito grave desde la óptica del derecho internacional, situación que no es ajena a Costa Rica y que bien puede tomarse de ejemplo para conocer la influencia que han tenido los organismos internacionales en la manera de legislar en cuanto a este delito.

Parafraseando a Gene, refiere que, para 1980, el club de Paris (un grupo informal de acreedores públicos sin existencia legal ni estatus) dio comienzo a una persistente actividad autorregulatoria del sistema financiero y bancario internacional, cuya relevancia y eficiencia fue en aumento, dispuso la creación del Comité sobre Regulaciones Bancarias y Prácticas Supervisoras que, desde entonces, realiza sus reuniones regulares en Basilea, Suiza. Dicho club está integrado por 19 países de relevante importancia económica e institucional que integran el Fondo Monetario Internacional. La creación de ese comité constituyó una respuesta del grupo de los diez (G-10) a la preocupación mundial por el lavado de dinero y se les encomendó a sus integrantes la elaboración de una declaración que sirviera de guía para las instituciones bancarias, quienes se veían enfrentadas a riesgos reputacionales crecientes por la importancia de las sumas involucradas.

El 12 de diciembre de 1988, el comité proyectó y adoptó un acuerdo titulado Prevención del Uso Delictivo del Sistema Financiero, más conocido como Declaración de Principios del Comité de Basilea sobre el Lavado de Dinero, el cual buscaba establecer pautas de funcionamiento para las instituciones, así como atender el riesgo que podía implicar la intervención involuntaria de los bancos en la intermediación vinculada con dinero de origen criminal.

Con esta incipiente preocupación, se dio el 20 de diciembre de 1988, La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, conocida como Convención de Viena[20], en la cual, los Estados manifestaron una profunda preocupación por la sostenida y creciente penetración del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los diversos grupos sociales, con mucho mayor inserción en los sectores de riesgo.

Conscientes de que ese tráfico generaba grandes ganancias y acumulaciones de capital que

facilitaba a las organizaciones criminales a transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y a la sociedad en todos sus niveles.

El artículo 3 de la Convención comprometía la tipificación como delitos penales en el derecho interno, por parte de los países signatarios, de diversas conductas vinculadas con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Como su directa y necesaria consecuencia, en el **apartado b) del mismo artículo, se incluía el lavado de activos o blanqueo de capitales que reconocía como antecedente a los delitos establecidos por la convención, de forma tal, que únicamente este tipo de conductas previas respondían a la tipificación penal propuesta para quienes receptaran las sugerencias de la convención.**

De acuerdo con lo que Gené narra, no fue sino como derivación de la reunión de la Convención del Consejo de Europa del 9 de noviembre de 1990, cuando se produce el dictado de la directiva 91/308 del Consejo de las Comunidades Europeas, en virtud de la cual se decide incluir otras actividades delictivas como delitos antecedentes que dan lugar al lavado de activos y que tienen incidencia directa en las legislaciones locales de los países europeos que se sanciona con posterioridad.

De manera paralela, en su XV Cumbre Económica realizada en Paris en julio de 1989, el grupo de países más industrializados del mundo, el G-7 decidió crear el Grupo de Acción Financiera (GAFI/FATF), grupo intergubernamental, cuya función es establecer estándares y desarrollar y promover políticas para combatir el lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Actualmente, tiene 34 miembros, 32 países y dos organizaciones. Una de las mayores asignaciones dadas al GAFI por parte del G-7 fue implementar recomendaciones sobre cómo mejorar la cooperación internacional en la lucha contra el lavado de dinero.

Dentro de las labores del GAFI, estuvo la creación de tres grupos de trabajo para tres áreas específicas, a) análisis del alcance de las organizaciones dedicadas a lavar dinero, b) estudio de las diferentes metodologías utilizadas para lograr sus objetivos y c) estudio de un marco de cooperación judicial a nivel internacional y de una estructura jurídica uniforme a ser aplicada por los países miembros.

Para Gené, efectivamente, el dinamismo de este delito y el perfeccionamiento por parte de las organizaciones criminales de los métodos empleados para el blanqueo de los fondos de origen ilícito han llevado al GAFI a efectuar revisiones periódicas de las medidas propuestas en las cuarenta recomendaciones (presentadas en abril de 1990) que dieron lugar a las modificaciones y actualizaciones de 1996 y 2003, complementadas con las nueve recomendaciones especiales para combatir el financiamiento del terrorismo, dictadas como consecuencia del atentado a las Torres Gemelas.

Como puede observarse, en sus inicios, se persiguió el lavado de dinero por una única conducta antecedente, la relacionada con el tráfico de drogas, luego se fue ampliando con el concepto de "delito grave" a conductas antecedentes distintas. Inicialmente, con aquellas

conductas antecedentes, cuya pena mínima era de cuatro años o más (Ley 8204)[21], consecuente con la ratificación que había hecho Costa Rica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Trasnacional (Convención de Palermo)[22] .

No obstante, luego de la aprobación de las 40 recomendaciones del GAFI[23], parece que la comunidad internacional se preocupa por incluir la más amplia gama de delitos subyacentes y dan tres opciones para su categorización: la primera es tomar como base todos los delitos; la segunda, los delitos a partir del umbral vinculado, ya sea con una categoría de delitos graves o con la pena de prisión aplicable al delito subyacente; tercero, construyendo una lista de delitos subyacentes o bien; finalmente, utilizando una combinación de estos criterios.

Dentro de las 40 recomendaciones, se indica que la categoría establecida de delitos, se debe orientar por la definición dada en el mismo documento en el apartado del "glosario", y se establece que:

[…] "**Categorías establecidas de delitos**" significa: • participación en un grupo delictivo organizado y en asociaciones delictivas • terrorismo, incluyendo el financiamiento del terrorismo • tráfico de seres humanos y tráfico ilícito de inmigrantes • explotación sexual, incluyendo la explotación sexual de niños • tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas • tráfico ilegal de armas • tráfico de mercancías robadas y otros bienes • corrupción y soborno • fraude • falsificación de dinero • falsificación y piratería de productos • delitos ambientales • homicidio, lesiones corporales graves • secuestro, privación ilegítima de la libertad y toma de rehenes • robo o hurto • contrabando • extorsión • falsificación • piratería • uso indebido de información confidencial o privilegiada y manipulación del mercado. En el momento de decidir la gama de delitos que quedarán comprendidos como delitos subyacentes en cualquiera de las categorías detalladas más arriba, cada país podrá decidir, de acuerdo con su legislación nacional, la forma en que tipificará dichos delitos y la naturaleza de los elementos particulares que pueden convertirlos en delitos graves […][24] .

A partir de las reformas que introduce en la legislación contra la delincuencia organizada y la del financiamiento al terrorismo que evidentemente se permean por estas iniciativas de orden internacional, el legislador costarricense se decantó por legislar sobre el umbral de una categoría de "delito grave," distinta de la que ya existía en la legislación, dado que, como se ha indicado, este concepto se amplía a una amplia gama de delitos.

Ahora bien, para Chirino (2012), dejar la definición del monto de pena en el "delito grave" de "cuatro años o más" obligaría a abarcar como delitos de crimen organizado a casi todos los delitos del actual Código Penal (p. 418), esto sin tomar en consideración que el legislador costarricense dejó mucho más abierto el concepto a todos aquellos delitos, en cuyo rango de pena se pueda sancionar "hasta con cuatro años" de prisión.

Consecuente con lo anterior, en el Sistema de Justicia Penal costarricense, existen leyes que contienen tipos penales, en cuyo rango de penalidad está el monto referente de cuatro años

de prisión; así por ejemplo: la Ley de Armas de Explosivos con aproximadamente cinco tipos penales; la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública con diez tipos penales; la Ley de Aduanas con seis tipos penales; la Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria con tres tipos penales; la Ley de Donación de Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos con dos tipos penales; la Ley sobre estupefacientes sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo con un total de 15 tipos penales; el Código Penal con la mayor cantidad de tipos penales para un total de, aproximadamente, 117 tipos penales. No se mencionan otras leyes que podrían contener figuras susceptibles de investigar como crimen organizado en razón de la amplitud del concepto de "delito grave" y el número de integrantes, como por ejemplo: las organizaciones de venta de tiempos clandestinos que, según la Ley de Rifas y Loterías N.° 1387, podrían ser perseguidos por este delito adecuándose la penalidad a lo que instituye el delito de estafa. Es decir, estas organizaciones estarían legitimando gran cantidad de dinero proveniente de esta conducta ilícita que encuadra dentro del concepto de "delito grave"[25].

Por su parte, Hans (2012, p. 455) hace un apartado sobre la ausencia de política criminal y riesgo de tergiversación del crimen organizado en Costa Rica e indica que existe una tendencia mundial que pretende homogenizar, tanto el derecho penal de fondo como el procesal, para que la lucha contra el crimen no se vea retrasada por las diferentes formas en que se abordan los delitos en los países. En palabras de Chirino (2012, p. 416), resultaría ser no solo el derecho penal del enemigo, sino también el derecho procesal penal del enemigo, sobre todo, por las amplias concesiones que la Ley de Delincuencia Organizada les otorga a los órganos represivos estatales.

Delito precedente

Relacionado con el delito precedente, debe tenerse claro que, conforme se ha indicado, el delito de legitimación de capitales comenzó a perseguirse en aquellas causas en las que el tráfico de drogas constituía el delito precedente. Por ello, es importante que, ante la amplitud que se le ha otorgado al concepto de "delito grave", desde su introducción a la corriente normativa en el 2001 con la Ley 8204, determinar si existen investigaciones y condenas de este delito de legitimación cuando la actividad ilícita subyacente es un delito distinto al tráfico de drogas, pues al haberse ampliado tanto la posibilidad de conductas que encajen en estas figuras precedentes, mucho más a partir del año 2009, se esperaría que se haya incrementado su persecución.

De acuerdo con Espinoza (2009), se debe recordar que los más álgidos aspectos derivados de la descripción típica para estimar configurada la conducta de legitimación de capitales son dos: "1) Demostración de que los bienes provienen de un delito grave o del narcotráfico. 2) Demostración del conocimiento del origen ilícito de los bienes sobre los que recae la acción".

Adicionalmente, Espinoza señala que los indicios reveladores de una actividad de blanqueo de

capitales pueden agruparse en tres circunstancias:

> *a) Incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero, que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo, pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.*
> *b) Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el patrimonio, el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.*
> *c) Constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes (o de otras actividades delictivas graves) o con personas o grupos relacionados con las mismas (p. 71).*

Es importante destacar que, de acuerdo con lo que Jiménez señala (2009, p. 31), al momento de promulgarse esta normativa, eran pocos los casos que se habían dilucidado, en materia de legitimación de capitales, con las tres leyes anteriores existentes, hasta ese momento, en cuanto a lavado de dinero en Costa Rica[26] .

Aunque no existen datos estadísticos completos, en un seminario organizado por la Comisión Permanente de Narcotráfico de la Asamblea Legislativa, realizado en el año 2000, Hernández et al. (2000, p. 452) ventilaron entre otros aspectos lo atinente a la problemática del lavado de dinero para esa época.

Además, se estimó probable que, con las legislaciones, hasta entonces existentes (se incluye la Ley 7786 que estaba vigente), que aproximadamente, entre 1988 y 1999, solo tres casos habían ido a juicio por el delito de legitimación de capitales, lo que, sin duda, ponía en alerta que algo no estaba saliendo bien en la aplicación de la norma o con la norma misma. La siguiente es una tabla con una estimación de las causas llevadas a juicio según el año:

AÑO	CANTIDAD DE CAUSAS POR LEGITIMACIÓN DE CAPITALES REVISADAS EN SEGUNDA INSTANCIA
1993	1
1994	0
1995	1
1996	1
1997	0
1998	0
1999	0
2000	0
2001	2
2002	2
2003	2
2004	0
2005	3
2006	2
2007	4
2008	2
2009	5
2010	8
2011	8
2012	7
2013	5
2014	2
Total	**55**

Entonces, queda claro que, desde sus inicios, el delito de lavado de dinero se persiguió, únicamente, como consecuencia del ocultamiento o transformación de bienes provenientes de una actividad delictiva concreta, la cual era el tráfico de drogas y los delitos conexos. Luego, esta circunstancia varía de acuerdo con la introducción de concepto normativo "delito grave" que abarcaba como delitos determinantes a los que tenían pena superior a los cuatro años de prisión, pero que, posteriormente, a raíz de las reformas de las leyes contra el crimen organizado y contra el financiamiento al terrorismo, amplía la gama de delitos precedentes, por decirlo de alguna manera, desproporcionadamente.

Al respecto, puede verse la tabla del Anexo 5 donde se muestra cómo en el año 2009 y antes de

este, no se juzgó ninguna causa por legitimación de capitales, cuyo delito antecedente fuera un "delito grave" distinto al tráfico de drogas. Todas las causas por legitimación en que sí sucede este fenómeno sucedieron luego del año 2009. A continuación, la tabla que muestra el comportamiento.

Narcotrafico	17
Narcotráfico aeropuerto	15
Ignorado	13
Narcotráfico frontera	3
Fraude o estafa	3
Contrabando cigarros	1
Extinción de dominio	1
Robo agravado	2
Total	**55**

Como se puede observar, la mayor cantidad de causas por legitimación de capitales conocidas en alzada fueron aquellas en que el delito precedente correspondía a investigaciones por narcotráfico y por investigaciones de narcotráfico en el aeropuerto o frontera (incautaciones de dinero).

Del total de causas examinadas en el sistema costarricense de información jurídica, por fraude o estafa como delito antecedente, se persiguieron tres causas por legitimación de capitales, dos por robo agravado, una por extinción de dominio y una por contrabando de cigarrillos. Las causas por fraude, en su totalidad, corresponden a causas por extradiciones.

Es decir, desde el año 2009, se vieron en alzada tan solo seis asuntos por legitimación de capitales, donde el delito precedente no es una causa relacionada con el tráfico de drogas. Esto quiere decir que, en cinco años en que se tuvieron vigentes la Ley 8754 y la 8719 (2009-2014), apenas se llevó hasta los tribunales de alzada, en promedio, una causa por año de legitimación de capitales, con un delito precedente distinto al narcotráfico.

Debe llamar la atención que no existe un parámetro que permita indicar que hayan incrementado las investigaciones por el delito de legitimación de capitales, pues es notorio que, en el mismo Anexo 3 en el cuadro n.° 154 del Anuario del Departamento de Planificación del Poder Judicial, el número de investigaciones por año, comenzando desde 1998, fluctúa de manera desordenada y, a pesar de que existen bastantes investigaciones en algunos años, lo cierto es que, de acuerdo con las sentencias de segunda instancia, se presume que muchas de esas causas no llegaron a fase de juicio.

El siguiente extracto de dicho cuadro contiene la cantidad de investigaciones realizadas por año en el Ministerio Público por el delito de legitimación de capitales:

1988	1999	2000	2001	2002	2003 (1)	2004 (2)	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
3	1	3	5	140	296	111	90	91	115	170	46	72	235	75

Conclusiones

El delito de legitimación de capitales en el país fue perseguido en sus orígenes como respuesta a la lucha contra las drogas y las ganancias que, por esta delincuencia, se generaban, además de que dicha política criminal nunca fue propia, sino que siempre estuvo aparejada y lo está en la actualidad al vaivén de las políticas criminales globalizadas y, por ende, expansionistas que pretenden la represión de mano dura a través de un derecho penal que cada día es más simbólico que socializador.

La arquitectura del delito de legitimación de capitales con la inclusión del concepto normativo "delito grave" no nace como respuesta a un fenómeno de orden criminológico, con estudios que, en este campo, hayan permitido reprimir con mayor tino el enriquecimiento ilícito de quienes delinquen.

La cantidad de condenas alcanzadas entre el año 2009 y el 2014 por el delito de legitimación de capitales en más de 20 años de su persecución resultan ínfimas, y se sospecha que la amplitud que se le ha dado al concepto normativo "delito grave" no ha repercutido, de manera positiva, en la política de persecución penal de aquellos flujos dinerarios sucios, provenientes de otras delincuencias distintas a las del narcotráfico, al menos en ese lustro.

El arquetipo del delito de legitimación de capitales no es uniforme en todos los países y, por tanto, la discusión en torno a sus alcances no es nada pacífica. En Costa Rica, se evidencia, al menos para el período mencionado, que las políticas de persecución penal no han sido fortalecidas en el estudio de la delincuencia por lavado de dinero, originado de delitos distintos al tradicional tráfico de drogas o de incautaciones en fronteras o aeropuertos, o bien originados por reportes de actividad sospechosa en los bancos, en los que, mayoritariamente, no se puede establecer el delito precedente.

Con la amplitud a la gama de delitos que conlleva la redefinición del concepto "delito grave", se podría generar una discusión amplia y marcada sobre temas como el autolavado (doble sanción) y la autonomía del lavado (sin delito conexo) al incorporarse delitos en los cuales es difícil separar el flujo de dinero como objeto material del delito de lavado y el acto ilícito en sí, lo que plantea problemas para separar, exactamente, ¿cuándo termina la actividad del delito precedente y cuándo comienza la relativa al lavado?

Es importante que el Departamento de Planificación del Poder Judicial concentre la información en torno a las investigaciones por el delito de legitimación de capitales y el crimen organizado con una mayor cantidad de variables, en las que se tenga en cuenta el delito precedente que da origen a la investigación, pues solo así sería posible examinar, en un futuro cercano, si la amplitud otorgada al concepto "delito grave" es realmente efectiva.

Para ser consecuente con los tratados internacionales, sobre todo la Convención de Palermo, el concepto normativo "delito grave" debería estar ubicado en el tipo penal de legitimación de capitales, artículo 69 de la Ley 8204, pero sobre todo, respetando el rango de penalidad para este delito que se plantea en dicha convención.

Las autoridades represivas del país deberían fomentar una política de persecución criminal que involucre la investigación de oficio de los patrimonios involucrados en delitos de criminalidad organizada. Igualmente, debería adoptar una política clara sobre la persecución de capitales ilícitos provenientes de otras delincuencias como lo son las estafas, la lotería clandestina, asuntos tributarios, etc.

Las autoridades represivas deben diferenciar las acciones ilícitas de lavado de dinero de grandes dimensiones y organizaciones sumamente estructuradas, de la que ahora, con la amplitud del concepto "delito grave," se pueden también perseguir y que provendrían de delitos de menor entidad, ya que, con los recursos tan limitados que existen, debe diseñarse una política de persecución que maximice el uso de los existentes.

Debe fomentarse, de manera sistemática entre la comunidad jurídica el análisis del alcance del concepto normativo, "delito grave" y su trascendencia en la represión de la delincuencia organizada, a fin de visualizar el contorno de esta conducta delictiva y hacer conciencia en el operador de justicia de acudir a esta en los casos que realmente lo demanden.

En Costa Rica, el legislador debería apostar por una respuesta política criminal que responda a fenómenos de orden criminológico y no a exigencias de orden internacional o bien, al menos, debería hacer un balance entre ambas. El delito de legitimación de capitales pudo haberse fortalecido sin necesidad de ampliar tanto la gama de delitos precedentes, haciendo una combinación entre medidas de prevención y las de represión.

Referencias Bibliográficas

- Abarca, M., y Cerdas, M. (2011). El delito de legitimación de capitales producto del narcotráfico en Costa Rica derecho penal vivo o derecho penal simbólico. (Tesis de maestría sin publicar). Universidad Nacional de Costa Rica, Heredia.

- Castillo, F. (2012). El delito de legitimación de capitales. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. Primera Edición.

- Chirino, A. (2012). La noción de "delito grave" como criterio para intervenir en las comunicaciones privadas. En reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S. A.

- Espinoza, W. (2009). Delitos de tráfico de drogas, actividades conexas y su investigación. San José, Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial.

- Gené, G. E. (2010). Legitimación de activos ilícitos. Buenos Aires Argentina: Editorial Ad-Hoc.

- Hernández, G.; Bonilla, L. (2000). La legitimación de capitales en Costa Rica. Revista Parlamentaria, pp. 443-456. N.°1. Volumen 8. San José. Costa Rica: Editorial Asamblea Legislativa.

- Jiménez, J. L. (2009). Análisis de tipicidad del delito de lavado de dinero, a partir de la reforma introducida en la Ley de Fortalecimiento de La Legislación Contra

El Terrorismo. (Monografía de maestría sin publicar). Universidad Internacional de las Américas. San José, Costa Rica.

- Leandro, H. R. (2012). "Delito grave" y probables abusos en la aplicación de la Ley Contra la Delincuencia Organizada. En reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A.

- Lee, M., del R.; Retana, G., y otros. (1992). El lavado de dinero producto del narcotráfico. Volumen 1. Costa Rica, San Pedro de Montes de Oca: Editorial UCR.

- Morera, J. A. (2010). Análisis crítico del fenómeno del crimen organizado, a la luz de la aprobación de la Ley Contra la Delincuencia Organizada en Costa Rica. Proyecto Final para optar por el grado de Máster en Criminología con énfasis en Seguridad Humana (sin publicar). Universidad para la Cooperación Internacional. San José, Costa Rica.

- Organismo de Investigación Judicial y Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito (UNODC). (2013). Tráfico de drogas y amenazas del crimen organizado en Costa Rica. San José, Costa Rica. Formato DVD.

- Roldán, M. (2004). "El enfoque financiero a la investigación criminal". Revista El Contador, n.° 36. Publicación del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica.

- Saviano, R. (2014). Cero Cero Cero. Barcelona, España: Editorial Anagrama.

Internet

- Delgado, D. (2013). "Regidora avaló construir puente hacia finca con helipuerto narco". Consultado en http://www.nacion.com/sucesos/narcotrafico/Regidora-construir-puente-helipuertos-narco_0_1379662051.html

- Departamento de Planificación del Poder Judicial. Anuario 2014. Consultado en http://sitios.poder-judicial.go.cr/planificacion/Estadisticas/Anuarios/judiciales/2012/html/cuadros.htm

- Leal, D. (2007). "Costa Rica es débil en control de lavado de dinero". La Nación. Consultado en http://www.nacion.com/ln_ee/2007/noviembre/17/economia1318937.html.

- Niño, F. R. (2014). "Lavado o Blanqueo de Dinero". Consultado en http://www.monografias.com/trabajos37/lavado-dinero/lavado-dinero2.shtml

- http://sjoint01/actualidadjudicial/AJ-291014/HTML4.html

- http://www.icd.go.cr/sitio/index.php?option=com_content&task=view&id=63

- http://www.uci.ac.cr/Biblioteca/Tesis/PFG-MCSH28.pdf

- http://www.monografias.com/trabajos37/lavado-dinero/lavado-dinero.shtml#ixzz3O-FWaL2hw

- http://www.felaban.com/coplaft/documentos/40%20recomendaciones%20gafi.pdf

Jurisprudencia

- Voto: 2013-0337. Tribunal de Apelación de Sentencia. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea.
- Voto: 2003-10415. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2006-00683. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2003-00854. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2006-01103. Sala Tercera de la Corte suprema de Justicia.
- Voto: 2004-1248 del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea.
- Voto: 2006-02872. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
- Voto: 2003-10415. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2003-10415. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2002-909. Tribunal de Casación Penal de San José.
- Voto: 2005-499. Tribunal Casación Penal de San José.
- Voto: 2004-1372. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto 2004-38. Tribunal de Casación Penal de San José.
- Voto: 2013-254. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2013-162. Tribunal de Apelación de Sentencia.
- Voto: 2013- 1704. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2013-1169. Tribunal de Apelación de Sentencia.
- Voto: 2012- 249. Tribunal de Apelación de Sentencia.
- Voto: 2005-765. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto 2006-1103. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2006-183. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto 2009-702. Tribunal de Casación Penal de San José.
- Voto: 2008-1018. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2011-274. Tribunal de Casación Penal de Cartago.
- Voto 2008-164. Tribunal de Casación Penal de San Ramón.

- Voto: 2007-1003. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2013-200. Tribunal de Apelación de Sentencia de San Ramón.
- Voto: 2009-22. Tribunal de Casación Penal de San Ramón.
- Voto: 2014-210. Tribunal de Apelación de Sentencia.
- Voto: 2010-315. Tribunal de Casación Penal de San Ramón.
- Voto 2011-221. Tribunal de Casación Penal de San Ramón.
- Voto: 2013-227. Tribunal de Apelación de Sentencia.
- Voto: 2013-831. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2013-520. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2012-1331. Tribunal de Apelación de Sentencia.
- Voto: 2011-1629. Tribunal de Casación Penal de San José.
- Voto: 2013-478. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2010-142. Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz.
- Voto: 2009-5429. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2011-106. Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz.
- Voto: 2013-1334. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2013-105. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz.
- Voto: 2014-1212. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2014-158. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón.
- Voto: 2014-248. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón.
- Voto: 2014-254. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón.
- Voto: 2014-869. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2013-541. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón.
- Voto: 2012-772. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón.
- Voto: 2012-139. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón.
- Voto 2012-756. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón.

- Voto: 2011-222. Tribunal de Casación Penal de San Ramón.
- Voto: 2011-332. Tribunal de Casación Penal de San Ramón.
- Voto: 2012-194. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz.
- Voto: 2011-281. Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz.
- Voto: 2012-400. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz.
- Voto: 2011-546. Tribunal de Casación Penal de San Ramón.
- Voto: 2013- 359. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón.
- Voto: 2012-647. Tribunal de Apelación de Sentencia. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea.
- Voto: 2013-627. Tribunal de Apelación de Sentencia. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea.
- Voto: 2013-337. Tribunal de Apelación de Sentencia. Segundo Circuito Judicial de San José.
- Voto: 2013- 1029. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2012-1057. Tribunal de Apelación de Sentencia. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea.
- Voto: 2014-244. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.
- Voto 2013-690. Tribunal de Apelaciones Contencioso y Civil Hacienda.
- Voto: 2014-136. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz.
- Voto: 2013-83. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz.
- Voto: 2013- 116. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón.
- Voto: 2013-170. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón.
- Voto: 2013-97. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón.
- Voto: 2013-546. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2014-300. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2013-549. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.
- Voto: 2013-243. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.
- Voto 2013-574. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.
- Voto: 2012-397. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.

- Voto: 2012-217. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.
- Voto: 2014-1373. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2012-1032. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2013-934. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2013-125. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz.
- Voto: 2013-49. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz.
- Voto: 2012-7084. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2012-2801. Tribunal de Apelación de Sentencia. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea.
- Voto: 2013-2716. Tribunal de Apelación de Sentencia. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea.
- Voto: 2014-613. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2014-1121. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2014- 530. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón.
- Voto: 2013-15182. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2014-4. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.
- Voto: 2013-602. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.
- Voto: 2014-243. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.
- Voto: 2014-1313. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 2014-8068. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 1994-307. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 1996-35. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 1997-289. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 1997- 865. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto: 1998-74. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Legislación

- Código Penal de la República de Costa Rica. Ley N.° 4573.

- Código Procesal Penal de la República de Costa Rica. Ley N.° 7594.
- Constitución Política de la República de Costa Rica.
- Ley Contra la Delincuencia Organizada de Costa Rica. Ley N.° 8754.
- Ley de Fortalecimiento de la Legislación Contra el Terrorismo. Ley N.° 8719.
- Ley de Rifas y Loterías. Ley N.° 1387.
- Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. Ley N.° 8204.

Instrumentos de derecho internacional

- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Adoptada en Palermo, Italia, el 15 de noviembre de 2000.
- Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Adoptada en Viena, Austria, el 19 de diciembre de 1988.

Notas

1 *En noviembre de 2013, se descubrieron helipuertos narcos en la zona de Pococí Guácimo, lo que evidencia que seguimos siendo país "puente" para el trasiego de droga. http://www.nacion.com/sucesos/narcotrafico/Regidora-construir-puente-helipuertos-narco_0_1379662051.html*

2 *Entre la promulgación del Código Sanitario y la Ley General de Salud, existieron otras normativas que regulaban aspectos relacionados con drogas: la Ley 806 del 2 de noviembre de 1949. Junta de Drogas y Estupefacientes; Ley 838 del 4 de noviembre de 1949. Aclara los alcances del Decreto Ley 338 del 11 de enero de 1949 en relación con la Junta de Drogas y Estupefacientes; Ley 4544 del 10 de marzo de 1970. Convención Única sobre Estupefacientes realizada en New York el 30 de mayo de 1967; Ley 4990 del 10 de junio de 1972; Convenio sobre sustancias psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas; Ley 5168 del 8 de enero de 1973; Protocolo de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, las cuales eran más de carácter preventivo-administrativo.*

3 *Derogados por el artículo 37 de la Ley 7093 del 22 de abril de 1988 y el artículo 5 de la Ley 7233 del 8 de mayo de 1991.*

4 *Antes de la entrada en vigencia de la Ley 7093, existió una modificación a los artículos 5, inciso d), 21, 22, 23 y 24 de la Ley General Salud, mediante la Ley 7035 del 24 de abril de 1986.*

5 *Se trata del caso que origina la acción de inconstitucionalidad en el voto 1090-91 de la Sala Constitucional del 06-11-91 y de las 16:15 horas; expediente 1050-90, accionante: Alem León, Ricardo. En este voto, la Sala Constitucional declaró, sin lugar, la acción en contra del artículo 15 de la Ley de Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas Ley 7093. En dicha acción, se cuestionan lo abierto del tipo penal y la figura del encubrimiento. Sin embargo, la sala rechaza la acción debido a que la técnica legislativa atribuye la pluralidad de verbos descriptivos por combatir la complejidad de la conducta y lo sofisticado de los medios para lavar estos dineros, entre otros.*

6 *Al respecto, Muñoz Guillén Mercedes, con su artículo, Narcotráfico, democracia y soberanía nacional, escrito de fines de 1997, vincula el desarrollo del narcotráfico con los objetivos geopolíticos defendidos por los Estados Unidos en el extremo sur de la región centroameri-*

cana. Toma en cuenta, la primacía que cobra la lucha contra el comunismo, una vez instaurado el régimen sandinista, en Nicaragua; lucha que es relegada a un segundo plano por el combate contra la narcoactividad en la década de 1980. Esta situación sirve de base al canje de armas por drogas, al involucramiento de ciertos agentes y funcionarios norteamericanos en el ilícito; a la relación de políticos nacionales y personeros de distintos poderes de la república con narcotraficantes y con el dinero proveniente del narcotráfico. El escándalo que noticias de esta índole provoca en los periodos preelectorales afecta la credibilidad de renombradas figuras del espectro político en estos años y en la década siguiente. Trata también el papel desempeñado por la Sala Cuarta en defensa de la soberanía nacional.

7 *Antes de la Ley 7786 y posterior a la Ley 7233, existieron varias normas relacionadas con el tema, se trata de la Ley 7542 del 14 de septiembre de 1995. Acuerdo entre la república de Costa Rica y la república de Chile sobre Prevención, control, fiscalización y represión del uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y sus precursores productos químicos específicos; la Ley 7425 del 9 de agosto de 1994; la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados; la Ley 5395 del 30 de octubre de 1995; la Ley General de Salud y sus Reformas y la Ley 7410 del 26 de mayo de 1994, Ley General de Policía.*

8 *Consultado en http://expedientes.asamblea.go.cr/eIntegrator31/document.aspx?doc=3522*

9 *Consultado en http://expedientes.asamblea.go.cr/eIntegrator31/document.aspx?doc=3522. Proyecto dio origen a la Ley 7786.*

10 *En el Anexo 5 se constata este dato.*

11 *Se consultaron por patrón de palabra "legitimación de capitales", "lavado de dinero", "blanqueo" en el sistema costarricense de información jurídica, en la Sala Cuarta, Sala Tercera y Tribunal de Casación Penal y se encontraron las siguientes sentencias hasta antes del año 2000. La V-234-1998 de la Sala Tercera (no pudo verse el voto); 307-F-94 de la Sala Tercera; sentencia 103-93 del Tribunal Penal de Alajuela; 035-F-96 de la Sala Tercera; sentencia 46-95 del Tribunal Penal de Alajuela; 289-97 de la Sala Tercera; sentencia 162-96 del Tribunal Penal de Alajuela y 1247-98 de la Sala Tercera; sentencia 313-98 del Tribunal Penal de Alajuela.*

12 *Convenio aprobado por Costa Rica mediante la Ley 3767 del 3 de noviembre de 1966.*

13 *Ley N.° 4534 del 23/02/1970.*

14 *Res: 2003-10415. Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia. San José, a las dieciséis horas con treinta y dos minutos del 17 de septiembre de dos mil tres.*

15 *Res: 2006-00683 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las ocho horas cincuenta minutos del veintiocho de julio del dos mil seis. También pueden examinarse las sentencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 2003-00854 de las nueve horas del 29 de septiembre de dos mil tres; la resolución 2006-01103 de las once horas cinco minutos del 30 de octubre de dos mil seis; la resolución 2004-1248 del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del 2 de diciembre de dos mil cuatro.*

16 *Ley N.° 8754 del 22 de julio de 2009, publicada en La Gaceta n.° 143, mediante El Alcance 29 del viernes 24 de julio de 2009.*

17 *Así reformado por el artículo 2°, punto 1., apartado b) de la Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo, N.° 8719, del 4 de marzo de 2009.*

18 *La Ley de Fortalecimiento de la Legislación Contra el Terrorismo N.° 8719 fue promulgada desde el 16 de marzo de 2009 y fue publicada en La Gaceta n.° 52 del 16 de marzo de 2009, según datos del SINALEVI. La Ley Contra La Delincuencia Organizada N.° 8754 fue promulgada el 24 de julio de 2009 y fue publicada en La Gaceta 143 del 24 de julio de 2009.*

19 *Tomado de la página siete del Proyecto de Ley 16830, consultado en http://expedientes.asamblea.go.cr/eIntegrator31/document.aspx?doc=13914*

20 *El artículo 1 de la Ley 8204 señala: "La presente Ley regula la prevención, el suministro, la prescripción, la administración, la manipulación, el uso, la tenencia, el tráfico y la comercialización de estupefacientes, psicotrópicos, sustancias inhalables y demás drogas y fármacos susceptibles de producir dependencias físicas o psíquicas, incluidos en la Convención Única sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, de 30 de mayo de 1961, aprobada por Costa Rica mediante la Ley N.° 4544, de 18 de marzo de 1970, enmendada a la vez por el Protocolo de Modificación de la Convención Única sobre Estupefacientes, Ley N.°5168, de 25 de enero de 1973, así como en el Convenio de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas, de 21 de febrero de 1971, aprobado por Costa Rica mediante la Ley N.° 4990, de 10 de junio de 1972; asimismo, en la Convención de las Naciones*

Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 19 de diciembre de 1988 (Convención de 1988), aprobada por Costa Rica mediante la Ley N.º 7198, de 25 de setiembre de 1990".

21 *La Ley 8204 está vigente desde el 11 de enero de 2002. En su artículo 1, la versión original establecía para efectos de esa ley al "delito grave" como aquella conducta que constituyera un delito punible con una privación de libertad de cuatro años, como mínimo o una pena más grave. Consultado en el Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).*

22 *Costa Rica adopta dicha Convención promulgada por la Asamblea General de las Naciones, como Estado miembro desde el 15 de noviembre de 2000, ratificada por la Ley N.° 8302 vigente desde el 27 de junio de 2003. Consultado en el Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).*

23 *En el apartado de "sistemas jurídicos" y "alcance del delito de lavado de activos" en las 40 recomendaciones se establece lo siguiente: "[…]1. Los países deberían tipificar como delito el lavado de activos, en base a la Convención de 1988 de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena) y la Convención de 2000 de Naciones Unidas contra Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo). Los países deberían aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves a los efectos de incluir la gama más amplia de delitos subyacentes. Los delitos subyacentes se pueden definir tomando como base todos los delitos, o a partir de un umbral vinculado, ya sea con una categoría de delitos graves o con la pena de prisión aplicable al delito subyacente (criterio del umbral), o construyendo una lista de delitos subyacentes o usando una combinación de estos criterios. Cuando un país aplica el criterio del umbral, los delitos subyacentes deberían comprender, como mínimo, todos los delitos que quedan comprendidos en la categoría de delitos graves dentro de su legislación nacional o deberían incluir delitos punibles con una pena máxima de más de un año de prisión. En los países cuyos sistemas jurídicos tienen un umbral mínimo para los delitos, los delitos subyacentes deberían comprender a todos los delitos que se castigan con una pena mínima de más de seis meses de prisión. Cualquiera sea el criterio que se adopte, cada país debería incluir, por lo menos, una serie de delitos dentro de cada una de las categorías establecidas de delitos. Los delitos subyacentes, en materia de lavado de activos, deberían abarcar las conductas que hayan sido cometidas en otro país, que constituyan un delito en ese país, y que hubieran constituido un delito subyacente de haberse cometido en el territorio nacional. Los países pueden establecer que, como único requisito previo, las conductas hubieran sido tipificadas como delito subyacente de haber tenido lugar en el territorio nacional. Los países pueden establecer que el delito de lavado de activos no sea aplicable a personas que hayan cometido el delito subyacente cuando así lo requieran los principios fundamentales de sus legislaciones nacionales […]". (El subrayado y la negrita son propios).*

24 *Consultado en http://www.felaban.com/coplaft/documentos/40%20recomendaciones%20gafi.pdf*

25 *En el Anexo I, se muestra una tabla con los tipos penales mencionados. Esta tabla fue facilitada por el fiscal adjunto contra el crimen organizado, M. Sc. Miguel Abarca Rivas.*

26 *Este dato se corrobora en el Anexo n.° 5 donde establece una revisión de las sentencias en segunda instancia por el delito de legitimación de capitales.*

Entrevista

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 319-322 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

ENTREVISTA A LA DRA. ANAMARI GARRO VARGAS

Magistrada de la Sala Constitucional

Entrevista realizada por Danny Hernández Mata



En febrero de este año, la Dra. Anamari Garro Vargas fue designada como Magistrada Propietaria de la Sala Constitucional para los próximos ocho años, tras obtener 44 votos en la primera ronda para sustituir al magistrado Ernesto Jinesta Lobo, quien se acogió a su jubilación.

La Dra. Garro es licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR); Máster en Estudios Jurídicos con énfasis en Derecho Constitucional por la Universidad de Navarra; Máster en Derecho Público y Doctora en Derecho por la Universidad de los Andes, Chile.

Es autora del libro "El derecho a la protección judicial. Análisis jurisprudencial del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", y una serie de artículos especializados. Se desempeña como profesora en la Maestría de Justicia Constitucional y Derecho Público de la Universidad de Costa Rica y ha trabajado como asesora en Casa Presidencial y en la Asamblea Legislativa, como letrada de la Sala Constitucional, además fue Magistrada Suplente de la Sala desde el año 2013.

Gentilmente la Dra. Garro nos concedió esta entrevista que compartimos con ustedes.

1 Su elección se dio con el apoyo de 44 congresistas en primera ronda, en realidad un número muy abultado, ¿cómo se sintió en aquel momento cuando fue electa integrante propietaria de la Sala Constitucional para los próximos ocho años?

Me sentí muy honrada, pero vi con mucha claridad la enorme responsabilidad que comporta esa designación. En una Asamblea Legislativa tan fraccionada, me parece que votaron por mí personas de todas las fuerzas políticas y pienso

que es un indicio de la confianza de que ejerceré el cargo en servicio del país.

2 Doña Anamari, usted fue magistrada suplente desde el 2013 hasta su designación como magistrada titular a la Sala Constitucional en febrero de este año; así que es una persona muy ligada con la labor de la Sala y con una carrera dentro del Poder Judicial, con un extraordinario curriculum para desempeñar el cargo. Desde su perspectiva que modificaciones o reformas deberían introducirse a la Sala Constitucional, después de más de 30 años de existencia?

Siempre he pensado que las modificaciones deben darse en dos planos: en el jurisprudencial y en el legal. Respecto del primero, he sostenido que es necesario un replanteamiento jurisprudencial de los criterios de admisibilidad de los recursos de amparo. Para ello es preciso distinguir cuáles son los elementos de reserva constitucional, es decir, aquellas características establecidas en el artículo 48 de la Constitución Política que deben ser respetadas. Fuera de ese núcleo de diseño constitucional, hay un amplio campo de acción para una prudente labor de la Sala. Ese núcleo de reserva constitucional naturalmente es también un límite para el legislador. En el plano de la reforma legal, estimo que quizá hay que hacer unos pocos ajustes en lo referente al amparo, pero sobre todo en materia acciones y consultas de inconstitucionalidad, que redunden en la seguridad jurídica y en el respeto de la finalidad encomendada a la Sala por el constituyente derivado.

En el plano logístico la Sala funciona con altos niveles de eficiencia, pero siempre estamos en un proceso de mejoramiento.

3 ¿Cuál es su percepción de lo que espera la ciudadanía de la Sala Constitucional?

La ciudadanía en general espera que la Sala siga siendo garante de sus derechos fundamentales. Y esto es así porque habitualmente lo que más se aprecia -y de hecho corresponde al porcentaje mayor de asuntos tramitados- es la resolución de los procesos de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales (amparos y hábeas corpus). Diría que en ese plano muchas veces se ve a este órgano como el primer y el último recurso. Eso es algo muy positivo, porque manifiesta la confianza ganada a través de todos estos años; pero entraña el peligro de pretender que la Sala sustituya otras instancias.

De manera que este Tribunal debe seguir siendo ese garante de los derechos fundamentales, pero ha de tener muy presentes sus límites jurídicos (constitucionales y legales y los propios de la naturaleza de ese órgano) y logísticos; además, no hemos de olvidar que su función intransferible es la de velar por la constitucionalidad de todo el ordenamiento, mediante el conocimiento de los procesos de constitucionalidad (acciones, y consultas legislativas y judiciales).

4 Dentro de la perspectiva de género, es sumamente importante el nombramiento de otra mujer como Magistrada de la Sala Constitucional, junto con doña Nancy Hernández López, ¿Cómo visualiza esta situación?

En efecto, me satisface mucho ser la tercera mujer Magistrada Propietaria de la Sala Constitucional y la segunda en la actual integración; pero no

sólo porque en sí mismo es un honor y comporta, entre otras, la gran responsabilidad de poner en evidencia que las mujeres estamos preparadas para ejercer este cargo, sino sobre todo porque es una muestra del reconocimiento, por parte del Parlamento y de la sociedad civil, de la necesidad de contar con el aporte de la mujer en todos los campos, también en la esfera pública. Por otro lado, debo decir que mi tía materna es la primera mujer jueza de la República, así que mi elección fue también muy significativa en el plano familiar.

5 ¿Cuáles son los retos que se plantea cumplir como Magistrada de la Sala Constitucional de cara al futuro?

En primer lugar, incorporarme al ritmo de trabajo estudiando adecuadamente aquellos asuntos en los que intervengo. Como se sabe el volumen de trabajo de la Sala es incomparable más alto que el de otros tribunales nacionales o extranjeros. Pero no sólo es un asunto numérico -cuantitativo- sino cualitativo, pues la Sala decide asuntos de enorme impacto nacional. Por tanto, mi primer objetivo es conocer los asuntos y tomar decisiones que sean fruto del estudio y la debida ponderación. Para eso es necesario contar con un equipo de trabajo competente y, afortunadamente, lo tengo. Me refiero no sólo a quienes trabajan en mi Despacho, sino a mis compañeros Magistrados y mi compañera Magistrada y, cuando corresponde, a los y las Magistrados Suplentes. Además, nada sería posible sin el soporte logístico del personal administrativo de la Sala y, del Poder Judicial, en general.

En segundo lugar, deseo contribuir a subrayar que la Sala debe ser muy respetuosa del plexo normativo que le rige y de sus propios límites. Así su labor será cada vez más eficaz y consistente.
Finalmente, quisiera colaborar a perfilar los criterios de admisibilidad de los recursos de amparo y su debida comunicación a la ciudadanía, porque eso permitiría obtener un volumen razonable de asuntos. Por cierto, no se trata de rehusar el trabajo, sino de focalizar los recursos humanos y logísticos -que son limitados de por sí- en desplegar una labor jurisprudencial en asuntos donde sólo la Sala está llamada a intervenir.

6. Tiene algún tema específico que se plantea desarrollar desde la Sala Constitucional?

Me parece que ya lo dije antes. Si se respeta los límites impuestos por el plexo normativo, si se mejoran los criterios de admisibilidad de amparos y, agrego ahora, si se aplican adecuadamente los cánones hermenéuticos, la calidad de la jurisprudencia constitucional mejorará. Esto, en atención a las particulares funciones de la Sala, incidirá directamente en el fortalecimiento del Estado de Derecho costarricense y de la democracia como tal.

7. ¿Magistrada Anamari Garro, continúa ejerciendo la docencia en la Universidad de Costa Rica?

Sí, soy docente de la Maestría de Derecho Público. Además, tengo algunas relaciones con diversas instituciones académicas extranjeras.

8. ¿Nos gustaría conocer un poquito de la vida de doña Anamari Garro, fuera de las actividades del Poder Judicial? 12 ¿Cuáles son las cosas que disfruta hacer en su tiempo libre?

Siempre me ha gustado mucho leer y compartir con mi familia y con amistades. Desearía tener más tiempo para todo eso y para escribir. Por otro lado, soy muy selectiva al momento de escoger películas; pero disfruto mucho al encontrar una que sea enriquecedora, que me haga disfrutar de la belleza y, todavía más, si me hace reflexionar y nutrir conversaciones provechosas.

9. ¿Cuáles considera que son sus fortalezas o virtudes?

Fortalezas: me gusta mucho aprender, escuchar, analizar y establecer procesos para conseguir objetivos. Veo que no me pregunta sobre mis debilidades: son muchas.

10 ¿Qué eventos relevantes en su comunidad, en el país e inclusive a nivel mundial le ha tocado vivir, que la hayan marcado significativamente?

Fui testigo, como toda mi generación, de los hechos acaecidos en Centroamérica a fines de los años setenta e inicios de los ochenta, que de algún modo incidieron en nuestra propia realidad; también, de la caída del muro de Berlín, de la disolución de la URSS, y del surgimiento de las democracias latinoamericanas y de su actual debilitamiento. Ahora bien, más recientemente, quién podría dudar que la actual situación del COVID-19 nos ha marcado para siempre.

11 ¿Qué le hace pensar y decir, "¡Qué increíble!"?

Para mí es una expresión de sorpresa, de admiración y, a veces, de estupor.

12 ¿Por qué aspecto en particular le gustaría ser recordada y qué está haciendo actualmente para que esto suceda?

Me gustaría que se me recordara como una persona íntegra, competente y coherente. También como alguien que procuraba escuchar y sabía rectificar; como una persona con miras altas, y respetuosa de las personas y de sus ideas, que le daba importancia a las cosas que verdaderamente la tenían.

Reseña de Libros e Investigaciones

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 325-326 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

RESEÑA DE LIBROS

Hoy les presentamos tres publicaciones realizadas por valiosos funcionarios del Poder Judicial que surgen a raíz de la próxima vigencia del Código Procesal de Familia y que serán de mucha utilidad para las personas estudiosas y operadoras del derecho de familia que deseen capacitarse en esta área del derecho. Por primera vez el derecho de familia en toda su historia, poseerá un código procesal propio que regirá la materia procesal, tan especial por el tipo de situaciones que tutela y que en gran mayoría se trata de población vulnerable.

CURSO DE DERECHO PROCESAL DE FAMILIA. TOMO I Editorial Jurídica Faro

Diego Benavides Santos



Don Diego Benavides Santos, ex Juez del Tribunal de Familia y ex Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia ha aprovechado su conocimiento y experiencia para crear la primera obra doctrinaria en el país dedicada al Código Procesal de Familia. Don Diego es una referencia en derecho de Familia, no solo en Costa Rica sino en Centroamérica y otros países y ya en otras ocasiones, ha escrito libros propios y participado en obras colectivas sobre materia procesal de familia. Con la entrada en vigencia de este código y la escasa producción doctrinaria al respecto, esta obraes sumamente valiosay prácticamente de consulta obligatoria. La obra contiene una referencia a la historia o camino que recorrió el código para que se aprobara y desarrolla temas procesales y los diversos procesos que regula el código. Sin duda es una obra imprescindible en toda biblioteca de las personas apasiondas del derecho y una fuente de consulta a la que necesariamente acudirán continuamente los operadores y estudiosos del derecho. Esperamos que pronto publique el tomo II para completar así la obra de este gran autor.

CODIGO PROCESESAL DE FAMILIA. Concordado. Editorial Jurídica Continental

Rolando Soto Castro

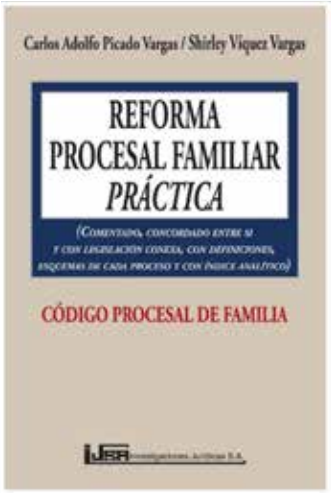


Esta publicación del Doctor Rolando Soto Castro, Juez del Tribunal de Familia y realizada por la Editorial Jurídica Continental, es un aporte más al derecho de familia y en especial al Derecho Procesal de Familia. Es un trabajo serio y minucioso de concordancia con numerosas leyes vigentes en nuestro país y que será de mucha utilidad para los estudiosos y operarios del derecho de familia.

El autor cataloga este trabajo Como una forma de acercar la normativa a las personas estudiosas del Derecho de Familia, se presenta este código con concordancias normativas, con el fin de que sirvan como un instrumento facilitador de la labor de quienes aman y necesitan a la Ciencia del Derecho.

REFORMA PROCESAL FAMILIAR PRÁCTICA. CODIGO PROCESAL DE FAMILIA. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Shirley Víquez Vargas y Carlos Adolfo Picado Vargas



La Dra.Shirley Víquez Vargas, jueza titular del Tribunal de Familia y Magistrada Suplente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, es Doctora en Derecho con especialidad en Derecho Procesal Civil.

El Dr. Carlos Adolfo Picado Vargas, es Juez del Tribunal Agrario y tiene un doctorado en derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina.

Esta obra trata de concordar el Código Procesal de Familia entre sí y con normativa conexa de índole familiar.También está concordado con el nuevo Código Procesal Civil. Contiene un índice temático para facilitar la búsqueda dentro del cuerpo normativo, también contiene comentarios, definiciones y esquemas de todos los procesos y de algunos otros temas que toca el código, lo cual hace que la obra sea bastante práctica en su utilización. Igualmente es una obra imprescindible para los estudiosos del Derecho de Familia y realizada por especialistas en derechos procesal, lo cual es un aporte invaluable.

El propósito de esta obra fue crear una herramienta que permita, a la persona abogada o a cualquier persona que lo necesite, aplicar de manera mucho más práctica el nuevo Código Procesal de Familia.

Personas que colaboraron en este número

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 329-331 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

PERSONAS QUE COLABORARON CON ESTA EDICIÓN

DR. FERNANDO CRUZ CASTRO. Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Magistrado de la Sala Constitucional. Doctor en Derecho Penal por la Universidad Complutense de Madrid.

MSc. ALEX ROJAS ORTEGA. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Obtuvo el Premio de Investigación Fernando Soto Harrison en el 2010, otorgado a la tesis más sobresaliente de la Facultad de Derecho, UCR. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con diplomas en técnica legislativa y control parlamentario por el Congreso de los Diputados de España y la Red Internacional de Expertos en Parlamentos. Doctorando en Derecho Administrativo por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo. Profesor universitario de Derecho Administrativo.

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

MSc. MÓNICA MARÍA PÉREZ GRANADOS. Abogada por la Universidad de Costa Rica. Investigadora asociada del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. Doctoranda en Antropología en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Ll.M. LUIS ALONSO SALAZAR RODRÍGUEZ. Profesor catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Costa Rica; bachiller y licenciado en Derecho y especialista en Derecho Penal por la Universidad de Costa Rica; LL. M. en Derecho Penal y Civil por la Albert-Ludwigs-UniversitätFreiburg, República Federal de Alemania; máster en Sociología Jurídico-Penal por la Universidad de Barcelona; especialista en Ejecución Penal por la Universidad de Barcelona

MSC. RODOLFO SOLÓRZANO SÁNCHEZ. Licenciado en Derecho, Especialista en Ciencias Penales, ambos de la Universidad de Costa Rica, Master en Administración de Justicia de la Universidad Nacional. Miembro de la Comisión de Oralidad en materia penal del Poder Judicial y capacitador certificado en destrezas de litigación, miembro del equipo que rediseño despachos judiciales, capacitador de jueces, defensores públicos y fiscales de Costa Rica. Consultor internacional en sistemas de justicia.

MSc. LUIS MARIANO ARGÜELLO ROJAS. Doctorando en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Máster en Derecho Constitucional por la UNED y 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). 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 Postgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Todas sus graduaciones han sido con distinción. Desde el 2012, es juez de la república, desempeñando su labor en la jurisdicción civil y contencioso-administrativa. A partir del 2015, es profesor de Derecho en la UCR. Es autor de diversos artículos de investigación publicados en revistas especializadas a nivel latinoamericano y miembro de la Asociación Costarricense de la Judicatura.

MSc. FRANK HARBOTTLE QUIRÓS. Doctorando en Derecho y máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Licenciado en Derecho con honores de la Universidad de Costa Rica. Especialista (sobresaliente) en derechos fundamentales y garantías constitucionales en el derecho penal y procesal penal, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana, Georg-AugustUniversitätGöttingen, Alemania. Posgrado en Control de Constitucionalidad y Convencionalidad de los Derechos, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y docente del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Ha publicado varios libros, artículos en obras colectivas y más de treinta artículos en revistas especializadas en Costa Rica, España, Nicaragua, Perú, Uruguay, Paraguay, Chile, Brasil y México.

MSc. JOSÉ MIGUEL FONSECA VINDAS. Máster de la Maestría de Administración de Justicia de la UNA con énfasis en Derecho de Familia; estudios de la Maestría de Violencia Social y Familiar de la UNED; especialista en Derecho de Familia por la Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica. Facilitador de la Escuela Judicial, Poder Judicial, Costar Rica en materia de familia, pensiones alimentarias y violencia doméstica. Juez de familia y de violencia doméstica. Juez suplente del tribunal de familia. Miembro de la Comisión de Ética del Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica en 2019.

LIC. FELIPE ORTEGA MONGE. Felipe Ortega Monge, licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Técnico jurídico en la Fiscalía Adjunta de Ejecución de la Pena.

DRA. JENNIFER ISABEL ARROYO CHACÓN. Doctora en Derecho de la Universidad Estatal a Distancia (UNED) y doctoranda en Gestión Pública y Ciencias Empresariales del Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP). Abogada, contadora pública autorizada (auditora) C.P.A. y administradora pública.

MSc. MARIO FELIPE MARÍN CASCANTE. Máster en Administración de Justicia Enfoque Socio jurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA), Licenciatura en Derecho y Especialidad en Derecho Notarial y Registral, ambas de la Universidad de Costa Rica (UCR). Sus graduaciones de licenciatura y especialidad han sido con distinción. Su carrera profesional inicia en el año 2008 como Fiscal en la Fiscalía Especializada de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios. Desde el 2013, es juez de la República y ha desempeñado su cargo en varios tribunales del país, actualmente en Juzgados de la provincia de Heredia. A partir del 2015 es profesor de Derecho en la Universidad Hispanoamericana. Correo electrónico: mmarinc@abogados.or.cr

MSc.MIGUEL ZAMORA-ACEVEDO. Profesor universitario, máster en Sociología Jurídico-Penal, Universidad de Barcelona.

MS.c JUAN LUIS JIMENEZ CHAVES. Licenciado en derecho por la Universidad Santo Tomás, máster en Derecho Penal por la Universidad Internacional de las Américas y master en Administración de Justicia Enfoque Socio Jurídico por la Universidad Nacional. Fue el primer director del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones y a su cargo estuvo el impulso para sacar adelante el proyecto del Centro tal y como se conoce en la actualidad. Ejerce como juez contralor y juez director suplente del Centro Judicial de intervención de las Comunicaciones. Entre los años 2000 y 2002 escribió para el departamento de prensa del Organismo de Investigación Judicial en las ediciones de “Revistas Para Ejecutivos Policiales”, publicó dos fascículos, “ Una Propuesta en las Modalidades del Robo de Vehículos” y “Factores Para el Reconocimiento de Vehículos”. Asimismo escribió varios artículos de comentario publicados en los diarios de circulación nacional La Extra, el Heraldo, La Prensa Libre, titulados; “Secuestro y Robo de Vehículos”, Homicidios y Robo de Vehículos”, “Sin Dolor Esta Navidad”, “ Aquí Están Los Ticos” e Impunidad en dos ruedas”. Email: juanluisjch@hotmail.com

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 128, págs 333-335 ISSN 2215-2385 / Junio 2020

NORMAS BÁSICAS DE PUBLICACIÓN 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 derechoe izquierdo de 3 cm.
- El artículo tendrá una extensión entre 15 y 30 páginas, sin contar bibliografía o anexos.
- 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 cartadonde indique que el artículo esoriginal einédito, que no ha sido presentado en ninguna otra revista o medio para su publicación,que 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. Además que cede 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.

- 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.
- Se debe emplear el lenguaje inclusivo y se debe evitar la utilización de paréntesis por ejemplo: trabajador(a).

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

ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO.

A. PARTES DEL ARTÍCULO:

- Título: claro y conciso.
- Autor o autora: escribir el nombre completo con grado académico 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. (Que sea corto).
- 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

B. 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 valuadoras 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 publicaciónautomática por parte de la Revista Judicial.

PODER JUDICIAL DE COSTA RICA
Escuela Judicial
"Lic. Édgar Cervantes Villalta"

Impresión

Departamento Artes Gráficas

OT. 51928