

**Poder Judicial**

**N° 130**

ISSN 2215-2385

# *Revista Judicial*

*“Celebrando el 40 aniversario de la Escuela Judicial”*



**REVISTA JUDICIAL**

**ISSN 2215-2385**

**Nº 130**

**Junio 2021**

**DIRECTORA**

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

**CONSEJO EDITORIAL**

Licda. Rebeca Guardia Morales  
Directora a.i. Escuela Judicial.

M. Sc. Ileana Sánchez Navarro  
Jueza del Tribunal Contencioso Administrativo

M. Sc. María Esther Brenes Villalobos  
Jueza contra la Violencia Doméstica, Heredia.

M.Sc. Raymond Porter Aguilar  
Juez del Tribunal Penal de San José

Dr. Álvaro Burgos Mata  
Docente universitario

M.Ba. Xinia Fernández Vargas  
Secretaría Técnica de Género.

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

**SUPLENTE**

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

Licda. Lizbeth Vargas Salazar  
Representante de la Defensa Pública, en el Consejo  
Directivo de la Escuela Judicial

M.Sc. Julieta Barboza Cordero  
Jueza Conciliadora, Centro de Conciliación

Dra. Marcela Moreno Buján  
Docente universitaria

Licda. Angie Calderón Chaves  
Encargada a.i., Unidad de Acceso a la Justicia

## **REVISTA JUDICIAL**

**N°130**

**Fundada en 1976**

**ISSN: 2215-2377**

**Edición preparada por la Escuela Judicial  
Poder Judicial**

**Publicación semestral**

**revistajudicial@poder-judicial.go.cr**

### **DIRECTORA/EDITORIA**

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

### **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/](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

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
<b>I. ARTICULOS</b> .....	9
<b>LOS INTERDICTOS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL AGRARIO</b> Dr. Álvaro José Meza Lazarus .....	11
<b>LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ITALIA</b> Dr. Haideer Miranda Bonilla .....	21
<b>IDIOSINCRASIA DEL JUEZ Y DE LA JUEZA: CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO Y DE UNA METODOLOGÍA</b> Dr. Andrei Cambroner Torres .....	51
<b>EL DERECHO ALIMENTARIO DE LAS PERSONAS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE ALGUNOS PAÍSES DE CENTROAMÉRICA</b> Dra. Paola Amey Gómez .....	67
<b>EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS Y ACTIVIDADES NO ESENCIALES EN ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS ESTATALES</b> MSc. Mario Peña Chacón .....	85
<b>EL DAÑO MORAL Y EL DAÑO PSICOLÓGICO DIFERENCIAS ENTRE AMBOS EXTREMOS INDEMNIZATORIOS</b> Dr. Rodrigo José Carranza Zúñiga .....	97
<b>LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE</b> MSc. Lourdes Espinach Rueda .....	111
<b>RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EMPRESAS POR RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIÓN A NORMAS DE COMPETENCIA EN UN CÁRTEL CON BASE EN LA SENTENCIA NÚMERO 1680/19, VALENCIA, DEL DIECISÉIS DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE</b> MSc. Warren Corrales Castillo. ....	131
<b>PRECISIONES SOBRE EL DENOMINADO DAÑO MORAL: UN ENFOQUE CRÍTICO-REVISOR ACERCA DE SU TRADICIONAL ABORDAJE EN COSTA RICA</b> Dr. Luis Mariano Argüello Rojas .....	155

<b>EL MEDIO DE PRUEBA “LA DECLARACIÓN DE PARTE”</b>	
M.Sc. María Angélica Fallas Carvajal .....	177
<b>LA TORTURA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DELIMITACIÓN Y TIPIFICACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL</b>	
M.Sc. Nacira Angulo De La O .....	195
<b>LA EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL A LA LUZ DE LA LEY IMPUESTO A LA PERSONA JURÍDICA N.º 9428 SOCIEDADES MERCANTILES</b>	
M.Sc. Meicer Magaly Araya Espinoza	
M.Sc. Mario Felipe Marín Cascante	
M.Sc. Misanillas Reyes de Orellana .....	207
<b>DERECHO DE RECESO</b>	
Lic. Pedro Bernal Chaves Corrales .....	229
<b>II. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>247</b>
<b>EL CORPUS, EL ANIMUS Y LA POSESIÓN INCORPORAL EN LA NUEVA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA</b>	
Dr. Francisco Chacón Bravo .....	249
<b>III. RESEÑA DE LIBRO .....</b>	<b>267</b>
<b>IV. ENTREVISTA .....</b>	<b>271</b>
<b>V. CONMEMORACIÓN DEL 40 ANIVERSARIO DE LA ESCUELA JUDICIAL.....</b>	<b>279</b>
<b>VI. PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTA EDICIÓN .....</b>	<b>289</b>
<b>VII. NORMAS DE PUBLICACIÓN.....</b>	<b>293</b>

---

## PRESENTACIÓN

Con una gran alegría les hacemos llegar la edición número 130 de la Revista Judicial, en que conmemoramos entusiastamente el *40 aniversario de la creación de la Escuela Judicial*, durante todo este largo recorrido, el personal de la Escuela se ha profesionalizado y ha sabido enfrentar diversos retos como el continuar con la capacitación de los funcionarios judiciales, usando la tecnología y los medios virtuales que se han desarrollado como consecuencia de la pandemia que vive el mundo entero.

Gracias a esa capacidad de reinventarse se han visto resultados realmente resaltables de los cursos, capacitaciones y otras actividades que se han realizado en el año 2020 y lo que va del presente año.

Desde esta Revista, que también forma parte de esta institución, felicitamos al Consejo Directivo, a la directora y subdirectora y en general a todo el personal que con su trabajo logra cada día, el objetivo propuesto de capacitar y mejorar la aplicación de la justicia y por el cual hace cuarenta años el Lic. Edgar Cervantes Villalta, cuyo nombre lleva la Escuela, inició con la creación de los primeros cursos de capacitación.

Es por eso que en esta edición encontrarán un pequeño reportaje histórico e información sobre cómo se han enfrentado los procesos de capacitación en esta etapa, acompañado de una pequeña galería de fotos en homenaje al personal de la Escuela.

Como parte de la misión de la Escuela Judicial de difundir material que sirva para aprender, capacitar y una mejor aplicación de la justicia es que les hacemos llegar este número con una variedad de artículos que versan sobre materias como agrario, constitucional, civil, justicia restaurativa, daño moral, comercial, penal, derechos humanos entre otros.

Además se publica un artículo en Jurisprudencia Comentada, escrito por el exmagistrado Francisco Chacón Bravo en el área del derecho civil, sumamente interesante.

También se incluye una entrevista con el Master Andrés Méndez Bonilla, Jefe del Centro de Gestión de calidad y acreditación del Poder Judicial, quien nos cuenta un poco sobre su vida, trayectoria y la labor que cumple el centro que dirige y que nos permite conocer el trabajo y programas que se desarrollan a lo interno del Poder Judicial en procura de mejorar el sistema de justicia.

Como siempre presentamos la reseña de un libro o de un trabajo de investigación institucional y en este caso presentamos una obra dentro de la temática de género, programa que también se desarrolla en el Poder Judicial.

Esperamos como siempre que el material seleccionado en este número sea de utilidad, sobretodo en estos momentos por los que estamos pasando. Queda abierta la invitación para que escriban en este espacio que es de ustedes,

**Dra. Vilma Alpizar Matamoros**  
Directora Revista Judicial



---



# *Artículos*

---



[Volver al índice](#)



# LOS INTERDICTOS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL AGRARIO

Dr. Álvaro José Meza Lazarus \*

## RESUMEN

El presente estudio analiza los interdictos en el nuevo Código Procesal Agrario, dentro de la categoría de procesos sumarios, estableciendo las diferencias con los procesos anteriores a la nueva legislación y comenta los cambios introducidos por el CPA.

**Palabras claves:** Demanda interdictal improponible. Plazo para cumplimiento de la pretensión por la persona demandada. Posesión *ad interdictam*.

## ABSTRACT

The present study analyzes the possession injunctions in the new Agrarian Procedure Code, within the category of summary proceedings, establishing the differences with the processes prior to the new legislation.

**Keywords:** Inadmissible interdictal claim. Period for the defendant to comply with the claim Possession *ad interdictam*. Replacement of boundaries.

Recibido 13 diciembre 2020.

Aprobado 12 enero de 2021.

---

\* El autor es Abogado. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Agrario, Derechos Reales, Derecho de Obligaciones y Derecho de la Contratación Privada de la Facultad de Derecho de la UCR. Coordinador del Posgrado en Derecho Agrario de la UCR. Correo: alvaromeza@econojurisabogados.com

**E**n el nuevo Código Procesal Agrario, que entra en vigencia en febrero de 2021, a diferencia de la Ley de la Jurisdicción Agraria<sup>1</sup>, que regulará hasta esa fecha el llamado proceso agrario<sup>2</sup>, si se establece una regulación de los interdictos bajo el llamado proceso de conocimiento sumario.

En la Ley de la Jurisdicción Agraria de 1982, los procesos agrarios se clasificaban en el proceso ordinario agrario, los procedimientos especiales regulados en la Ley que eran básicamente, la expropiación y las demasías, y luego se distinguía en lo que se llamaban otros procedimientos, los cuales estaban regulados en otras normas procesales sobre todo en el Código Procesal Civil, en adelante indistintamente CPC, y comprendían, entre otros, el desahucio, los interdictos, el proceso sucesorio, los procesos de ejecución.

## ASPECTOS PROCESALES DE LOS INTERDICTOS

La regulación de los interdictos en el Código Procesal Agrario, en adelante indistintamente CPA, se halla en el artículo 252, inciso 1<sup>3</sup>, que determina que el interdicto es un proceso sumario, es decir, un proceso de naturaleza jurídica de conocimiento, donde el juez toma conocimiento de los hechos, analiza la prueba y resuelve mediante sentencia las pretensiones. El interdicto es un proceso que fue concebido, como indica su raíz latina, *inter dictum*, es decir, mientras se dicta el derecho. Sobra indicar que, por ello, el interdicto no produce cosa juzgada material y tiene plazos más cortos.

En el CPA, al igual que, en el nuevo CPC, a diferencia del derogado, se han excluido, bajo la

categoría de interdictos, los llamados interdictos prohibitivos, como lo son la suspensión de obra u obra nueva y la llamada obra vieja o interdicto de derribo, los cuales permanecen como sumarios, pero sin la nomenclatura ni la categoría de interdictos. En el primero, se permite la referencia a la propiedad o un derecho que está siendo afectado y, en el segundo, la legitimación corresponde a un interés colectivo. Igualmente se asienta la categoría de interdicto a la pretensión denominada de reposición de mojones o linderos.

En general, el proceso sumario y, por ende, el interdicto, inicia con una demanda, y si se presenta de manera correcta, genera el emplazamiento hacia la parte demandada, por el plazo de cinco días.

El CPA introduce una figura interesante y novedosa que es la posibilidad de que la parte actora solicite en la demanda que se otorgue a la demandada un plazo para el cumplimiento de la pretensión principal, cuando se refiera a la devolución de un bien o a la autorización para ingresar a un inmueble o el restablecimiento del derecho de paso, en lo que a interdictos corresponde<sup>4</sup>.

Este plazo se da con el mismo plazo del emplazamiento y, si se cumple lo requerido, las partes deberán informarlo al tribunal. En tal supuesto, se dará por terminado el proceso sin especial condenatoria en costas. Esta figura está concebida pretendiendo que quien realiza el acto perturbatorio, quizás sin el consejo de un abogado, pueda retractarse de su comportamiento y retirarse del inmueble o permitir el paso y, si lo

1 Ley de Jurisdicción Agraria N.º 6734 deL 29 de marzo de 1982.

2 Mediante el artículo 342 del Código Procesal Agrario, N.º 9609 del 27 de septiembre del 2018, se derogará esta norma. De conformidad con el transitorio VI de la norma antes referida, dicha modificación entrará a regir a partir del 28 de febrero de 2021, y es cuando se hará la respectiva derogación.

3 Código Procesal, Ley N.º 9609, del 27 de septiembre de 2018, artículo 252, inciso 1.

4 Código Procesal Agrario, art. 254.

desea, puede presentar directamente una demanda ordinaria para defender sus derechos en caso de que sea lo que más le convenga.

Igualmente podría ser beneficioso tanto en dinero como en tiempo cuando la parte que comete el acto perturbatorio se da cuenta de que el conflicto va a terminar en un proceso ordinario, irremediamente, por el carácter de lo involucrado en el conflicto.

Una vez que se contesta la demanda y se presentan las excepciones a esta, pasamos a la etapa de la audiencia única, regulada en el artículo 192 del CPA, el cual establece el procedimiento sin audiencia o en audiencia única. Según este artículo, cuando no se justifique el señalamiento de audiencias por la naturaleza del proceso, o si existen circunstancias propias de este, o no existe prueba que realizar, se dictará la sentencia.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, que se tramite el proceso en audiencia única, en la cual podrán presentarse las conclusiones. En los interdictos, por la naturaleza de lo debatido y porque en el CPA se exige la presencia en el fondo, si es necesario, como sucede en la materia interdictal, estamos ante un proceso con audiencia única, con lo cual la presencia en el fondo es imprescindible.

En esta única audiencia, se informa a las partes cómo se va a desarrollar la audiencia, se invita a la conciliación, si es posible, se da la palabra al actor para que informe sobre la demanda y sus pretensiones, luego se da la réplica al actor y la contraprueba, luego la recepción y admisión de la prueba. Con posterioridad, se conocen las excepciones procesales, la resolución de las excepciones procesales, la cuantía, la fijación del objeto de debate, la admisión y recepción de la

prueba, el alegato de conclusiones y, por último, la sentencia, la cual puede diferirse.

## DE LA DEMANDA INTERDICTAL IMPROPONIBLE

Al igual que sucede con otros procesos, el interdicto permite la aplicación del instituto de la demanda improponible, si el artículo 101 establece la demanda improponible y señala que:

*5Se rechazará la demanda, o la solicitud inicial en procesos no contenciosos, cuando sean evidentemente improponibles, mediante sentencia anticipada, emitida al inicio o en cualquier estado del proceso. Lo serán aquellas en que:*

- 1) La pretensión sea evidentemente contraria al ordenamiento jurídico, imposible o carente de interés. Caso de un interdicto contra decisiones judiciales o administrativas o cuando se pretenda discutir situaciones referidas a propiedad o mejor derecho de poseer*
- 2) Se ejerciten en fraude procesal o con abuso del proceso.*
- 3) Sea aplicable la caducidad, caso que transcurra más de tres meses desde el acto perturbatorio, solo que en el caso presente debe estar comprobada dicha situación en la demanda misma, mediante manifestación expresa del actor al narrar los hechos de la demanda.*
- 4) La pretensión haya sido objeto de pronunciamiento en un proceso anterior con autoridad de cosa juzgada, de modo que el nuevo sea reiteración del anterior. Lo que no se aplica en materia interdictal porque no existe cosa juzgada material y se trata de situaciones referidas al mero hecho de la posesión.*

---

5 Artículo 101, CPA.

5) *Quien la propone carezca, de forma evidente, de legitimación. Porque diga ser propietario y no poseedor de hecho*

6) *En proceso anterior se haya renunciado al derecho, lo cual no procede en materia interdictal por la pretensión a debatir*

7) *El derecho haya sido conciliado o transado y exista resolución firme que los haya homologado o sometido a arbitraje con anterioridad, con lo cual*

*algunas situaciones podrían asimilarse a la decisión judicial o a conciliación o mediación.*

8) *El proceso se refiera a nulidades procesales que han debido alegarse en aquel donde se causaron, lo que no sería de aplicación en esta materia*

9) *Sea evidente la falta de un presupuesto material o esencial de la pretensión, por ejemplo la posesión de hecho*<sup>6</sup>.

Es claro que la improponibilidad debe dictarse en la audiencia única, aunque considero que, en ciertos casos, puede dictarse de oficio, con la mera presentación de la demanda, por ejemplo, lo relativo a pretensiones referidas a decisiones judiciales o administrativas o aquellas en que se alegue la protección a la propiedad en el escrito inicial, sin hacer referencia a la posesión de hecho o indicando una fecha del actor perturbatorio más allá del plazo de los tres meses de caducidad.

## **DE LA SENTENCIA Y LA POSIBILIDAD DE ORDINARIAR LA VÍA**

La sentencia tendrá apelación dentro de los cinco días y, en caso de que la sentencia este firme, dentro de los cinco días a partir de esta firmeza, la parte podrá ordinariar la vía.

6 Véase artículo 101 del Código Procesal agrario.

7 Véase artículo 255 del CPA.

De conformidad con el artículo 255<sup>7</sup>, si se emite sentencia desestimatoria, se revocará cualquier acto de ejecución o medida cautelar acordados. No obstante, la parte actora podrá solicitar, en el plazo de cinco días a partir de su firmeza que se convierta el proceso sumario en ordinario. Si se trata de los mismos hechos y partes, bastará que, en la solicitud, se informe que se mantiene lo expresado en la demanda sumaria y que se readecúen las pretensiones. En caso contrario, se deberá adjuntar de una vez el nuevo alegato de demanda, cumpliendo los requisitos legales.

El emplazamiento a la parte demandada se hará por el plazo de quince días y se comunicará en el medio señalado en el sumario. Si se demanda a otras personas, serán notificadas de forma personal. De igual manera, se notificará a quienes no se hayan apersonado al sumario o no hayan señalado medio para esos efectos. Cuando se admita la conversión, se mantendrán las medidas cautelares declaradas.

La prueba practicada con anterioridad conservará su eficacia, siempre que no se vulneren la inmediación, el derecho de defensa ni el contradictorio de las partes; de lo contrario, podrá incorporarse como documental.

## **LA COMPETENCIA AGRARIA EN MATERIA DE INTERDICTOS**

Ahora bien, surge la interrogante de cómo saber cuándo un interdicto es agrario y no civil. Para responde a esta pregunta, debemos ceñirnos al criterio de competencia que señala el mismo Código Procesal Agrario.

En principio, hay un elemento restrictivo propio de todos los interdictos: el inmueble, este debe ser categorizado como agrario, es decir, debe

tratarse de un inmueble con aptitud agraria, lo que no debe llamar a engaño al circunscribirlo al mundo rural o a una porción de terreno rústico, porque debe recordarse que lo importante en materia agraria no es dónde se hace, sino cómo se hace, aludiéndose al concepto de agrariedad, es decir, al desarrollo de un ciclo biológico vegetal, fungi, protista o animal, ligado directa o indirectamente al uso y disfrute de las fuerzas y los recursos naturales. Partiendo de esa idea, debe indicarse que el fundo es la base material de la empresa agraria y, por ende, un inmueble ubicado en lo urbano donde exista un estanque dedicado al cultivo de camarones sería objeto de un interdicto agrario.

De acuerdo con los artículos 2 y 265 del CPA, los interdictos agrarios serán aquellos en los cuales se debate sobre la posesión actual y momentánea de los bienes inmuebles agrarios consistentes en aquellos destinados o aptos para el desarrollo de actividades y servicios agrarios, así como los vinculados a su tutela y aprovechamiento y el ejercicio del derecho ya constituido de servidumbre, así como de la obligación de paso declarada judicialmente<sup>8</sup>.

## LA POSESIÓN *AD INTERDICTAM*

En el interdicto, las pretensiones refieren a una tutela de la posesión de hecho, sin tomar en cuenta el derecho de propiedad o el mejor derecho de posesión. Es importante tomar en cuenta que, tanto en el CPA como en el nuevo CPC, se rectifica la idea que se esbozaba en el anterior CPC, en el cual se apuntaba que los interdictos se referían a la posesión o tenencia de una cosa, olvidándose

de la distinción entre posesión y tenencia lo que podía generar un conflicto entre ambos institutos al ser la tenencia un mero hecho sin intención de poseer. En la actualidad el problema está olvidado cuando hablamos de que el debate se refiere a la posesión actual y momentánea que es una posesión en sí que contiene el mínimo grado posesorio, la posesión *ad interdictam* concebida esta como la que comprende el significado total y el mínimo de la posesión<sup>9</sup>.

El significado total se presenta en cuanto que, a través de los interdictos, son protegidas todas las clases de posesión (natural, civil, de buena fe y mala fe, *ad usucapionem*) y todas las categorías y conceptos posesorios (en nombre propio o en nombre ajeno, en concepto de dueño y concepto distinto de dueño).

El significado mínimo se presenta en cuanto existe un grado mínimo de posesión que tiene como único efecto la protección interdictal. El significado mínimo se da en cuanto no se valora la clase o el concepto por el cual se posee, comprende la posesión que se encuentra, valga la reiteración, en toda posesión.

Por lo anterior, debe señalarse que, en los interdictos, el debate versa únicamente sobre la llamada posesión mínima, es decir, el estudio de una posesión está exento de que se haya de demostrar, para su protección, nada acerca de su título legitimador, ni el tiempo transcurrido, ni la buena fe, ni la razón adquisitiva. Basta que se posea. Esta es la posesión como hecho, como realidad social y es la síntesis de lo establecido en el artículo 265 del CPA.

8 Véase artículo 2 y 265 del CPA.

9 La vieja distinción entre posesión y tenencia viene de la “discusión” entre Ihering y Savigny. EL autor Allende dibuja muy bien la distinción cuando realiza una operación aritmética en la que X es posesión, Y es tenencia, A es animus domini, a es mínima voluntad de poseer, C es corpus y n es negativa del ordenamiento de tutela interdictal. De lo anterior, señala el autor, que para Savigny X es igual a C+a+A+ y Y es igual a C+a, por el contrario, para Ihering posesión es c+a y tenencia, sea Y es igual a c+a+n, es decir, lo que para Ihering es posesión, para Savigny es tenencia.

Los interdictos son de amparo de posesión, restitución y reposición de linderos. En ellos, solo podrá debatirse sobre la posesión actual y momentánea de bienes inmuebles y el ejercicio del derecho ya constituido de servidumbre, así como de la obligación de paso declarada judicialmente. De ninguna manera afectarán las cuestiones referidas a los derechos de propiedad y de posesión definitiva, sobre los cuales no se admitirá discusión alguna. En otras palabras, salvo la demostración que deba hacerse de la titularidad y, por ende, propiedad de un derecho, del derecho de servidumbre ya constituido, la propiedad no interesa.

La posesión interdictal es el prototipo del axioma que se encuentra inserto en algunos de los códigos civiles latinoamericanos y europeos: “*el poseedor posee porque posee*”, lo que indica que el poseedor es protegido aun contra el mismo propietario cuando existen elementos que muestran una relación actual y externa de una persona con un objeto.

El artículo 317 del Código Civil <sup>10</sup>nuestro es claro cuando indica que el poseedor, cualquiera que sea, tiene derecho a reclamar la posesión de la que ha sido indebidamente privado.

En los interdictos, se conocen las perturbaciones a la posesión que no llegan a despojo, los despojos o el impedimento o perturbación del uso de las servidumbres continuas y aparentes o de las continuas y no aparentes o las discontinuas en general, cuando estas dos últimas están constituidas legalmente, o de la obligación de paso declarada legalmente.

## FUNDAMENTO DE LA TUTELA INTERDICTAL

Sobre el fundamento de la tutela interdictal, no existe acuerdo en la doctrina, como en toda la teoría posesoria. Las teorías que pueden considerarse esenciales para determinar el fundamento de la protección interdictal son la de la paz social, la de presunción, la de personalidad y la de continuidad.

El fundamento de la protección interdictal en materia agraria puede apoyarse en tres principios:

1. Puede fundamentarse como complemento de la reforma agraria. Este principio responde a la idea de que el proceso agrario es un instrumento que hace posible la ejecución efectiva de una reforma agraria. Esta tesis es lógicamente aplicable en Costa Rica en la llamada posesión precaria de tierras.
2. Puede fundamentarse en la buena cultivación y la función social de la propiedad agraria. La protección interdictal se fundamenta, según este principio, en el interés que tiene para el derecho agrario mantener al que es considerado por la ley como un “propietario idóneo”, el que explota eficientemente la tierra haciéndola cumplir su función social. Bajo este principio, mientras la persona propietaria no se encuentre en capacidad de hacer producir un predio, debe hacerse permanecer provisionalmente a aquel que sí lo está haciendo producir.

10 Artículo 317 del Código Civil: “El poseedor, de cualquiera clase que sea, tiene también derecho para reclamar la posesión de que ha sido indebidamente privado, y una vez repuesto en ella se considera, para los objetos de prescribir, como si no hubiera sido desposeído. No podrá tomarse la posesión de una manera violenta, ni por aquel a quien legalmente corresponde; mientras el actual poseedor se oponga, debe reclamarse judicialmente”.

3. El tercer principio es que el derecho debe proteger al productor no propietario frente al propietario no productor, por lo que se concede la protección posesoria a aquel que, en el momento de concurrir la perturbación o del despojo, se encontraba realizando una producción del bien.

Los principios que han sido enunciados tienen todo un ligamen con respecto a la teoría de la posesión agraria; sin embargo, algunos de ellos pecan de ser muy generales. Así, por ejemplo, la función social de la propiedad es un principio inspirador de todo el derecho y no solo de la posesión.

El fundamento de la protección interdictal debe ligarse al origen mismo de la posesión agraria y, por ende, de la actividad agraria. Es por ello que parece más oportuno el principio de la protección al productor no propietario frente al propietario no productor. No obstante, debe delimitarse a modo de eliminar toda consideración con respecto a la propiedad y debe establecerse que la tutela interdictal se fundamenta en la protección de la producción agraria.

Resulta más recomendable fundamentar la protección interdictal de la posesión agraria en la continuidad de la producción o lo que es mejor en la continuidad de la empresa agraria concebida esta como actividad agraria.

## LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

En materia de requisitos para la tutela interdictal, el primero de ellos es la legitimación en su doble condición de activa y pasiva.

En la legitimación activa, todo poseedor tiene derecho a ser respetado. Según HERNÁNDEZ

GIL, este principio, también existente en el Código Civil, se resume en las siguientes cuatro consecuencias:

1. Que cualquier poseedor está protegido.
2. Que a tal fin no cuentan las clases ni las categorías posesorias.
3. Que aun cuando la posesión no confiera ningún otro derecho, existe en cuanto incorpora un derecho al respeto de sí misma.
4. Que fuera de la posesión no hay ninguna situación protegida como tal, con lo que la protección como posesión y la posesión además de constituir un correlato, forman una equivalencia excluyente de cualquier otra en la que la protección sea la posesoria y lo protegido no llegue, sin embargo a ser posesión<sup>11</sup>.

Se ha indicado que, en materia agraria, la posesión que se tutela es aquella situación de hecho que se ve reflejada en la realización de actos posesorios agrarios propiamente tales. Sin embargo, debemos considerar que, en nuestra jurisprudencia, se ha admitido la tutela interdictal en materia agraria sobre inmuebles con aptitud agraria, a pesar de que no se realice en ellos una actividad agraria; pero en la que se ejerce una posesión de hecho manteniendo el bien bajo la esfera de voluntad del sujeto poseedor.

La legitimación pasiva, por su parte, corresponde al autor de la perturbación, el cual suele ser bien delimitado en la doctrina para diferenciarlo del simple ejecutor material, ambos suelen coincidir en uno solo. No obstante, cuando ambos son distintos, la acción debe dirigirse contra la persona autora intelectual que ordenó la perturbación o el despojo.

11 Para el suscrito, un libro de necesaria consulta en idioma español en el estudio de la posesión es La posesión de Antonio Hernández Gil. Madrid: Editorial Civitas, 1973.

En materia de legitimación, debemos resaltar también que existen dos excepciones a la regla de que siempre que se demuestre la posesión como hecho, la perturbación de la posesión de parte de la persona demandada y si no **han** transcurrido tres meses desde dicha perturbación, se debe conceder la tutela interdictal. Estas excepciones de las que hablamos son las contempladas en los artículos 307 y 308 del Código Civil, repetidas en el Código Procesal Civil y en el Código Procesal Agrario, no por mérito propio, sino por mera redundancia, en el artículo 269, referido a *Supuestos especiales en interdictos de amparo y restitución* que en realidad bien se habrían podido comprender en el concepto del 265, inciso 3<sup>12</sup>.

De acuerdo con el artículo 307, cuando se trata de tutelar interdictalmente contra el que inmediata y anteriormente poseyó como dueño (legitimación pasiva), se debe demostrar que se ha poseído por más de un año o que se tiene otro legítimo título para poseer (legitimación activa).

Según el artículo 308, cuando se trata de tutelar interdictalmente servidumbres discontinuas, todas ellas o de continuas no aparentes, debe establecerse el interdicto demostrándose el título de la servidumbre (legitimación activa).

**En buena teoría, se debería demostrar la posesión de hecho en materia agraria mediante la realización de actos posesorios agrarios propiamente tales. Los actos posesorios agrarios están ligados a un concepto de actividad de donde se reputan como actos posesorios agrarios únicamente aquellos que, sujetos a una secuencia determinada, desembocan, forzosamente, en la realización de una actividad agraria de cultivo de vegetales**

**o cría de animales; es decir, en la explotación económica del bien, aunado a la idea de que dicha explotación debe ser al mismo tiempo efectiva y racional.**

De esta manera, solo pueden ser considerados como actos posesorios aquellos que, sujetos a una secuencia determinada, desembocan forzosamente en la realización de una actividad de cultivo de vegetales, hongos o a la crianza de animales; es decir, en la explotación económica del bien, definidos estos como aquellos que realizados en forma ordenada, lógica y concatenada dan lugar irremediabilmente a la producción agraria<sup>13</sup>.

## **DE LA LESIÓN POSESORIA Y LOS ACTOS PERTURBATORIOS**

Uno de los elementos importantes en el estudio de la tutela interdictal es que en lo agrario el concepto de acto perturbatorio se hace más flexible, a diferencia de la estructura de las figuras jurídicas tradicionales, lo cual ha dado lugar, en materia interdictal, a un nuevo concepto de acto perturbatorio, más acorde a la realidad social, económica y política en que se ubica esta figura.

El acto perturbatorio tradicionalmente se define como una lesión posesoria que puede consistir en inquietar o en un despojo y que refleja los dos distintos tipos de interdictos posesorios más conocidos, el de perturbación o amparo de posesión y el de restitución o despojo.

El nuevo concepto de acto perturbatorio es una variación sustantiva de los actos perturbatorios de la posesión que se han dado tradicionalmente en el derecho civil y ha generado, jurisprudencialmente o

12 Es repetitivo que los Códigos Procesales Civil y Agrario los vuelvan a contemplar dentro de su articulado, los añade en los artículos 307 y 308 del Código Civil que son excepciones a la regla de que basta demostrar el mero hecho de la posesión y el acto perturbatorio para recibir tutela interdictal.

13 Véase la definición de actos posesorios agrarios en el libro del suscrito, La posesión agraria. Editorial Alma Mater, 1986.

a través de leyes, nuevos criterios que modifican los tradicionalmente establecidos en el derecho civil. La nueva concepción toma en cuenta los aspectos de la realidad social que, si bien, no son aceptados civilmente como capaces de inquietar o perturbar al poseedor, sí lo son para el derecho agrario.

Algunos nuevos conceptos de actos perturbatorios podrían ser no necesariamente ataques directamente dirigidos al inmueble; pero sí al fundo agrario, como por ejemplo, impedir el aprovechamiento normal de agua o impedir el acceso de ellos a las fuentes de agua de las cuales se abastecen normalmente para sus necesidades humanas y para sus animales de trabajo y cría o impedir el paso por medio de cercas o en cualquiera otra forma, por los caminos vecinales, rurales y de acceso, cualquier otro hecho semejante que altere las condiciones actuales de la producción, entre otros.

Incluso puede ser considerado un acto perturbatorio la atomización o fumigación realizada indiscriminadamente o sin guardar los mínimos requisitos establecidos por la ley y los reglamentos en razón de la salud de las personas, de los animales y la protección de cultivos cercanos.

Por último, en este como en todos los interdictos del CPA en sentencias estimatorias emitidas en procesos interdictales, se condenará a la parte demandada al pago de los daños y perjuicios causados. Se liquidarán en ejecución de sentencia y, conforme a la indemnización de daños se refiere, deberán demostrarse.

## DE LA REPOSICIÓN DE LINDEROS

Así el artículo 270 el CPA se refiere a la reposición de linderos e indica que:

*Procederá el interdicto de reposición de linderos, cuando se incurra en alteración*

*de límites entre inmuebles, por destrucción o colocación diferente de los preexistentes. La persona perjudicada podrá dirigir su demanda contra la autora del hecho, contra quien se haya beneficiado de este o contra ambos.*

*En la sentencia estimatoria se ordenará la restitución de los linderos a su estado original. Los gastos que impliquen la reposición o restitución serán asumidos por quien sea declarado responsable de la alteración, o quien se haya beneficiado de esta. Si la parte demandada admite la existencia de la alteración, pero niega ser la autora y no se determina quién lo fue, se ordenará la restitución a costa de la actora y de la demandada, según corresponda. Si se prueba que la demandada procedió con evidente buena fe, se le podrá eximir del pago de daños y perjuicios. De no cumplirse lo ordenado, se procederá según lo dispuesto en sentencia para condenas de hacer.*

Como se puede ver, se trata de un interdicto en el cual no se hace referencia a una legitimación activa exclusiva del poseedor de hecho, sino que se incluye el concepto de quien es perjudicado por la alteración de límites entre inmuebles o por la destrucción o colocación diferente de los preexistentes que son los actos perturbatorios que generan el supuesto de hecho para que se produzca la tutela interdictal en este tipo de interdictos. Al amparo de este concepto, están legitimados tanto el mero poseedor de hecho como el poseedor en sí en cualquiera de sus modalidades como hecho o como derecho.

Igualmente la legitimación pasiva recaerá en contra de la persona autora del hecho, contra quien se haya beneficiado de este o contra ambos, pero parece necesario incluir como persona demandada a quien se beneficia de la alteración

de los linderos cuando esta alteración produce un beneficio a la finca colindante.

### **Bibliografía**

Código Procesal Agrario de Costa Rica. Ley 9609 Asamblea Legislativa de Costa Rica Código Procesal Agrario, N.º 9609 del 27 de septiembre de 2018.

Código Procesal Civil de Costa Rica. Ley 9342. Asamblea Legislativa de Costa Rica del 3 de febrero de 2016.

Ley de Jurisdicción Agraria N.º. 6734. Asamblea Legislativa del 29 de marzo de 1982.

Código Civil de Costa Rica. Ley N.º 63 del 28 de septiembre de 1887.

Meza Lázarus Álvaro José. (2011). *Tratado de la posesión*. Tercera edición. San José, Costa Rica: Editorial Isolma.

Hernández Gil Antonio. (1973). *La posesión*. Madrid Editorial Civitas.

Meza Lázarus, Álvaro José. (1986). *La posesión agraria*. San José, Costa Rica: Editorial Alma Mater.

# LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ITALIA

Dr. Haideer Miranda Bonilla\*

## RESUMEN

El presente estudio analiza las principales características del modelo de justicia constitucional italiano, en particular los antecedentes históricos, las competencias y modalidades de acceso de la Corte Constitucional, así como una serie de cuestiones actuales relacionadas con el diálogo judicial a través de reenvío prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la apertura a la presentación de *amicus curiae*.

**Palabras claves:** Corte Constitucional italiana, derecho constitucional, justicia constitucional, derecho comparado, control de constitucionalidad, derecho viviente, diálogo judicial, reenvío prejudicial, *amicus curiae*.

## ABSTRACT

This study analyzes the main characteristics of the Italian constitutional justice model, in particular the historical antecedents, powers and modalities of access of the Constitutional Court, as well as a series of current questions related to the judicial dialogue through a preliminary ruling before the Court of Justice of the European Union and the opening to the presentation of *amicus curiae*.

**Keyword:** Italian Constitutional Court, constitutional law, constitutional justice, comparative law, constitutional review, living right, judicial dialogue, preliminary ruling, *amicus curiae*.

Recibido 12 de enero 2020.

Aprobado 4 de marzo de 2021

\* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, tesis aprobada con distinción *summa cum laude*. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y especialista en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento, Italia. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos y Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho (UCR). Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ). Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Además ha realizado una serie de estancias profesionales en la Corte Constitucional italiana, el Tribunal Constitucional español, la Corte Constitucional colombiana, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como estancias académicas, en el Departamento de Diritto Pubblico de la Universidad de Pisa, en el Centro di Ricerca sui Sistemi Costituzionali Comparati de la Universidad de Génova, en el Centro de Ricerca e Formazione sul Diritto Pubblico Europeo ed Comparato de la Universidad de Siena, en el Instituto de Derecho Público Comparado “Manuel García Pelayo” y en el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, ambos en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III en Madrid, en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla y en el Departamento de Derecho Procesal y Administrativo de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: [haideer.miranda@ucr.ac.cr](mailto:haideer.miranda@ucr.ac.cr)

\*\* Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones donde el autor labora.

\*\*\* El presente estudio es resultado de la pasantía que realice años atrás en la Corte Constitucional, motivo por el cual agradezco enormemente al ex giudice Ugo De Siervo, así como a su personal por la gentileza y disponibilidad que me brindaron durante mi estancia. Doy mi más sincero agradecimiento a aquellas personas que me han permitido conocer y profundizar en el modelo de justicia constitucional italiana, en particular a los profesores Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Ugo De Siervo, Andrea Pertici, Francesco Dal Canto, Paolo Carroza y Paolo Passaglia, Giancarlo Rolla, así como a mis queridos amigos Tommaso Giovannetti y Nicola Pignatelli. Le doy un especial agradecimiento a Antonello Lo Calzo por las observaciones y comentarios que me brindó en la elaboración del presente estudio.

**SUMARIO:** 1. Introducción. – 2. El modelo de justicia constitucional previsto en la Constitución de la república italiana. – 3. Estructura y organización de la Corte Constitucional. – 3.1. Sistema de elección de los jueces. – 3.2. El estatuto del juez constitucional. – 3.3. El presidente de la Corte. – 3.4. La tramitación de una causa. – 4. Competencias. – 4.1. El control de constitucionalidad de las leyes y actos con fuerza de ley. – 4.2. Otras funciones. – 5. Las modalidades de acceso en el control de constitucionalidad de las normas. – 5.1. El acceso en vía principal. – 5.2. El acceso en vía incidental. – 6. La doctrina del “derecho viviente” en la relación entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación: la superación de la fase caracterizada como la guerra entre cortes. – 7. Cuestiones actuales en la justicia constitucional italiana. – 7.1. La apertura del juez constitucional en la utilización del reenvío prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea. – 7.2. La sentencia n.º 269/2017 y la *doppia pregiudizialità*. – 7.3. La modificación de las normas integrativas y la apertura al *amicus curiae* y al criterio de expertos. – 8. Conclusiones. – 9.- Bibliografía.

## 1. Introducción

El estudio del modelo de justicia constitucional italiano es ampliamente reconocido y goza de gran prestigio<sup>1</sup>, en virtud de que no solo ha influenciado la creación de cortes o tribunales constitucionales como nuestra jurisdicción constitucional<sup>2</sup>, sino también su jurisprudencia es utilizada como referente en múltiples temáticas por otros órganos de justicia constitucional<sup>3</sup>.

Tras la finalización de la II Guerra Mundial, se crearon tanto en Alemania como Italia – potencias perdedoras del conflicto– órganos de justicia constitucional con la finalidad de garantizar la supremacía de la constitución, limitar la arbitrariedad cometida por los poderes del Estado y garantizar el respeto de los derechos humanos<sup>4</sup>. Al respecto, *MORTATI* expuso que, entre las razones que llevaron a los constituyentes italianos a presentar una revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, fue establecer obstáculos para la restauración de gobiernos tiránicos como el gobierno fascista y era necesario establecer un cuerpo que regulara los conflictos que pudieran surgir de la nueva estructura regional del Estado<sup>5</sup>.

1 La atención de la doctrina extranjera por el modelo de justicia constitucional italiano se ve reflejado en los estudios realizados en diferentes idiomas: BARSOTTI Vittoria, CARROZZA Paolo, CARTABIA Marta, SIMONCINI Andrea. (2016). Italian constitutional justice in global context. Ed. Oxford University Press, CAMPIONE Roger y PRESNO LINERA Miguel Ángel. (2010). Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de libertad. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC). HERNÁNDEZ VALLE Rubén. (Enero, 2017). La Corte Constitucional italiana, p. 28 – 37. En Revista Judicial, n.º 120,. San José: Ed. Corte Suprema de Justicia., VOLCANSEK Mary. (2000). Court politics in Italy: The Constitutional Court. Ed. Palgrave Macmillan.

2 HERNÁNDEZ VALLE Rubén, p. 9. Reseña histórica sobre la creación de la Sala Constitucional. En Revista de la Sala Constitucional, número 1, julio 2019.

3 Sobre la utilización de tesis jurisprudenciales de la jurisdicción italiana por parte de la Sala Constitucional de Costa Rica se puede consultar MIRANDA BONILLA Haideer. La influencia del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, p. 1125 – 1158. En BAGNI Silvia, FIGUEROA. MEJÍA Giovanni A, PAVANI Giorgia (coordinadores). (2017). La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro. Tomo 2. Madrid: Ed. Tirant Lo Blanc.

4 MALFATTI Elena, PANIZZA Saule, ROMBOLI Roberto. (2010). Giustizia costituzionale. Turín: Ed. Giappichelli, p. 11.

5 Cfr. MORTATI Constatino. (1974). Istituzioni di diritti pubblico. Padova: Ed. CEDAM .

En este sentido, la Constitución de la República italiana (1947) previó la creación de un órgano *ad hoc* encargado de su tutela jurisdiccional, la Corte *Costituzionale* principal órgano de garantía constitucional, el cual tiene como características la realización de un control concentrado de constitucionalidad, así como su amplia autonomía<sup>6</sup> e independencia, pues se encuentra fuera del Poder Judicial<sup>7</sup>. Esto influenció otros ordenamientos que previeron órganos de justicia constitucional en los textos constitucionales de Francia (1958), Portugal (1974), España (1978), lo cual se extendió a los demás países democráticos en Europa y América Latina.

El presente estudio tiene como finalidad analizar a modo introductorio el modelo de justicia constitucional italiano, para lo cual se analizarán los antecedentes históricos, la estructura y organización de la *Corte Costituzionale*. Además, se expondrán el proceso que conlleva la tramitación de una causa, sus competencias, modalidades de acceso, pues no existe el acceso directo del individuo a través del recurso de amparo presente en la mayoría de ordenamientos

constitucionales latinoamericanos, así como una serie de cuestiones actuales.

## 2. El modelo de justicia constitucional previsto en la Constitución de la República italiana

La decisión a favor del carácter rígido de la Constitución de 1947 y la posterior calificación de esta como fuente del derecho, directa e inmediatamente eficaz en el plano de las fuentes y en el de las relaciones entre ciudadanos, llevó a la introducción en Italia de un sistema de justicia constitucional, hasta entonces desconocido en el ordenamiento constitucional<sup>8</sup>. En este sentido, con la finalidad de hacer efectiva y accionable tal superioridad de la Constitución, se previó expresamente un órgano *ad hoc* encargado de su tutela jurisdiccional representado por la Corte Constitucional quien realiza un control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.

En la Asamblea Constituyente, la posición contraria a la instauración de la Corte Constitucional fue defendida por exponentes del grupo liberal,

6 Esa amplia autonomía se refleja en que la Corte Costituzionale puede disciplinar el ejercicio de sus funciones y la administración de los servicios que requiera con reglamentos aprobados con la mayoría de sus integrantes de conformidad con el artículo 14 de la Ley N.º 87 de 1953 y el artículo 4 de la Ley N.º 265 de 1958.

7 En la doctrina italiana, se puede destacar entre la inmensa literatura: CARETTI Paolo, DE Siervo Ugo. (2007). Istituzioni di diritto pubblico. Turín: Ed. Giappichelli.. CAROZZA Paolo, MESSERINI Virginia, ROMBOLI Roberto, ROSSI Emmanuel, SPERTI Angioletta, TARCHI Rolando (coordinadores). (17 ottobre 2014). La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro. Ricordando Alessandro Pizzorusso. Pisa:., Ed. University Press, Italia. (2010). DE SIERVO Ugo. L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte. En <http://www.giurcost.org/studi/desiervo2.htm> FALCON Giandomenico. Lineamenti di Diritto Pubblico. Ed. CEDAM, Padova, MALFATTI Elena, PANIZZA Saule, ROMBOLI Roberto. Giustizia Costituzionale. Turín: Ed. Giappichelli, ROMBOLI Romboli (a cura di). (2009). Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo. Turín: Ed Giappichelli. MARTINES Temistocle. (2017). Diritto costituzionale. Roma: Ed. Giuffrè, PIZZORUSSO ALESSANDRO. Artt. 134-136, p. 151. En Commentario alla Costituzione. BRANCA G. Bologna-Roma 1981. ID. Lecciones de derecho constitucional. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Tomo I y II. Cour constitutionnelle italienne. Cahiers du Conseil constitutionnel, n.º. 6 (Dossier: Italie) - janvier 1999. En <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-6/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-italienne.52761.html> TEGA Diletta. (2020). La Corte nel contesto. Percorsi della giustizia costituzionale in Italia. Ed. Bologna: Bononia University Press. TONIATTI Roberto. La rilevanza della Corte costituzionale italiana in prospettiva comparata. En <https://www.giurcost.org/studi/toniatti.pdf>

8 ROMBOLI Roberto. (1996). La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental, p. 35. En Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, n.º 48, Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.

sobre todo ante el temor de que la posibilidad de estipular dudas sobre la constitucionalidad de las leyes contrarrestara con las características del Estado de derecho y/o legitimara una especie de rebelión o de desobediencia con relación a la ley; pero también parte de los partidos de izquierda que principalmente acusaba una vulneración al principio de soberanía popular expresada en aquellas leyes votadas por la mayoría de representantes del cuerpo electoral<sup>9</sup>.

Además, no se consideró conveniente incorporar la propuesta sostenida por algunos constituyentes, de reconocer al juez común o a la corte de casación el poder de controlar de manera difusa la constitucionalidad de las leyes, lo anterior esencialmente por tres razones: a) El temor de que la contraposición entre un Constitución fuertemente innovadora y la legislación vigente heredada del régimen precedente podría determinar una excesiva exposición de la magistratura, con la posibilidad de fungir como contrapeso a las decisiones políticas del Parlamento; b) una general desconfianza en la sensibilidad de la magistratura respecto a los nuevos valores constitucionales por su formación

con base en principios absolutamente diversos; c) el temor de que la falta de carácter vinculante del precedente judicial (*stare decisis*) pudiera perjudicar el principio de certeza del derecho, en aquella hipótesis en que una ley fuera considerada contraria con los principios constitucionales por algunos jueces, y no por otros<sup>10</sup>.

El modelo de justicia constitucional que previó la Asamblea Constituyente en la Constitución de 1947 es el resultado de un original híbrido para la época en que fue introducido entre la *judicial review of legislation* de origen norteamericano y el modelo austriaco, motivo por el cual se trata de un modelo mixto<sup>11</sup>.

Uno de los principales impulsores de este híbrido fue el reconocido académico y constituyente *PIERO CALAMANDREI*, cuya propuesta planteó que la dificultad de tener en el interno del mismo procedimiento, sea el aspecto subjetivo (o bien el interés de la tutela de los derechos de los individuos), sea el aspecto objetivo (es decir, el interés público de que se observe la Constitución), se llevó a cabo en el único modo que podría ser posible, es decir, a través de una diversificación

9 MALFATTI Elena, PANIZZA Saulle, ROMBOLI Roberto. *Giustizia costituzionale*, op. cit., p. 38.

10 ROMBOLI, PANILLA Saulle. El estatus de los jueces de la Corte Constitucional Italiana, p. 793. En FIX ZAMUDIO Héctor y ASTUDILLO César. (coordinadores). (2013). *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa*. México: Ed. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Oficina del Abogado.

11 Al respecto, el modelo norteamericano tiene sus antecedentes en la histórica sentencia *Madison vs. Marbury* que habilitaba al juez ordinario a realizar un control difuso de constitucionalidad mientras que el modelo de Hans Kelsen planteó la creación de un órgano concentrado -la Corte Constitucional austriaca- que realiza el control de constitucionalidad.

de las vías de acceso a la Corte Constitucional<sup>12</sup>. Al respecto, gracias a esta articulada propuesta, el debate en la constituyente se encaminó en modo decisivo a la construcción de un híbrido, aunque con un allanamiento de la *ratio* del proceso incidental con ventaja de las exigencias del proceso en vía principal, predominando el superior interés público de la observancia de la Constitución<sup>13</sup>.

El establecimiento de un órgano concentrado que tiene como función principal el control de constitucionalidad de las leyes se debe relacionar con la introducción de un acceso en vía incidental de cuestiones por parte de los jueces ordinarios<sup>14</sup>. En este sentido, la decisión de los constituyentes puso en el centro del debate los dos modos de concebir la actividad futura del juez constitucional: una centrada en la naturaleza objetiva que el control de constitucionalidad debería asumir, mirando esencialmente a la eliminación de las leyes inconstitucionales. El otro, en cambio, veía a la Corte Constitucional como garante de los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos por la Constitución que, por

consecuencia, debía tutelarse directamente, y no como resultado indirecto de la eliminación de las leyes inconstitucionales<sup>15</sup>.

En la Constitución de la República italiana promulgada el 27 de diciembre del 1947, se encuentran reconocidas las competencias de la *Corte Costituzionale* en los artículos 134 al 136, contenidos en el Título VI, parte II, denominado *Garanzie costituzionale*. Sin embargo, ante la falta de acuerdo político, se determinó que, a través de una serie de leyes constitucionales y ordinarias, se determinarían los mecanismos de acceso y otros aspectos de organización y funcionamiento, con lo cual, la entrada en vigor del texto constitucional, el 1 de enero de 1948 no comportó que entrara en funciones la Corte Constitucional, pues tuvieron que pasar varios años para ello<sup>16</sup>.

En febrero de 1948, la Asamblea Constituyente aprobó la Ley Constitucional N.º 1/1948 que determina quiénes pueden recurrir a la jurisdicción constitucional, en particular los jueces a través del acceso en “vía incidental”, así

12 En este sentido, Calamandrei pensaba: “ad un controllo tipo incidentale, azionabile d’ufficio o su istanza di parte e da affidare direttamente ai giudici comuni, che si sarebbe concluso con una pronuncia efficace inter partes, salva la possibilità per i giudici medesimi di sospendere il giudizio in corso, se non si ritengano in grado di decidere sul dubbio di legittimità, fissando alla parte che ha sollevato la questione un termine per farle decidere dalla prima sezione della Corte; altrimenti la parte interessata può impugnare la sentenza emessa dal giudice dinanzi alla prima sezione della Corte, la cui conseguente decisione ha anch’essa efficacia limitata al caso singolo e viene comunicata alle Camere che hanno la facoltà di assumere una iniziativa legislativa. Asimismo, propuso “un controllo di tipo principale, compiuto dalla Corte a sezione unite (composta per metà da magistrati di cassazione eletti dalla magistratura e per metà di professori di diritti o da avvocati eletti dalla Camera dei deputati) su ricorso proposto entro tre anni dall’entrata in vigore della legge, alternativamente da un “Procuratore generale commissario della giustizia” su richiesta di cinque parlamentare o a seguito di una decisione d’incostituzionalità pronunciata dalla prima sezione della Corte in vía incidental, oppure da un elettore nei limiti che avrebbero dovuto essere fisati dalle legge ordinaria; in caso di decisioni di accoglimento ne sarebbe derivata un’iniziativa legislativa tendente alla rimozione o alla modifica della legge incostituzionale da parte del Parlamento, o comunque la legge sarebbe rimasta sorpresa in attesa della sua riapprovazione nelle stesse forme previste per la revisione costituzionale”. En Malfatti Elena, Panizza Saulle, Romboli Roberto. Giustizia costituzionale, op cit., p. 39.

13 Romboli Roberto. Giustizia costituzionale, p. 39.

14 Malfatti Elena, Panizza Saulle, Romboli Roberto. Giustizia costituzionale, op. cit., p. 42.

15 Romboli, Panilla Saulle. El estatus de los jueces de la Corte Constitucional italiana, op. cit., p. 793.

16 Sobre ese tema, se puede consultar el minucioso estudio realizado por el expresidente de la Corte, De Siervo Ugo. L’istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall’Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte. En <http://www.giurcost.org/studi/desiervo2.htm>

como el Estado y las regiones a través del acceso en “vía principal”, no existiendo la posibilidad de un acceso directo del individuo a través del modelo del “recurso de amparo”. Además, dicha normativa contempla una serie de garantías de independencia e inamovilidad para los jueces.

Posteriormente, se aprobaron la Ley Constitucional N.º 1/1953 y la Ley Ordinaria N.º 87/1953 que completaron el cuadro normativo del nuevo órgano constitucional<sup>17</sup>. La lenta actuación para que entrara en funciones la Corte se debió además al retraso en el nombramiento de los cinco jueces que le correspondían al Parlamento, lo cual es un problema que se presenta en la actualidad.

La Corte Constitucional entró en funciones en 1956 y promulgó las normas reglamentarias que disciplinan sus procedimientos denominadas *norma integrative*<sup>18</sup>. Asimismo, el 23 de abril de 1956, se llevó a cabo la primera audiencia pública en donde se analizó la constitucionalidad de una Ley de Seguridad Pública emitida en 1931. En este sentido, en su primer caso, tuvo que decidir sobre una cuestión trascendental, si era competente para controlar la constitucionalidad de “leyes preconstitucionales”; es decir, de las leyes emitidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1947.

En la histórica sentencia 1/1956, la Corte afirmó: “*che tutte le leggi, anteriori o posteriori alla Costituzione, potevano essere controllate e dovevano essere annullate se contrastanti con la Costituzione*”. En el caso en concreto, declaró la inconstitucionalidad de las normas de Ley de Seguridad Pública que fueron impugnadas por ser contrarias al parámetro constitucional reafirmando con ello la fuerza normativa de

la Constitución desde su primera resolución. Esa histórica sentencia “*ha aperto la strada ad innumerevoli sentenze successive, le quali hanno “bonificato” l’ordinamento da molte norme delle vecchie leggi non in armonia con la nuova Costituzione, nei campi in cui l’intervento innovatore del Parlamento nel tempo è mancato, ha tardato o è stato inadeguato*”<sup>19</sup>.

Posteriormente, en la jurisprudencia, se fueron delineando y delimitando las funciones de un órgano nuevo dentro de la arquitectura constitucional. En este sentido, en la sentencia n.º 13/1960 indicó:

*È pertanto da respingere l’opinione che la Corte possa essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e tanto profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell’ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali.*

Asimismo, en la sentencia n.º 15/1969 determinó:

*Così riguardata, nel complesso delle sue attribuzioni, la Corte si configura come altissimo organo di garanzia dell’ordinamento repubblicano, ad essa spettando in via esclusiva e con effetti definitivi far concretamente valere l’imperio della Costituzione nei confronti di tutti gli operatori costituzionali. Ed è chiaro che compiti siffatti postulano che l’organo cui sono affidati sia collocato in posizione di piena ed assoluta indipendenza rispetto ad ogni altro, in modo che ne risultino assicurate sotto ogni aspetto - anche nelle*

17 CORTE COSTITUZIONALE. (2016). Cosa è la Corte Costituzionale. 5ta. edición, p. 25.

18 El Reglamento General de la Corte Constitucional vigente puede ser consultado en: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/CC\\_Fonti\\_REGGENluglio\\_2009\\_05032011.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/CC_Fonti_REGGENluglio_2009_05032011.pdf)

19 CORTE COSTITUZIONALE. Cosa è la Corte Costituzionale, p. 18.

*forme esteriori - la più rigorosa imparzialità e l'effettiva parità rispetto agli altri organi immediatamente partecipi della sovranità. Postulano, in altri termini, un adeguato sistema di guarentigie, attinenti sia al collegio nel suo insieme, sia ai singoli suoi componenti, tra queste ultime rientrando le particolari incompatibilità sancite nei loro confronti durante la carica, che sono indubbiamente ordinate al medesimo principio.*

La Corte Constitucional tiene su sede en *Palazzo della Consulta*, el cual es un palacio del siglo XVII que se ubica en la *Piazza del Quirinale* en Roma, una acertada elección. Esta de la sede, no solo por la belleza arquitectónica del edificio, sino también porque su colocación expresa muy bien, simbólicamente, la posición de la Corte Constitucional: sobre el cole “más alto” de Roma, enfrente con el *Palazzo del Quirinale*, sede del presidente de la República, máxima institución representativa y, a su vez, titular prevalentemente –como la Corte– de tareas de garantías, y relativamente lejos de los edificios de la Roma política (*Montecitorio* y *Palazzo Madama*, sede de la dos cámaras; *Palazzo Chigi*, sede de la Presidencia del Consejo de Ministros, es decir, la *vértice del Gobierno*; los *varios ministerios*) y de la *Roma giudiziaria* (por ejemplo, el *Palazzaccio*, sede de la Corte de Casación”, es decir, del vértice de la Magistratura)<sup>20</sup>.

### 3. Estructura y organización

La Corte está compuesta por 15 jueces de conformidad con el artículo 135 de la Constitución, el cual dispone:

*la Corte Constitucional estará compuesta de quince jueces nombrados en un tercio*

*por el Presidente de la República, en otro tercio por el Parlamento en sesión conjunta y en el tercio restante por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas. Los magistrados del Tribunal constitucional serán escogidos entre los magistrados, incluso los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinarias y administrativas, los profesores catedráticos de universidad en disciplinas jurídicas y los abogados con más de veinte años de ejercicio profesional. Los magistrados del Tribunal constitucional serán nombrados por nueve años, que empezarán a correr para cada uno de ellos desde el día del juramento, y no podrán ser nuevamente designados. A la expiración de su mandato, el magistrado constitucional cesará en su cargo y en el ejercicio de sus funciones.*

El sistema de nombramientos es fruto de un delicado equilibrio, el cual busca armonizar sus diferentes exigencias: asegurar que los jueces sean imparciales e independientes; garantizar el necesario nivel de competencia técnico-jurídica y llevar a la Corte varias competencias y experiencias de diferentes culturas y sensibilidades<sup>21</sup>.

La elección de los magistrados llevada a cabo por el presidente de la República es discrecional; es decir, no se realiza ningún concurso o convocatoria. Por su parte, el nombramiento de los jueces que debe llevar a cabo el Parlamento debe realizarse en sesión común de las dos cámaras: “Camera de Diputados y Senado” con mayoría calificada (la votación es secreta y requiere una mayoría calificada de los miembros presentes en los primeros tres escrutinios y de las tres quintas partes de los componentes en los siguientes). La elección del tercio restante corresponde a la Magistratura -Poder Judicial- entre jueces de

20 CORTE COSTITUZIONALE. Cosa è la Corte Costituzionale, p. 16.

21 CORTE COSTITUZIONALE. Cosa è la Corte Costituzionale, p. 18.

algunas de las *supreme magistrature* (tres de la Corte de Casación, uno del Consejo de Estado y uno de la Corte de Cuentas)<sup>22</sup>.

Los jueces y las juezas que provienen de las magistraturas son portadores de una calificada experiencia judicial y se apartan de las elecciones de los órganos políticos. Los jueces nombrados por el Parlamento (seleccionados principalmente entre profesores, abogados, pero también entre jueces) tienen más probabilidades de ser portadores de experiencias y de sensibilidad presentes en las asambleas representativas (a menudo tienen a sus espaldas una actividad parlamentaria).

Pero el elevado número de votos requeridos para la elección significa que no es solo una única mayoría quien los elige: normalmente se realizan acuerdos entre las fuerzas políticas presentes en el Parlamento, por lo cual, los jueces elegidos pueden ser propuestos por diversas fuerzas parlamentarias, de mayoría o de oposición, pero son aceptados y votados por ambos. No es raro que el logro de acuerdos y consensos necesarios conlleve mucho tiempo y varias votaciones y, por esto, cuando los nuevos jueces deben ser elegidos por el Parlamento, sucede que la elección sufre retardos<sup>23</sup>, mientras que los nombramientos que realizan la Magistratura y el presidente de la República se efectúan de forma más célere.

En efecto, los jueces constitucionales elegidos por el Parlamento no son representantes, ni mandatarios de las fuerzas que los han elegido, sino que, al igual que los demás integrantes de la Corte, son independientes de los partidos

que eventualmente los eligieron y del mismo Parlamento que los eligió. Los cinco jueces designados por el presidente de la República -jefe de Estado- normalmente son elegidos en función de la integración y el equilibrio respecto a las decisiones efectuadas por el Parlamento, en modo tal que la Corte Constitucional sea un fiel reflejo del pluralismo político, jurídico y cultural del país.

La pluralidad de la proveniencia y de las fuentes de designación favorece la presencia de diferentes experiencias y competencias (por ejemplo, personas expertas en los diferentes campos del derecho, penal, civil, administrativo, etc.), así como diversas sensibilidades y orientaciones. Lo que más cuenta, sobre todo, es que, en el *collegio*, las personas juzgadoras son todos iguales y dan sus aportes a título individual.

En la Corte, no existen grupos o “partidos”: cada uno llega con su bagaje de experiencias o de ideas y lo incorpora en el trabajo colegiado, olvidando, en cierto modo, su propia proveniencia y la propia fuente de designación (por ello, es inadecuado asignar a los jueces a los diferentes grupos políticos o partidarios, como se hace, por ejemplo, con los y las miembros del Parlamento)<sup>24</sup>. En este sentido, cada persona juzgadora debe expresarse y debe hacerlo en cuanto jueza o juez del Tribunal Constitucional, no como jueza o juez designado o nombrado por este o por aquel.

Las opiniones que se manifiestan en la sala de deliberaciones nunca son las opiniones del Parlamento, del presidente de la República, de las magistraturas superiores, a través de los jueces

22 CORTE COSTITUZIONALE. Cosa è la Corte Costituzionale, p. 29.

23 Sobre el retraso del Parlamento en la elección de los jueces constitucionales, se puede consultar el minucioso estudio de ADAMO Ugo. (2015). In attesa della Riforma costituzionale. Quando l'incapacità decisionale del Parlamento riunito in seduta comune compromette la completezza del plenum e la stessa capacità decisionale della Corte costituzionale. En Osservatorio della Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n.º 3.

24 CORTE COSTITUZIONALE. Cosa è la Corte Costituzionale, pp. 28 - 29.

designados o nombrados por ellos. El tribunal no es en teoría ni en la práctica de su funcionamiento un órgano mixto o de composición mixta, como erróneamente se piensa en ocasiones. La procedencia es diversa, pero único e idéntico el punto de llegada. En este punto de llegada, todo el pasado, todo el *cursus honorum* precedente cede ante la absoluta singularidad de la función (la garantía de la Constitución) que no puede tener precedentes profesionales<sup>25</sup>.

Los requisitos para poder ser nombrado juez constitucional son ser magistrado, incluidos los jubilados, perteneciente a las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa, los catedráticos de universidad en disciplinas jurídicas y los abogados con veinte años de ejercicio. Al respecto, si bien no existe un límite mínimo o máximo de edad para el nombramiento, los requisitos establecidos conllevan que se nombren personas con cierta madurez académica y profesional. Este es un buen ejemplo del que se derivan reflexiones muy positivas a fin de garantizar el principio constitucional de idoneidad.

El período de nombramiento es de 9 años, el cual empezará a contabilizarse desde el día del juramento, sin posibilidad de reelección<sup>26</sup>. La duración del período es superior a la de cualquier otro mandato previsto en la Constitución (los integrantes de las dos Cámaras –Senado y Cámara de Diputados– son elegidos por 5 años, el Gobierno dura al máximo una legislatura, es decir, 5 años, el presidente es elegido por 7 años), con lo cual se tiende a asegurar la independencia de los jueces, incluso de los órganos políticos que lo designaron<sup>27</sup>.

### 3.1. El presidente de la Corte

La Corte en forma autónoma elige entre sus integrantes al presidente por un plazo de tres años con posibilidad de reelección, lo cual exalta una de sus características principales “la colegiabilidad”. En virtud de que el periodo del mandato es de nueve años existía la costumbre de que el presidente es elegido entre el colega de más antigüedad en el cargo (no de edad); aunque no siempre es así, con lo cual su período vence antes de cumplir los tres años. Es por ello que la duración de la presidencia es, por lo general, breve.

El presidente es electo por los jueces con voto secreto y con mayoría absoluta (al menos 8 votos, si la Corte se encuentra completa), y con eventual balotaje entre los dos candidatos más votados después de la segunda votación. Para evitar que se conozca el voto emitido por cada juez, las tarjetas que se utilizaron en la elección vienen inmediatamente destruidas después de emitido el voto. Además, desde hace tiempo, se emite un comunicado de prensa donde se informa quién fue el juez que fue nombrado presidente y el número de votos obtenidos.

En su actividad, no tiene una autoridad diferente a la de los otros jueces, salvo en caso de empate de votos, pues su voto vale doble; es un *primus inter pares*, sus poderes consisten esencialmente en la repartición entre los jueces de la tarea de relator en los procesos, en la fijación del calendario de trabajo, en la convocación y en la dirección de los trabajos del colegio<sup>28</sup>. Además, representa a la Corte en las actividades oficiales tanto a nivel nacional como internacional. La

25 ZAGREBELSKY Gustavo. (2005), *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Turin: Ed. Einaudi, p. 50.

26 El período del nombramiento originariamente fue de 12 años, sin embargo, fue reducido a 9 años con la reforma constitucional de 1967.

27 CORTE COSTITUZIONALE. Cosa è la Corte Costituzionale, p. 20.

28 CORTE COSTITUZIONALE. Cosa è la Corte Costituzionale, p. 32.

Corte además tiene dos vicepresidentes electos por sus integrantes, los cuales tienen la función de sustituir al presidente en su ausencia.

### 3.2. El estatuto del juez constitucional

La noción de estatuto trata del conjunto de situaciones jurídicas vinculadas a la función de un juez constitucional, a partir del momento de la nominación o elección, de la consecuente incorporación al ejercicio de sus responsabilidades, y hasta el momento de la culminación del encargo y del ejercicio de sus funciones<sup>29</sup>.

En este sentido, para el constitucionalista *ROMBOLI*, los elementos que integran el estatuto constitucional son: a). Número de jueces que integran el pleno, órganos de designación, requisitos de elegibilidad y procedimiento de designación; b). El juramento, la duración del encargo y la reelección; c) Las incompatibilidades; d) La inamovilidad; e) La retribución económica; f) La libertad de opinión y de voto; g) Los motivos del cese y el fuero; h) El régimen de responsabilidades<sup>30</sup>.

En particular, los jueces de la *giurisdizione* constitucional en el ejercicio de sus funciones tienen amplias garantías de independencia, motivo por el cual no pueden ser juzgados por las opiniones ni las resoluciones emitidas en el ejercicio de sus funciones hasta que permanezcan en el cargo.

Asimismo, el artículo 136, párrafo 6 de la Constitución, determina el régimen de incompatibilidades. “El cargo de magistrado de la Corte será incompatible con el de miembro del Parlamento, de un Consejo Regional, con

el ejercicio de la profesión de abogado y con cualquier cargo y puesto determinados por la ley”.

En el caso de aquellos que son magistrados o catedráticos universitarios, deben suspender sus funciones durante el período en que se desempeñen como jueces y podrán regresar una vez finalizado el período. Es importante señalar que la Corte decide todas las cuestiones relativas a las incompatibilidades.

En cuanto a la remuneración, los jueces tienen una igual a la que percibe el magistrado de la jurisdicción ordinaria investido con la mayor jerarquía. Al presidente se le atribuye una compensación por representación, igual a un quinto de su retribución<sup>31</sup>.

En el modelo italiano, es interesante como una forma de asegurar la estabilidad profesional y la independencia que en aquellos casos de magistrados o catedráticos universitarios al finalizar su período como jueces constitucionales regresan a sus puestos salvo que cumplan con los requisitos para pensionarse o que ya se encuentren pensionados.

### 3.3. La tramitación de una causa

En la tramitación de un proceso constitucional, el presidente de la Corte designa a un juez relator y selecciona las causas que se discutirán en cada reunión o sesión. Al respecto, el artículo 7.1. de las “Normas integrativas para los procesos ante la Corte Constitucional” determina “*Decorso il termine indicato nell’art. 3, il Presidente nomina uno o più giudici per l’istruzione e per la relazione, cui il cancelliere trasmette immediatamente il*

29 ROMBOLI Roberto. (2018). Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial. Lima: Ed. Palestra Editores, p. 202.

30 ROMBOLI Roberto. Justicia constitucional, Derechos fundamentales y tutela judicial, pp. 208 – 222.

31 ROMBOLI Roberto. Justicia constitucional, Derechos fundamentales y tutela judicial, p. 215.

*fascicolo della causa, con annotazione delle date di deposito”.*

Lo anterior es de gran importancia, pues el relator debe profundizar en todos los aspectos de la causa, proponiendo al colegio los términos de la cuestión y las posibles soluciones, pero no es en efecto decisivo con relación a cómo será decidida la causa, pues la opinión del relator no siempre llega a ser la de la Corte entera. Ello es consecuencia de la plena colegiabilidad que caracteriza su labor<sup>32</sup>.

Además, se puede llevar a cabo una audiencia pública, abierta al público en la cual después de que el juez relator ha resumido el caso, los abogados de las partes presentan sus argumentos ante el pleno de la Corte<sup>33</sup>. Posteriormente, la Corte se reúne en *camera di consiglio*, es decir, en una audiencia privada para deliberar la causa y emitir la sentencia. Asimismo, la causa puede ser tratada directamente por la *camera di consiglio* –pleno de la Corte– sin realizar la audiencia pública y solo con base en los escritos aportados por las partes.

Se recurre a este procedimiento simplificado cuando no existen partes constituidas ante la Corte (puede existir solo la memoria del abogado del Estado o del abogado del presidente regional); o bien, también cuando existen partes, y si el presidente de la Corte considera probable que la cuestión pueda ser, sin lugar a duda, rechazadas porque es evidentemente infundada o inadmisibles (por ejemplo, con base en las decisiones precedentes en la materia): la decisión final siempre espera a la Corte<sup>34</sup>.

El *quorum* mínimo para poder sesionar es de 11 jueces, tanto en las audiencias públicas como en las deliberaciones comúnmente denominada *camera di consiglio*. Entre los principios característicos del modelo italiano de justicia constitucional, se encuentra la “colegiabilidad”. Este principio encuentra una precisa especificación en la legislación ordinaria, en particular, en el artículo 16 de la Ley N.º 87/1953, la cual se articula en una serie de previsiones: la obligación de los miembros de la Corte que no tengan un impedimento legítimo de intervenir en las audiencias; un *quorum* de funcionamiento suficientemente elevado; y la regla por la cual las decisiones son tomadas en la *camera di consiglio* únicamente por los jueces presentes en todas las audiencias que se llevaron a cabo durante el proceso y vienen tomadas con la mayoría absoluta de los presentes<sup>35</sup>.

Además, la autonomía de la Corte en la elección del propio presidente exalta esa característica, así como la imposibilidad de los jueces de emitir votos particulares o notas separadas.

Las decisiones son tomadas de forma privada en la sala de deliberación denominada *camera di consiglio* únicamente por los jueces presentes en todas las audiencias que se llevaron a cabo durante el proceso y vienen tomadas con la mayoría absoluta de los presentes. Al respecto, el artículo 18 de las *Normas integrativas para los procesos ante la Corte Constitucional* determina:

*1. Le ordinanze e le sentenze sono deliberate in camera di consiglio con voti espressi in forma palese. Alla deliberazione devono partecipare i giudici che siano stati presenti*

32 CORTE COSTITUZIONALE. Cosa è la Corte Costituzionale, p. 49.

33 Artículo 8 de las Normas integrativas para los procesos ante la Corte Constitucional. El texto integral puede ser consultado en <https://www.cortecostituzionale.it/documenti>

34 CORTE COSTITUZIONALE. Cosa è la Corte Costituzionale, p. 48.

35 MALFATTI Elena, PANIZZA Saule, ROMBOLI Roberto. Giustizia costituzionale, op. cit., p. 66.

*a tutte le udienze fino alla chiusura della discussione della causa. 2. Il Presidente, dopo la relazione, dirige la discussione e pone in votazione le questioni. 3. Il relatore vota per primo; votano poi gli altri giudici, cominciando dal meno anziano per nomina; per ultimo vota il Presidente. In caso di parità di voti, il voto del Presidente prevale. 4. Dopo la votazione, la redazione delle sentenze e delle ordinanze è affidata al relatore, salvo che, per indisponibilità o per altro motivo, sia affidata dal Presidente ad altro o a più giudici.*

En este sentido, la Corte nunca se divide en secciones o colegios menores de jueces como sucede en otras experiencias. Para el presidente emérito de la Corte, *GUSTAVO ZAGREBELSKY*, la sala de deliberaciones es el centro del Tribunal Constitucional, es donde se hace realidad la idea que tiene de sí mismo a través de la actividad de sus jueces. Es un lugar de encendidas discusiones, incluso de enfrentamientos. Pero no deben dejar huella, no deben influir en la futura actividad. Cada resolución está fuertemente condicionada por los precedentes: en este sentido, el pasado condiciona el futuro. Pero se trata del peso objetivo de la jurisprudencia, no de sentimientos o resentimientos personales, alimentados en los debates<sup>36</sup>. El Tribunal Constitucional es lo que se desarrolla en este círculo cerrado, en este crisol de personalidades, ideas cultura y relaciones interpersonales<sup>37</sup>.

El juez relator del proceso expone el proyecto de resolución y, a partir de ese momento, inicia su discusión, la cual no se basa:

*su un progetto di decisione già scritto dal relatore (come accade in altre Corti), e non è quindi orientata da un'ipotesi già formulata. Si inizia con l'esposizione del relatore, che richiama gli eventuali problemi di ammissibilità della questione, e si continua con la discussione, prima sull'ammissibilità stessa e poi sul merito. La relazione si può concludere, secondo la scelta del relatore, con una proposta precisa, o con l'indicazione delle alternative di soluzioni possibili<sup>38</sup>.*

Posteriormente, la propuesta se somete a análisis del pleno. Existe una regla no escrita, según la cual, en la discusión sobre un caso relevante, el presidente interpela a cada juez según el orden de antigüedad en el cargo. En los otros casos, quien lo estima oportuno pide la palabra al concluir la intervención del juez ponente, pero cualquiera puede solicitarle al presidente una ronda de intervenciones. Todos expresan así su opinión<sup>39</sup>. El examen de una causa puede durar pocos minutos, cuando el juez relator expone una propuesta de solución que no encuentra objeciones y, por lo tanto, la Corte toma de inmediato una decisión, o días completos, dependiendo de la complejidad y la naturaleza más o menos controversial de los temas tratados<sup>40</sup>.

La resolución o sentencia de la Corte es tomada por mayoría de sus integrantes y, en caso de empate, el voto del presidente vale doble, además no existe el voto particular *dissenting opinion*. Esto ha generado un gran debate no solo por la doctrina sino en lo interno de la propia *Corte*

36 ZAGREBELSKY Gustavo. Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica, pp. 15 y 17.

37 ZAGREBELSKY Gustavo. Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica, p. 17.

38 CORTE COSTITUZIONALE. Cosa è la Corte Costituzionale, p. 44.

39 ZAGREBELSKY Gustavo. Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica, p. 49.

40 CORTE COSTITUZIONALE. Cosa è la Corte Costituzionale, p. 43.

*Costituzionale* quien ha organizado diferentes seminarios<sup>41</sup>.

En la práctica, han existido casos en donde el juez relator no es el mismo que el juez que redacta la sentencia, lo cual demuestra la existencia de fricciones<sup>42</sup>. En la sentencia 393 del 2006, se precisa por primera vez en la resolución que el juez relator fue “sustituido en la redacción de la sentencia por el juez...”, dando lugar a que ello haya podido leerse como la posible introducción del *dissent* vía pretoriana<sup>43</sup>. Al respecto, para el constitucionalista PANIZZA “Tale nuova prassi, dando conto dell’avvenuta dissociazione nel corpo stesso della pronuncia, ha prodotto una maggior trasparenza del processo decisionale e ha contribuito a rendere evidenti con immediatezza e anche a dare maggiore sottolineatura ai casi di discrepanza”<sup>44</sup>.

Por otra parte, la aprobación del proyecto resolución se da con su lectura y análisis en la *camera di consiglio* pudiendo ser que el borrador preparado sea irreconocible con el texto finalmente aprobado. Las aportaciones personales se disuelven así en un producto cuyo

autor es la Corte<sup>45</sup>. La sentencia es firmada por el juez redactor y por el presidente de la Corte y publicada en la *Gazzetta Ufficiale*<sup>46</sup>.

#### 4. Competencias

La Corte Constitucional es el principal órgano de garantía constitucional. Al respecto, el artículo 134 de la Constitución italiana determina:

*La Corte Constitucional juzgará: sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones; sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las Regiones y los de las Regiones entre sí; sobre las acusaciones promovidas contra el Presidente de la Republica, conforme a las normas de la Constitución.*

En este sentido, la jurisdicción constitucional tiene como competencias el control de constitucionalidad de una ley o de un acto con fuerza de ley, así como resolver los conflictos de competencia entre el Estado y las regiones

41 En la doctrina constitucional italiana, encontramos una vasta cantidad de estudios sobre esa temática: ANZON Adele (coord.). *L’opinione dissenziente: Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 nome 1993*. Ed. Giuffrè, Milano, 1995. PANIZZA Saulle. *L’introduzione dell’opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*. Ed. Giappichelli, Tur, 2008. ID. *L’eventuale introduzione dell’opinione dissenziente nel sistema italiano di giustizia costituzionale e le possibili conseguenze sui giudici e sul Presidente della Corte costituzionale pp. 303 – 323*. En COSTANZO Pasquale (coord.). *L’organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale: atti del Convegno*. Imperia, 12 – 13 maggio 1995. Turin: Ed. Giappichelli, 2008.

42 Al respecto “La prassi quasi costante è che il relatore, pur dissenziente, scriva la sentenza, ovviamente esponendo motivazioni idonee a giustificare il dispositivo. Qualche, rara, volta avviene che il relatore dissenziente, per ragioni di “coscienza costituzionale”, preferisca non estendere la sentenza: in questo caso il Presidente affida l’incarico di scriverla ad un altro giudice, scelto fra coloro che hanno condiviso la decisione, salvo che non intenda scriverla egli stesso”. En Cosa è la Corte Costituzionale, p. 46.

43 ROMBOLI Roberto. *Justicia constitucional. Derechos fundamentales y tutela judicial*, p. 219.

44 PANIZZA Saulle. *I casi di dissociazione tra giudice relatore e giudice redattore come fattore di emersione del dissenso nelle pronunce della Corte costituzionale. Un primo bilancio di quindici anni di esperienza*, p. 209. En CAROZZA Paolo, MESSERINI Virginia, ROMBOLI Roberto, ROSSI Emmanuel, SPERTI Angioletta, TARCHI Rolando (coordinadores). (17 ottobre 2014). *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro. Ricordando Alessandro Pizzorusso*. Pisa:, Ed. Pisa University Press, Italia.

45 ZAGREBELSKY Gustavo. *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, op. cit., p. 44.

46 Artículo 18 de las Normas integrativas para los procesos ante la Corte Constitucional.

o entre estas, lo cual es caracterizado por la doctrina como su “función arbitral”, resolver las acusaciones promovidas contra el presidente de la República<sup>47</sup> y resolver la admisibilidad de los referéndums abrogativos<sup>48</sup>.

#### 4.1. El control de constitucionalidad de las leyes y actos con fuerza de ley

El sistema de control de constitucionalidad de las leyes actualmente vigente es concentrado y, *a posteriori*, se realiza sobre las leyes estatales o regionales, así como los actos con fuerza de ley. La jurisprudencia constitucional ha incorporado además el poder de controlar las leyes de revisión constitucional y otras leyes constitucionales y, por ende, declarar su inconstitucionalidad cuando sean contrarias a los principios supremos de ordenamiento constitucional y a los derechos inviolables de la persona humana, los cuales son límites que debe respetar el legislador<sup>49</sup>. Al respecto, el artículo 137 de la Constitución determina:

*Cuando la Corte declare la inconstitucionalidad de una disposición legislativa o de un acto con fuerza de ley, la norma dejará de surtir efecto desde el día siguiente a la publicación de la sentencia. La resolución del Tribunal se publicará y notificará a las Cámaras y a los Consejos Regionales interesados a fin de que, si lo consideran necesario, provean con arreglo a las formalidades previstas por la Constitución.*

#### 4.2. Otras funciones

La Corte Constitucional tiene además como funciones: a) resolver los conflictos de competencia entre el Estado y las regiones o entre estas *conflitti intersoggettivi*<sup>50</sup>, así aquellos conflictos que surjan entre los poderes del Estado *conflitti interorganici*. La doctrina constitucional caracteriza lo anterior como su “función arbitral”; b) resolver las acusaciones promovidas contra el presidente de la República<sup>51</sup> y c) resolver la admisibilidad de los referéndums abrogativos.

47 Artículo 90, párr. 2 de la Constitución y Ley Constitucional N.º 1/1953.

48 Ley Constitucional N.º 1/1953 y Ley N.º 352/1970.

49 Al respecto, en la sentencia 1146-1988, se estableció que las reformas constitucionales tenían límites al indicar: “La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell’ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare “copertura costituzionale” fornita dall’art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all’accertamento della loro conformità ai “principi supremi dell’ordinamento costituzionale” (v. sentt. nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte “in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana” (v. sentt. nn. 183 del 1973, 170 del 1984). Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all’assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore”.

50 En los conflictos interorgánicos “el recurso è soggetto al termine perentorio di sessanta giorni, che decorre dalla notificazione o dalla pubblicazione dell’atto, ovvero dalla sua avvenuta conoscenza (l. n. 87/1953)”.

51 Artículo 90, párr. 2 de la Constitución y Ley Constitucional N.º 1/1953.

## 5. Las modalidades de acceso en el control de constitucionalidad de las normas

En el presente *apéndice*, se analizarán las modalidades de acceso a la jurisdicción de la Corte Constitucional en la cual no existe, como se indicó anteriormente, un acceso directo del individuo a través del recurso de amparo. En este sentido, se analizarán los dos tipos de acceso que existen actualmente: a) el control en vía principal y b) el control en vía incidental.

### 5.1. El acceso en vía “principal”

El procedimiento en “vía principal” o en “vía directa” permite a una serie de sujetos titulares de la potestad legislativa acceder de forma directa ante la Corte Constitucional con la finalidad de que se respeten las competencias legislativas. Al respecto, el artículo 127 de la Constitución determina:

*Cuando el Gobierno estime que una ley regional excede de la competencia de la Región, podrá plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a su publicación. Cuando una Región estime que una ley o un acto con fuerza de ley del Estado o de otra región lesiona su ámbito de competencia, podrá entablar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de la ley o del acto con fuerza de ley.*

En este sentido, el recurso tiene que ser presentado dentro de los sesenta días de la publicación de la normativa estatal o regional. La brevedad y el carácter perentorio del término se explican con la exigencia de certeza en la relación entre el legislador nacional y los legisladores regionales (y provinciales)<sup>52</sup>. Las competencias del Estado y de las Regiones se encuentran reguladas en el artículo 117 constitucional que se ubica en el título V, el cual regula las competencias exclusivas y aquellas compartidas o concurrentes.

El procedimiento se considera instaurado en vía principal, porque la cuestión es planteada con un procedimiento *ad hoc*, autónomo; y abstracto, porque las leyes impugnadas vienen a ser analizadas en relación con lo que prescriben, independientemente de su aplicación concreta; así como específico, pues no opera contra la inconstitucionalidad general de la ley en general, sino contra su incompetencia; y finalmente, disponible, porque los entes involucrados “pueden”, no “deben” hacer uso de su poder de recurso a la Corte Constitucional<sup>53</sup>.

### 5.2. El acceso en vía incidental

En el procedimiento en “vía incidental” o “indirecta” se le reconoce a la autoridad jurisdiccional la legitimación para activar de oficio a o instancia de parte la jurisdicción de la Corte Constitucional<sup>54</sup>. Este nace de la iniciativa de un juez «ordinario o administrativo», quien, en la tramitación de un proceso judicial, tiene que aplicar una norma indispensable para resolver el caso, sobre la cual tiene serias dudas sobre su constitucionalidad, convicción que puede llegar a

52 ZAGREBELSKY Gustavo. Lineamenti di diritto costituzionale, op. cit., p. 432.

53 ZAGREBELSKY Gustavo. Lineamenti di diritto costituzionale, op. cit., p. 432.

54 El artículo 1 de la Ley Constitucional N.º 1 de 1948 y el artículo 23 de la Ley N.º de 87 de 1953 denominada “Normas sobre la Constitución y sobre el funcionamiento de la Corte Constitucional”. Sobre el proceso en vía incidental que lleva a cabo la Corte Constitucional se puede consultar MALFATTI Elena, PANIZZA Saulle, ROMBOLI Roberto. (2013). Giustizia costituzionale. 4a ed., Turin, Giappichelli.

tener también una de las partes<sup>55</sup>. El juez remitente *a quo* suspende el proceso, creando un incidente dentro de este (de aquí el nombre de procedimiento en vía incidental), y somete la cuestión de legitimidad constitucional de esa disposición legislativa ante la Corte Constitucional<sup>56</sup>, a través de una resolución “ordenanza” motivada de reenvío, la cual se encuentra sujeta a un régimen amplio de publicidad, pues no solo se notifica a todas las partes del proceso, sino también se publica en la *Gazzetta Ufficiale* y además se suspende la tramitación del proceso judicial hasta que la Corte se pronuncie.

En el procedimiento en vía incidental, el juez común u ordinario tiene una doble e importante competencia: no presentar una cuestión de constitucionalidad en el caso de que la estime “manifiestamente infundada” o “irrelevante”<sup>57</sup> y controlar en vía exclusiva, la constitucionalidad de los actos normativos desprovistos de fuerza de ley. Al respecto, la *rilevanza* hace referencia de que el juez debe convencerse y motivar en consecuencia que, en la decisión del proceso, es necesaria la aplicación de la disposición

legislativa impugnada, por lo que la decisión de la cuestión de legitimidad constitucional de la cual es objeto deviene en prejudicial respecto de la decisión final del proceso en curso. La norma que el juez *a quo* considera que tiene vicios de inconstitucionalidad es relevante en la solución del caso en concreto.

Por su parte, *la non manifesta infondatezza* se refiere a que los motivos que llevaron al juez a plantear la cuestión incidental sean verdaderas dudas acerca de la conformidad de la norma con la Constitución. En este sentido, el juez *a quo* está llamado a hacer uso de todos los instrumentos interpretativos que dispone para tentar de armonizar la Constitución con la normativa en cuestión con anterioridad a remitir la cuestión ante la Corte Constitucional. Esto significa que, en presencia de una pluralidad de soluciones posibles, el juez debe preferir aquella que sea más coherente con la Constitución a través de una interpretación conforme a la Constitución<sup>58</sup>. Esta técnica presupone la posibilidad y el deber, cuando sea admisible, de atribuir a la ley un

---

55 El rechazo por parte de la juez a quo de la solicitud de una de las partes para que se remita la cuestión incidental ante la Corte Constitucional por considerar que no existen dudas sobre la constitucionalidad de una norma que debe de aplicar en la resolución del caso debe realizarse de forma motivada de conformidad con el artículo 24 de la Ley N.º 87/53.

56 CARETTI Paolo y DE SIERVO Ugo. (2007). *Istituzioni di Diritti Pubblico*. 8 edición, Turín: Ed. Giappicchelli, op. cit., p. 393.

57 CARETTI Paolo y DE SIERVO Ugo. *Istituzioni di Diritti Pubblico*, p. 393.

58 ZAGREBELSKY Gustavo. *Lineamenti di diritto costituzionale*, op. cit. p. 431.

significado tal que excluya la necesidad de una declaración de inconstitucionalidad<sup>59</sup>.

En tal sentido, en la sentencia n.º 823 de 1998, la Corte precisó: *“tra due interpretazioni, l’una conforme e l’altra contrastante con la Costituzione, va certamente preferita la prima”*<sup>60</sup>. Además, en la sentencia n.º 356 de 1996 determinó: *“le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”*<sup>61</sup>.

Lo anterior conlleva un cambio de paradigma en la función que venía desarrollando la jurisdicción ordinaria, en virtud de la cual, no solo es necesario que tenga serias dudas sobre la constitucionalidad de la norma, sino también que, a través de los poderes interpretativos que le reconoce el ordenamiento, el juez debe tratar de llevar a cabo una interpretación conforme a través de la identificación de los principios constitucionales que pueden ser asociados a esta.

Posteriormente, en la sentencia n.º 355 de 2005, la Corte precisó el deber del juez de llevar a cabo una interpretación conforme a la Constitución *“imponere di fondarsi non già esclusivamente su una singola peraltro univoca espressione verbale, ma sulla trasparente ratio dell’intera disciplina per verificare se quella espressione sia tale da impedire una lettera sistematica, che sia rispettosa dei valori costituzionali”*<sup>62</sup>.

En este sentido, existe una jurisprudencia que puede considerarse consolidada en la cual, la Corte Constitucional requiere al juez (a partir de 1998, establemente) acreditar en los fundamentos del fallo que se cumplió con buscar y privilegiar aquellas posibles hipótesis interpretativas que permitían adecuar la disposición legal a los parámetros invocados como base de las dudas sobre su constitucionalidad<sup>63</sup>. En aquellos casos en donde el juez *a quo* no demuestra haber intentado o realizado adecuadamente una interpretación conforme a la Constitución, la Corte emite una resolución de *manifestata inammissibilità*. Ello conlleva a transformar lo que era una duda de constitucionalidad en

59 En la doctrina italiana, una de los grandes estudiosos sobre la interpretación conforme a constitución ha sido Romboli Roberto, profesor ordinario de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia. Entre sus múltiples estudios, se puede citar *Qualcosa di nuovo... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, p. 120. En AA.VV. (2008). *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant’anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*. Turín: Ed. Giappichelli. *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l’esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*. En <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/16.pdf>. El riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità (l’interpretazione «adeguatrice» e l’applicazione diretta), p. 646. En G. PITRUZZELLA – F. TERESI – G. VERDE (a cura di). (28-29 maggio 1998). *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Atti del seminario di Palermo, Turín Ed. Giappichelli, 2000. *Interpretazione conforme o disapplicazione della legge incostituzionale?* En *Revista Il Foro Italiano*. Ed. Giappichelli, 2006, n.º 12, pp. 3323. ID. *Giudici e legislatori nella tutela dei diritti fondamentali*. En [file:///C:/Users/hmirandab/Downloads/301-595-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/hmirandab/Downloads/301-595-1-SM%20(1).pdf). *La interpretación de la ley a la luz de la Constitución. La llamada «interpretación conforme» en las relaciones entre la Corte Costituzionale y los jueces ordinarios en Italia*, pp. 123-169. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad, Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.º 60, diciembre de 2017, Lima. *Giustizia Costituzionale. 4a ed.*, Giappichelli, Turín, 2013. *Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial*. Lima: Ed. Palestra Editores, 2018.

60 En sentido similar, encontramos las sentencias n.º 370 de 1988 y 495 de 1993.

61 Corte Constitucional. Sentencia n.º 356 del 14 de noviembre de 1996.

62 Corte Constitucional. Sentencia n.º 355 del 28 de septiembre de 2005.

63 ROMBOLI Roberto. *Qualcosa di nuovo... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, op. cit. p. 125.

casi una certeza del contraste entre la ley y los principios constitucionales<sup>64</sup>.

## **6. La doctrina del “derecho viviente” en la relación entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación: la superación de la fase caracterizada como la guerra entre cortes**

En 1965, se presentó un conflicto entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación Penal caracterizado por la doctrina como la *guerra tra le corti*<sup>65</sup>, en particular, por la negativa del juez ordinario *a quo* de seguir la interpretación propuesta en una sentencia interpretativa de “rechazo”, lo cual la llevó una vez investida nuevamente de la cuestión, a emitir una sentencia “estimativa manipulativa”<sup>66</sup>. Esta crisis entre jurisdicciones fue resuelta a través de la doctrina del *diritto vivente*<sup>67</sup>, la cual fue desarrollada a partir de la sentencia n.º 276 de 1974 en donde la Corte Constitucional la definió en los términos de un *sistema giurisprudenziale formatosi nel difetto di espresse disposizioni della vigente legge in relazione ad una specifica materia*. Con esta expresión, se indica la ley en su interpretación consolidada en la jurisprudencia, en su aplicación práctica en los casos concretos.

Existe derecho viviente cuando sobre una ley se ha formado un consistente criterio interpretativo prevalente. El límite a la posibilidad interpretativa de la Corte consiste en esto: cuando en la ley

impugnada existe una interpretación consolidada (la «norma viviente»), la Corte, por regla, renuncia a dar su propia interpretación y la asume en el significado atribuido por la jurisprudencia, cuando por el contrario en la ley impugnada no puede verificar una interpretación consolidada, la Corte sugiere una interpretación conforme, contribuyendo así con su pronunciamiento a la formación del *diritto vivente*.

En síntesis, en presencia de un derecho viviente, el tribunal no recurre a las sentencias (interpretativas) de rechazo; pero, para contrastar las interpretaciones inconstitucionales, adopta sentencias estimativas, las únicas que poseen la fuerza de oponerse a éstas<sup>68</sup>. Así de la guerra entre cortes, se pasó a una etapa de colaboración entre jurisdicciones con un actuar más conciliatorio por parte de la Corte Constitucional.

Por otra parte, más recientemente, en la sentencia n.º 350-1997, se afirmó:

*afferma che in presenza di un diritto vivente non condiviso dal giudice a quo perché ritenuto costituzionalmente illegittimo, questi ha la facoltà di optare tra l'adozione, sempre consentita, di una diversa interpretazione, oppure — adeguandosi al diritto vivente — la proposizione della questione davanti alla Corte costituzionale; mentre è in assenza di un contrario diritto vivente che il giudice ha il dovere di seguire l'interpretazione ritenuta più adeguata ai principi costituzionali.*

64 ROMBOLI Roberto (a cura di). (2008 – 2010). Aggiornamenti in tema di processo costituzionale. Turín: Ed. Giappichelli, 2011, p. 85.

65 CAMPANELLI Giuseppe. (2005). Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna. Turín: Ed. Giappichelli.

66 Corte Constitucional Italiana, sentencias n.º 11 de 1965 y 52 de 1965.

67 En la doctrina italiana, se pueden mencionar los estudios de ZAGREBELSKY Gustavo. (1986). La dottrina del diritto vivente. En Revista Giurisprudenza Costituzionale. Tomo 1, 1148 y MENGONI Luigi. Il diritto vivente come categoria ermeneutica, p. 1608 ss. En AA.VV. (2006). 1956-2006. Cinquant'anni di Corte Costituzionale. Ed. Corte Costituzionale, Roma.

68 ZAGREBELSKY Gustavo. Lineamenti di diritto costituzionale, op. cit., pp. 438 y 439.

## **7. Cuestiones actuales en la justicia constitucional italiana**

En el presente *apéndice*, se analizarán tres cuestiones actuales en el ámbito institucional y jurisprudencial de la Corte Constitucional italiana.

### **7.1. La apertura del juez constitucional en la utilización del reenvío prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea**

La cuestión o reenvío prejudicial es un instrumento de “diálogo institucional” entre el derecho nacional y el derecho eurounitario previsto en el artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (*ex* artículo 234 del Tratado C.E.E.). En este sentido, si el juez nacional tiene serias dudas sobre la interpretación y validez de la normativa comunitaria, puede plantear una consulta prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea –órgano jurisdiccional de la integración europea–, siendo una obligación para las jurisdicciones de última instancia y una simple facultad para los restantes jueces.

Este procedimiento le permite a un órgano jurisdiccional nacional consultar a la Corte de Justicia U.E. sobre la interpretación o validez del derecho europeo que debe aplicar en la resolución de un caso en concreto, motivo por el cual es considerado como instrumento de diálogo y colaboración<sup>69</sup>.

Esta temática presenta una ulterior particularidad cuando la cuestión es presentada por un órgano de justicia constitucional. En este sentido, solo recientemente algunas jurisdicciones constitucionales han planteado un reenvío prejudicial ante la jurisdicción comunitaria, pues por muchos años, no lo llevaron a cabo atendiendo a una noción restrictiva de autoridad jurisdiccional<sup>70</sup>.

En la sentencia n.º 102 y la orden n.º 103, ambas del 2008, por primera vez, la Corte Constitucional utilizó la cuestión prejudicial que, al efecto, dispone el artículo 267 T.U.E.<sup>71</sup>. Lo anterior se llevó a cabo en un proceso en “vía principal” en donde se impugnó la constitucionalidad de una norma regional. Estas decisiones marcaron el abandono por parte de los jueces constitucionales de una tesis restrictiva en relación con la posibilidad de considerarse órgano legitimado para solicitar directamente la intervención prejudicial a la Corte de Justicia que, hasta ese momento, había representado el principal obstáculo para instaurar un diálogo directo con el supremo juez comunitario<sup>72</sup>.

Al respecto, la Corte Constitucional determinó que sí podía ser considerada autoridad jurisdiccional en los términos del *ex* artículo 234 del Tratado C.E.E. (actualmente artículo 267 del Tratado de la Unión Europea) con fundamento en las siguientes consideraciones:

69 ROMBOLI Roberto. (2014). Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo, pp. 2 y 9. En *Rivista dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n.º 3.

70 En este sentido, se deben destacar en esa tendencia el auto n.º 86-2011 del Tribunal Constitucional español, la decisión en la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) del 4 de abril de 2013 del Conseil Constitutionnel y el auto del 14 de enero de 2014 del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

71 El texto integral de la sentencia n.º 102 y de la orden n.º 103 del 2008 pueden ser consultados en el sitio web de la Corte Constitucional Italiana: <http://www.cortecostituzionale.it>

72 GIOVANNETTI Tommaso. *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in Italia*, p. 4. En PASSAGLIA Paolo. (2014). *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*. Estudio realizado por la Corte Constitucional Italiana.

*In primo luogo, la nozione di «giurisdizione nazionale» rilevante ai fini dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale deve essere desunta dall'ordinamento comunitario e non dalla qualificazione "interna" dell'organo rimettente. Non v'è dubbio che la Corte costituzionale italiana possiede requisiti individuati a tal fine dalla giurisprudenza della Corte di giustizia CE per attribuire tale qualificazione. In secondo luogo, nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale, questa Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi in ordine al loro oggetto, in quanto – come già sopra osservato – manca un giudice a quo abilitato a definire la controversia, e cioè ad applicare o a disapplicare direttamente la norma interna non conforme al diritto comunitario. Pertanto, non ammettere in tali giudizi il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato CE comporterebbe un'inaccettabile lesione del generale interesse all'uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE.*

El reenvío prejudicial fue hecho en un proceso en vía principal donde se cuestionaba la legitimidad constitucional de los artículos 2, 3, y 4 de la Ley de la región de Cerdeña del 11 de mayo de 2006.

En ese tipo de procesos, la jurisdicción constitucional actúa como única instancia, motivo por el cual, esa apertura era más que previsible, pues en esa omisión no solo se podría verificar una lesión al principio general de la uniforme aplicación del derecho comunitario, sino también podría generar la responsabilidad del Estado. En particular, para algunos, la impresión que se tiene de la lectura de la sentencia n.º 102 y de la resolución 103 del 2008 es que la vía que se eligió fue la del “doble binario”. Esto quiere indicar que, en los procesos en vía principal, la tarea de efectuar el reenvío prejudicial a la Corte

de Justicia debe ser llevada a cabo por la Corte Constitucional, mientras que, en los procesos en vía incidental, los jueces ordinarios lo deben realizar. Sin embargo, esto último cambió, tal y como vamos a ver más adelante.

La cuestión prejudicial que formuló la Corte estaba relacionada con lo dispuesto en los artículos 2, 3, y 4 de la Ley de la región de Cerdeña del 11 de mayo de dos mil seis, los cuales disponían un impuesto de lujo para las aeronaves y las embarcaciones de recreo que fue declarada fundada por la Corte de Justicia en la sentencia del 17 de noviembre de 2009 (causa C-169/08) en el sentido de que el artículo 49 C.E. debía ser interpretado como que eso excluía un norma tributaria de una autoridad regional, como la de la región de Cerdeña que estableció un impuesto regional sobre el tránsito turístico de las aeronaves y las embarcaciones de recreo privado de personas, el cual gravaba únicamente sobre las personas físicas y jurídicas que tenían el domicilio fiscal fuera del territorio regional. (Lo marcado en amarillo es correcto)

Por otro parte, el artículo 87, n.º 1 C.E. debe ser interpretado en el sentido de que una normativa tributaria emitida por una autoridad regional que establece una tasa sobre el tránsito únicamente sobre las personas físicas y jurídicas que tienen el domicilio fiscal fuera del territorio regional constituye una medida de ayuda para el Estado a favor de las empresas establecidas en este territorio.

Posteriormente, en la orden n.º 207/2013 de la Corte Constitucional presentó un reenvío prejudicial ante la Corte de Justicia en el ámbito de un proceso en “vía incidental”. La Corte no motiva esa histórica decisión, sino que únicamente afirma que tiene el carácter de jurisdicción nacional en los términos del artículo 267, párrafo 3 T.F.U.E. también en los procesos en vía incidental.

La cuestión incidental ante la Corte Constitucional fue planteada por el Tribunal de Roma y por el Tribunal de Lamezia Terme, quienes cuestionaban la legitimidad constitucional de los artículos 4, coma 1 y 11 de la Ley N.º 4 del 3 de mayo de 1999 relativa a las disposiciones urgentes en materia de personal escolástico por la violación de los artículos 11 y 117 de la Constitución integrados en el cuadro del trabajo a tiempo determinado de la Directiva n.º 1999/70/CE.

Los jueces constitucionales al plantear una cuestión prejudicial a la que no se encontraban obligados por no ser una jurisdicción de última instancia demostraron su apertura a participar en ese *judicial dialogue*. En las resoluciones 24/2017, 117/2019 y 182/2020, el juez constitucional presentó otras cuestiones prejudiciales, lo que evidencia un rol activo en ese “diálogo entre cortes”.

## 7.2. La sentencia n.º 269/2017 y la *doppia pregiudizialità*

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre del 2009, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, denominada comúnmente la “Carta de Niza”, adquirió un carácter vinculante, con lo cual debía ser respetada por las instituciones comunitarias y los Estados miembros, lo cual incluía a las autoridades judiciales nacionales.

La mayoría de los derechos reconocidos en las constituciones nacionales encuentran protección en la Carta de Niza, lo que puede llevar a que el juez nacional tenga dudas sobre la conformidad de la norma nacional relevante para resolver un caso concreto con los parámetros constitucional y eurounitario.

En este sentido, la *doppia pregiudizialità* se refiere a aquella situación procesal en la que el juez nacional competente en la tramitación de un proceso judicial llega a tener dudas acerca de si una norma aplicable puede ser susceptible de entrar simultáneamente en contradicción con la Constitución y el derecho de la Unión Europea<sup>73</sup>. En tales casos, el órgano judicial puede encontrarse en una situación particularmente compleja ante la eventualidad de estar legitimado para presentar al mismo tiempo una cuestión de constitucionalidad o un reenvío prejudicial.

Según un criterio jurisprudencial consolidado, la Corte Constitucional les exigía a los jueces ordinarios que plantearan primero la cuestión prejudicial ante la Corte de Justicia U.E. para aclarar posibles dudas de compatibilidad de la norma interna con el derecho comunitario y, solo posteriormente, se podría acudir a la jurisdicción constitucional por medio de una cuestión incidental cuando se tenían dudas sobre la constitucionalidad de una norma que tenían que aplicar en la resolución de un caso concreto<sup>74</sup>. De no ser así, el proceso en vía incidental sería declarado inadmisibile.

En la sentencia n.º 169/2017, el juez constitucional llevó a cabo un radical *revirement* invirtiendo la regla *supra* citada al afirmar:

*laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di*

73 ROMBOLI Roberto. (2019). Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po'). In dialogo con il Ruggeri pensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”, p. 670. En Revista Consulta Online, n.º 3.

74 Sentencias n.º 152-1987, 78, 389 y 450 de 1990, 269-1991, 294-1994, 38-1995, 536-1995, 319-1996 y 248 del 2007.

*interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE.*

En este sentido, en la motivación de la sentencia, se indicó:

*Il tutto, peraltro, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE). D'altra parte, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE a quelle previste dalla Costituzione italiana può generare un concorso di rimedi giurisdizionali. A tale proposito, di fronte a casi di "doppia pregiudizialità" – vale a dire di controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione –, la stessa Corte di giustizia ha a sua volta affermato che il diritto dell'Unione «non osta» al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria»; di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico*

*dell'Unione»; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione (tra le altre, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quinta sezione, sentenza 11 settembre 2014, nella causa C-112/13 A contro B e altri; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, Melki e C-189/10, Abdeli).*

La Corte modifica el orden de prioridad de la doble prejudicialidad en caso de que la duda sobre la compatibilidad del derecho interno se refiera a una fuente específica del derecho de la Unión Europea como la Carta de los Derechos Fundamentales que, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el 2009, tiene el mismo rango que los tratados y, por lo tanto, está dotada potencialmente de efectos directos (aunque la solución expresada tenga la consecuencia práctica de excluir tales efectos). La razón de este tratamiento diferenciado, según la Corte, también depende de la peculiar naturaleza de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, como "carta de derechos", está compuesta por disposiciones que tienen un carácter sustancialmente constitucional<sup>75</sup>.

No obstante, la resolución no especifica si existe un verdadero deber del juez ordinario de presentar el proceso incidental ante su jurisdicción cuando estamos en presencia de una doble prejudicial. En este sentido, un sector de la doctrina considera que se trata más bien de una invitación, "sin posibles sanciones", dirigida por la Corte Constitucional

75 LO CALZO Antonello. Los contralímites en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana y de los tribunales supranacionales en el contexto europeo: tendencias recientes. En curso de publicación.

a los jueces<sup>76</sup>. Posteriormente, en la sentencia n.º 20/2019, precisó:

*Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria. In generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione.*

En la sentencia n.º 63/2019, afirmó:

*Laddove però sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti erga omnes, di tale disposizione.*

Posteriormente, en la ordenanza n.º 117/2019, los jueces constitucionales indicaron:

*Con riferimento in particolare alle norme della CDFUE, questa Corte ha recentemente affermato la propria competenza a vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle*

*disposizioni di legge nazionali alle norme della Carta che il giudice rimettente ritenga di sottoporle. Ciò in quanto «[i] principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione» (sentenza n. 269 del 2017, punto 5.2. del Considerato in diritto). In tali ipotesi, questa Corte – che è essa stessa «organo giurisdizionale» nazionale ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) – potrà dunque valutare se la disposizione censurata violi le garanzie riconosciute, al tempo stesso, dalla Costituzione e dalla Carta, attivando rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogniqualvolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta; e potrà, all'esito di tale valutazione, dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, rimuovendo così la stessa dall'ordinamento nazionale con effetti erga omnes. Ciò fermo restando «che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria» (sentenza n. 20 del 2019, punto 2.3. del Considerato in diritto), anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale; e fermo restando, altresì, il loro dovere – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti*

76 ROMBOLI Roberto. Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po'). In dialogo con il Ruggeri pensiero sul tema della "doppia pregiudizialità", p. 650.

dalla Carta (sentenza n. 63 del 2019, punto 4.3. del Considerato in diritto).

En este sentido, cuando el juez ordinario plantea el proceso incidental en donde se presenta la doble prejudicialidad, la Corte Constitucional tiene dos opciones: resolver el proceso en cuestión o presentar un reenvío prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea en donde solicite la interpretación de la Carta de Niza.

Entre las razones para el cambio de criterio en esta temática, se encuentra:

*il rischio che il controllo diffuso in ordine ai rapporti tra il diritto nazionale e quello comunitario porti alla inutilità del controllo della Corte costituzionale, a seguito del realizzarsi di un circuito alternativo di sindacato diffuso con riguardo ai diritti fondamentali. Una difesa quindi del sistema accentrato di costituzionalità scelto dal Costituente e quindi del fondamentale ruolo attribuito alla Corte costituzionale, più che una “rivendica orgogliosa e gelosa del diritto all’esclusiva”<sup>77</sup>.*

Con ello, la Corte se reafirma como juez prioritario tanto del control de constitucionalidad, como del respeto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

### **6.3. La modificación de las normas integrativas y la apertura al *amicus curiae* y al criterio de expertos**

En la deliberación del 8 de enero de 2020, publicada en la *Gazzetta Ufficiale*, los jueces

de la Corte Constitucional introdujeron algunas modificaciones a las normas integrativas en los procesos judiciales que permitieran una mayor participación de la sociedad civil<sup>78</sup>. En primer lugar, se formalizó la figura del *amicus curiae* en los procesos en vía directa e incidental. Al respecto, el artículo cuatro ter indica:

*1. Entro venti giorni dalla pubblicazione dell’ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un’opinione scritta. 2. L’opinione non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi, ed e’ inviata per posta elettronica alla cancelleria della Corte, che ne comunica l’avvenuta ricezione con posta elettronica.*

El artículo 4.7 indica: “*nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio*”. La Corte decide sobre la admisibilidad de los titulares. Por otra parte, en el artículo 14 bis, se prevé la posibilidad de la participación de expertos:

*1. La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con*

77 ROMBOLI Roberto. Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po’). In dialogo con il Ruggeri pensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”, p. 649.

78 [https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie\\_generale/caricaArticolo?art.versione=1&art.idGruppo=0&art.flagTipoArticolo=0&art.codiceRedazionale=20A00443&art.idArticolo=2&art.idSottoArticolo=1&art.idSottoArticolo1=10&art.dataPubblicazioneGazzetta=2020-01-22&art.progressivo=0](https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaArticolo?art.versione=1&art.idGruppo=0&art.flagTipoArticolo=0&art.codiceRedazionale=20A00443&art.idArticolo=2&art.idSottoArticolo=1&art.idSottoArticolo1=10&art.dataPubblicazioneGazzetta=2020-01-22&art.progressivo=0)

*l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti.*

Sin lugar a dudas, son modificaciones que garantizan una mayor apertura.

## 8. Conclusiones

El modelo de justicia constitucional que previó la Constitución de la República italiana que entró en vigor el 1 de enero de 1948 es el resultado de un original híbrido entre la judicial *review of legislation* de origen norteamericano y el modelo austriaco, motivo por el cual, se trata de un modelo mixto.

El establecimiento de un órgano concentrado que tiene como función principal el control de constitucionalidad de las leyes se debe relacionar con la introducción de un acceso en vía incidental de cuestiones por parte de los jueces ordinarios, lo cual ha permitido en mayor medida la protección de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional tiene su sede en el *Palazzo della Consulta*, el cual es un palacio del siglo XVII que se ubica en la *Piazza del Quirinale* en Roma y entró en funciones en 1956 promulgando las normas reglamentarias que disciplinaban sus procedimientos denominadas *norma integrative*. El 4 de junio de 1956, emitió su primera e histórica sentencia en donde afirmó su competencia para controlar y declarar la inconstitucionalidad de “leyes preconstitucionales”; es decir, de aquella normativa emitida en el período fascista o monárquico, si son contrarias al parámetro de constitucionalidad, reafirmando con ello la fuerza normativa de la constitución.

En el ámbito de su estructura y organización, se debe destacar que la Corte Constitucional se encuentra fuera del Poder Judicial y goza de plena independencia y autonomía incluso financiera. Por otra parte, se deben descartar el sistema de elección y los requisitos para ser juez y jueza, los cuales fortalecen la idoneidad, así como diferentes garantías que conforman el estatuto del juez y de la jueza.

Dentro de las particularidades del modelo en estudio, se encuentra la colegiabilidad en la toma de sus decisiones, no existe el voto particular o salvado, ni el recurso de amparo ni el acceso directo del individuo a su jurisdicción. Además, el juez constitucional ha desarrollado vía jurisprudencial una amplia tipología de sentencias en los diferentes procesos constitucionales que va más allá de la tradicional clasificación entre sentencias estimativas y desestimativas<sup>79</sup>. Esta amplia tipología de sentencias ha influenciado a otras jurisdicciones constitucionales, como por ejemplo, la Sala Constitucional de Costa Rica<sup>80</sup>.

En la relación entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación, es de gran interés la noción de la doctrina del “derecho viviente” que ha desarrollado la jurisdicción constitucional para superar los conflictos que se dieron en un determinado período histórico que fue caracterizado como la guerra entre cortes.

En las temáticas novedosas, se debe descartar el fortalecimiento del diálogo judicial entre el derecho nacional y el derecho eurounitario, en particular con la apertura del juez constitucional en la utilización del reenvío prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea y la noción

79 ROMBOLI Roberto. (1996). La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental, pp. 35 y ss. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, n.º. 48, ed. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid.

80 MIRANDA BONILLA Haideer. La influencia del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, p. 1125 – 1158. En BAGNI Silvia, FIGUEROA MEJÍA Giovanni A, PAVANI Giorgia (coordinadores). (2017). *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*. Tomo 2, Madrid: Ed. Tirant Lo Blanc.

de la doble prejudicialidad, cuyos principales características y desarrollo jurisprudencial fueron analizados.

En este sentido, el constitucionalista *ROMBOLI* afirma que, en el momento *attuale del costituzionalismo le costituzioni nazionali*, como sostiene Häberle:

*non possono che essere “costituzioni parziali”, per cui il loro ruolo non può che, almeno parzialmente, modificarsi, con valorizzazione non tanto della loro supremazia gerarchica, quanto della loro capacità di adeguarsi ad un certo quadro di valori materiali. La identità politica e culturale del paese è elemento al quale far riferimento allo scopo di collaborare, nelle forme e modalità consentite, alla formazione delle “tradizioni costituzionali comuni” ed a questo fine molto importante è il ruolo che sono chiamati a svolgere i giudici nazionali ed in particolare i giudici costituzionali nelle loro relazioni con quelli europei<sup>81</sup>.*

El juez constitucional es un actor privilegiado en el diálogo judicial en un espacio multinivel (dejar así) como el europeo.

La reciente modificación de las normas integrativas denominadas *norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale* que permite la presentación de *amicus curiae* y la posibilidad de pedir criterio a personas expertas evidencian una apertura de la justicia constitucional a la sociedad civil. Por otra parte, la doctrina ha individualizado una tendencia de

*riacentramento* de la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas<sup>82</sup>. En este sentido, para la profesora Tega:

*numerosi indici tratti dalla giurisprudenza confermano questa direzione. Alcuni sono consolidati o comunque già ampiamente arati dalla dottrina: basti pensare al sindacato sulla legislazione elettorale (di Camera e Senato); alla manipolazione degli effetti nel tempo delle sentenze; all’allentamento dell’onere di previa interpretazione conforme; a qualche apertura al sindacato delle fonti secondarie. Altri indici sono più recenti o ancora in corso di consolidamento: mi riferisco all’aggiornamento delle teorie riguardanti la cd. doppia pregiudizialità (nei casi di violazione simultanea della Costituzione e del diritto dell’Unione europea, soprattutto della Carta dei diritti fondamentali, CDFUE), le cd. rime obbligate e la ridondanza (sulle attribuzioni regionali di una violazione di parametri costituzionali estranei al riparto di attribuzioni legislative tra Stato e Regioni, quando siano queste ultime a fare valere una tale violazione in via d’azione)<sup>83</sup>.*

Lo anterior evidencia que, en algunas materias, la jurisdicción constitucional ha sido más incisiva en su actuación dejando un margen menor de discrecionalidad al juez ordinario y al legislador en las decisiones que debe actuar para respetar la Constitución.

81 *ROMBOLI* Roberto. (2019). Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po’). In dialogo con il Ruggeri pensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”. Revista Consulta Online, n.º 3, p. 651.

82 *ROMBOLI* Roberto. (2018). Dalla «diffusione» all’«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, pp. 2227 y ss. Revista Il Foro Italiano, Roma. *ROMBOLI* Roberto. (2020). Relazione introduttiva. En *CAMPANELLI* Giuseppe, *FAMIGLIETTI* Gianluca, *ROMBOLI* Roberto (a cura di). Il sistema “accentrato” di costituzionalità, Atti del Seminario del Gruppo di Pisa, Pisa, 25 ottobre 2019. Turín: Ed. Giappichelli..

83 *TEGA* Diletta. La Corte nel contesto. Percorsi della giustizia costituzionale in Italia, p. 12 ss.

## 9. Bibliografía

AA.VV. (2007). *Corte Costituzionale e processo costituzionale. Nell'esperienza della "Rivista Giurisprudenza Costituzionale" per il Cinquantenario*, a cargo de Alessandro Pace. Turin: Ed. Giappichelli.

AA.VV. (2010). *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*. Atti del seminario svoltosi a Roma il 6 novembre 2009. Milano Ed. Giuffrè.

ADAMO Ugo. (2015). *In attesa della Riforma costituzionale. Quando l'incapacità decisionale del Parlamento riunito in seduta comune compromette la completezza del plenum e la stessa capacità decisionale della Corte costituzionale*. En Osservatorio della Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n.º 3.

CAMPANELLI Giuseppe. (2005). *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna*. Turin: Ed. Giappichelli.

CAMPANELLI Giuseppe, FAMIGLIETTI Gianluca, ROMBOLI Roberto (a cura di). (2020). *Il sistema "accentrato" di costituzionalità, Atti del Seminario del Gruppo di Pisa, Pisa, 25 ottobre 2019*. Turin: Ed. Giappichelli.

CARETTI Paolo y DE SIERVO Ugo. (2007). *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 8 edición. Turin: Ed. Giappichelli.

CAROZZA Paolo, MESSERINI Virginia, ROMBOLI Roberto, ROSSI Emmanuel, SPERTI Angioletta, TARCHI Rolando (coordinadores). (17 ottobre 2014). *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro. Ricordando Alessandro Pizzorusso*. Pisa, Italia: Ed. Pisa University Press.

DE SIERVO Ugo. *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea*

*costituente ai primi anni di attività della Corte*. En <http://www.giurcost.org/studi/desiervo2.htm>

GIOVANNETTI Tommaso y BELOCCI Mario (a cargo). (2010). *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la corte costituzionale di ungheria. Palazzo della Consulta, 11 giugno*. En: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU%20219\\_Tipologia\\_decisioni.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20219_Tipologia_decisioni.pdf)

FALCON Giandomenico. (2010). *Lineamenti di Diritto Pubblico*. Padova: Ed. CEDAM.

FIX ZAMUDIO Héctor y ASTUDILLO César. (Coordinadores). (2013). *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa*. Ed. UNA. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Oficina del Abogado, México.

GIOVANNETTI Tommaso. (2014). *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in Italia*, p. 4. En PASSAGLIA Paolo. *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*. Estudio realizado por la Corte Constitucional Italiana.

LAMARQUE Elisabetta. (2009). *La fabbrica dell'interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*. En [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it)

LUCIANI Massimo. (2007). *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale e l'interpretazione "conforme a"*. En [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

MALFATTI Elena, PANIZZA Saulle, ROMBOLI Roberto. (2013). *Giustizia costituzionale*. 4ª ed. Turin, Giappichelli.

MARCENÒ Valeria, PALLANTE Francesco, ZAGREBELSKY Gustavo. (2014). *Lineamenti di diritto costituzionale*. Milán: Ed. Le Monnier Università.

MARTINES Temistocle. (2017). *Diritto costituzionale*. Roma: Ed. Giuffrè.

MIRANDA BONILLA Haideer. La influencia del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, pp. 1125 – 1158. En BAGNI Silvia, FIGUEROA MEJÍA Giovanni A, PAVANI Giorgia. (Coordinadores). (2017). *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*. Tomo 2. Madrid: Ed. Tirant Lo Blanc.

PANIZZA Saulle. *I casi di dissociazione tra giudice relatore e giudice redattore come fattore di emersione del dissenso nelle pronunce della Corte costituzionale. Un primo bilancio di quindici anni di esperienza*, pp. 203 - 216. En CAROZZA Paolo, MESSERINI Virginia, ROMBOLI Roberto, ROSSI Emmanuel, SPERTI Angioletta, TARCHI Rolando (coordinadores). (17 ottobre 2014). *La Corte Costituzionale di fronte alle sfide del futuro. Ricordando Alessandro Pizzorusso*. Pisa, Italia: Ed. Pisa University Press.

PERTICI Andrea. *La Corte Costituzionale e la Corte Europea dei diritti dell'uomo*, p. 165 – 216. En FALZEA Paulo, SPADARO Antonino, VENTURA Luigi. (2003). *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello (Cz), il 31 maggio - 1 giugno 2002*. Ed. Giappichelli.

ROMBOLI Roberto. *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, p. 120 - 159. En AA.VV. (2008). *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*. Turin: Ed. Giappichelli.

– *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*. En <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/16.pdf>

– *Interpretazione conforme o disapplicazione della legge incostituzionale?* (2006). En *Revista Il Foro Italiano*. Ed. Giappichelli, n.º 12.

– La tipologia de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental, p. 35 y ss. (1996). En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 16, n.º 48. Madrid: ed. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos..

– ROMBOLI Roberto. (2014). *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*. En *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.º. 3.

– La interpretación de la ley a la luz de la Constitución. La llamada «interpretación conforme» en las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces ordinarios en Italia, pp. 123- 169. (Diciembre de 2017). En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad, Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.º 60, Lima.

– ROMBOLI Roberto. (2018). *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, pp. 2227 y ss. *Revista Il Foro Italiano*, Roma.

– (2018). *Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial*. Lima: Ed. Palestra Editores.

- ROMBOLI Roberto. 2019. *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po')*. In *dialogo con il Ruggeri pensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”*. *Revista Consulta Online*, n.º 3.

PIZZORUSSO ALESSANDRO. (1984). *Lecciones de derecho constitucional*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Tomo I y II.

- *Cour constitutionnelle italienne. Cahiers du Conseil constitutionnel*. (Janvier 1999). N.º 6 (Dossier : Italie) En <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-6/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-italienne.52761.html>

TEGA Diletta. (2020). *La Corte nel contesto. Percorsi della giustizia costituzionale in Italia*. Bologna: Ed. Bononia University Press.

TONIATTI Roberto. *La rilevanza della Corte costituzionale italiana in prospettiva comparata*. En <https://www.giurcost.org/studi/toniatti.pdf>



# IDIOSINCRASIA DEL JUEZ Y DE LA JUEZA: CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO Y DE UNA METODOLOGÍA

Dr. Andrei Cambronero Torres\*

## CONCEPT AND METHODOLOGY TOWARDS JUSTICES' IDIOSYNCRASY

### RESUMEN

Este artículo es una propuesta teórico-metodológica para conocer la idiosincrasia de los jueces y de las juezas de las altas cortes. Para ello, se conceptualiza ese referente (idiosincrasia) y se ofrece un camino para acceder a datos que permitan aventurar hipótesis acerca de por qué los criterios de una persona juzgadora son como son, y cómo pueden entenderse sus decisiones en el marco de su historia, la sociedad y su oficio.

**PALABRAS CLAVE:** Idiosincrasia del juez y de la jueza / realismo jurídico / historia de vida / análisis de discurso.

### ABSTRACT

This research consists in a theoretical-methodological proposal to deepen studies on Superior Courts Justices' idiosyncrasy, mannerism of personal and professional traits. The scientific work points out the term idiosyncrasy as a theoretical conceptualization and as a way to approach personal facts, which allow the establishment of some hypotheses about how the case-solving criteria of Judges and Supreme Justices' is built, contextualized and can be understood within the framework of their history, society and service.

**KEYWORDS:** Justices' idiosyncrasy / legal realism / life's history / discourse analysis.

Recibido 5 de marzo 2020.

Aprobado 8 de marzo de 2021.

---

\* Abogado, criminólogo y sociólogo. Doctor en Derecho, magíster en Justicia Constitucional y licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR). Bachiller en Ciencias Criminológicas por la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Bachillerato en Sociología por la UCR. Diploma de especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa, Italia. Letrado de la Presidencia del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica y profesor de la línea curricular de Teoría y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la UCR, unidad académica en la que también se desempeñó como gestor de calidad, director de Asuntos Estudiantiles, miembro del Consejo Asesor de Facultad y miembro de la Comisión de Docencia. [acambronerot@gmail.com](mailto:acambronerot@gmail.com)

## I. Aspectos introductorios y planteamiento de la propuesta

En círculos especializados, digámosles de “juristas”, sabiéndonos pretenciosos por ese apelativo, pero también en encuentros de ciudadanos sin formación en derecho, suele bromearse con afirmaciones acerca de la variabilidad de conclusiones que pueden sacar los abogados y las abogadas sobre el mismo texto. Incluso, no es extraño oír que hay más opiniones que sujetos partícipes de la discusión acerca del “sentido” de una norma. Así, no solo se dejan entrever la (mala) fama e incapacidad de ponerse de acuerdo, sino también -en un tono más serio- los chistes parecen respaldar a Von Kirchmann (1949), quien cuestionó el carácter “científico” de una disciplina a la que *con un par de palabras del legislador* se le caen todas sus bibliotecas.

No pocos han sido los árboles que, en un sacrificio por la bienaventuranza de las culturas legalistas, han perdido sus troncos para entregar resmas enteras a quienes debaten sobre qué es el derecho, cuál es su función en la sociedad y, de relevancia en esta ocasión, para desentrañar por qué unas personas leen aspectos que otras -en esas páginas- no ven ni siquiera de forma sugerida. Si se trata de una novela, un cuento e, incluso, un poema, no habría nada extraño: cada quien da el sentido al texto y en eso estriba la magia de la literatura, el autor guía, mas no obliga<sup>1</sup>.

Sin embargo, en el derecho la condescendencia no se presta para tanto. La certeza por la forma “verdadera” de aplicar unas reglas para arribar a

una decisión que tendrá fuertes implicaciones en el mundo exterior es un anhelo que debe, a toda costa, alcanzarse.

Para algunos, los formalistas, el principio y el fin están en esa conjunción de palabras directivas; ahí está la respuesta, basta echar una mirada al código o a la ley.

Los positivistas –menos radicales– ciertamente basaban sus esperanzas en la previsibilidad que concedía la norma, empero no negaban, del todo, que esta era un marco que delimitaba un margen de acción para el operador<sup>2</sup>, personaje que, en algunos casos, (no pocos en realidad) debía hacer ejercicios hermenéuticos.

Por su parte, los realistas tienen sus espejuelos puestos sobre la nariz para observar cómo andan los pies en la tierra. El derecho dependerá de lo que suceda de hecho, y quienes lo materializan son personas con una biografía, de la cual se extrae un pasado que incide en la decisión, como también lo hacen su presente y su futuro (cálculos para ascensos, fraguar una respetabilidad, etc.)<sup>3</sup>.

Esta propuesta, precisamente, tiene como uno de sus fuertes anclajes teóricos la referida escuela, el realismo. Es importante conocer al intérprete para aventurar alguna aproximación acerca de por qué sus criterios son como son y cómo se pueden entender sus decisiones en el marco del individuo, su historia, la sociedad y su oficio. Para ello, como es obvio, la disciplina jurídica se queda corta. Si no se puede comprender por qué una situación ingresó al horizonte de percepción de

1 En términos más amplios, fuera del derecho, piénsese en posturas como la “muerte del autor” de Barthes (1987), según la cual -una vez abandonado el “autor-Dios”- carece de sentido volcarse en descifrar un texto.

2 Sobre esto, téngase presente el apartado “El derecho aplicable como un marco dentro del cual hay varias posibilidades de aplicación” en el capítulo sobre interpretación en la Teoría pura del derecho (Kelsen, 1982). En similar sentido, ver Bodenheimer, E. (2012). Teoría del derecho. México: Fondo de Cultura Económica.

3 Sobre historia, postulados, conceptos y teoría en general del realismo, entre muchas otras, se pueden revisar Law and the Modern Mind. (Frank, 1930) y The path of the law. (Holmes, 1987). También, una síntesis de esta corriente se encuentra en Realismo jurídico estadounidense de Leitter. (2015).

los legisladores (para eso es necesario un estudio con herramientas que escapan a los métodos propios del derecho), mucho menos bastarán unas fórmulas de cómo se interpreta o cómo se integra un sistema normativo para dar con los factores que inciden en el perfil de una persona juzgadora.

Desde esa perspectiva, el planteamiento parte de la pregunta central: ¿cómo se construye la idiosincrasia de un juez y de una jueza? Al tiempo se ofrece una opción teórico-metodológica para su abordaje.

Los rasgos distintivos de un o una miembro de la judicatura están dados por una multiplicidad de factores que, a la postre, terminan por fraguar su personalidad. No obstante, como se verá y en un afán simplificador, se optó por prestar atención a cómo se incorporan -en el sistema de significados de estos individuos- una escuela jurídica determinada, una visión concreta de la justicia (como uno de los primordiales fines del derecho) y lo que hoy ha tomado gran relevancia en los procesos de ingreso a la carrera judicial, las llamadas habilidades blandas.

## II. Construcción del concepto

Uno de los ejemplos más elocuentes de cómo el posicionamiento epistémico de una jueza y un juez los lleva a resolver las disputas de una determinada manera se encuentra en la Suprema Corte de los Estados Unidos. El sector conservador, representado en su momento por el extinto juez Scalia con su originalismo

(*originalism*<sup>4</sup>), frente a posturas progresistas -como la de la jueza Ginsburg- pone en vilo a la sociedad norteamericana cuando ese alto tribunal debe tomar alguna decisión<sup>5</sup>.

La línea ideológica que se siga permitirá un mayor o menor activismo judicial favorecerá el texto frente a la evolución social o a la inversa, se preocupará más por la opción que mejor proteja los derechos de las personas en cuanto tales o privilegiará la regla jurídica como una materialización de la Justicia. Así, resulta de relevancia conocer cuáles eventos o dinámicas en la vida de una persona que luego se convertirán en un aplicador institucional de esas normas, inciden en su apuesta por qué es el derecho (primer componente del concepto).

Directamente vinculado con lo anterior, está el contenido que vaya a darse al siempre polisémico vocablo de Justicia (segundo elemento). Es ampliamente admitido que el derecho tiene varios fines, resaltándose al menos tres: Justicia, seguridad y bien común; empero, cuando se piensa en tal disciplina -o alguna de sus manifestaciones-, existe una asociación directa con *Themis*. De hecho, lo judicial está pensado en términos de decisiones “justas” y, por otro lado, se ha aceptado disciplinalmente la existencia de un principio de “acceso a la Justicia” que *tiene un matiz meramente instrumental que luego se traduce en la función social puesto que se refiere al mecanismo de solución de conflictos para evitar la autotutela o justicia de propia mano*<sup>6</sup>.

4 Sobre esta corriente, se recomienda la breve, pero sustanciosa lectura de Scalia. (1989). *Originalism: The lesser evil*.

5 Véase cómo, por ejemplo, ante el deceso de la jueza Ginsburg, varios medios de comunicación norteamericanos referían a la disputa ideológica en la Suprema Corte y cómo, también, la vacante suponía un eventual giro en la línea de resolución de ese alto tribunal. Sobre esto, BBC News titulaba: Ruth Bader Ginsburg: por qué la muerte de la jueza de la Corte Suprema de EE.UU. supone un terremoto en una nación ya fracturada (Lissardy, 2020). Semanas después y ante el nombramiento de la jueza Amy Coney Barrett (en sustitución de Ginsburg), el mismo informativo encabezaba: Amy Coney Barrett, nueva jueza de la Corte Suprema: 5 cosas que pueden cambiar en EE.UU. ahora que en el tribunal hay una súper mayoría conservadora (Bermúdez, 2020).

6 Sentencia de la Sala Constitucional costarricense n.º 2015-003232 de las 9:30 horas del 6 de marzo de 2015.

Puesto en otras palabras, la justicia se percibe como la decisión de un tercero imparcial (en las dinámicas de heterocomposición) que materializa la idea de cómo unos ciertos valores deben ser observados en sociedad y cómo su incumplimiento acarrea consecuencias. Por ello, se recomienda desentrañar cuáles episodios influyen en la definición propia del citado componente aspiracional. Salvo casos patológicos, quienes tienen la responsabilidad de fallar asuntos en los estrados judiciales, lo hacen pensando en que su decisión ha de ser la operacionalización de la equidad, como uno de los predicados básicos de la dimensión distributiva a la que se hace alusión desde Aristóteles<sup>7</sup>.

Como un tercer soporte del trípode de la idiosincrasia, se habían referenciado –líneas atrás– las habilidades blandas para el ejercicio de la función jurisdiccional. Como se verá, para precisar cuáles serían esas cualidades, se tomaron como base el listado y las definiciones que –sobre esa temática– hizo la Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial de las Américas en el documento *Perfil del juez y jueza iberoamericanos acorde a la oralidad procesal*.

Ahora bien, esos componentes, según se propone, se aglutinan en tres dimensiones: **a)** aspectos personales y contextuales; **b)** aspectos académicos; y, **c)** experiencia profesional previa. En el primer grupo, se deben tomar en consideración rasgos sociodemográficos de la persona, así como lo relativo a su grupo de otros significativos, los procesos de socialización (primaria y secundaria) y eventos en la vida que

determinaron o coadyuvaron en el afianzamiento de una prelación sobre el derecho y la Justicia.

Cursar una carrera universitaria supone el proceso para adquirir, según Bourdieu (2011), uno de los primordiales capitales culturales institucionalizados: una profesión. El aprender las formas y las prácticas de una disciplina supone –en sí mismo– un proceso de socialización en el que se incorpora un nuevo lenguaje y se adquieren unos lentes para mirar la realidad social desde una perspectiva específica.

Sin embargo, como se ha insistido, dentro de una misma profesión, existen diversas corrientes teóricas y múltiples formas de concebir el objeto de estudio, variabilidad que depende de cuáles hayan sido las inclinaciones individuales (mediadas por factores personales y contextuales), pero también de quiénes hayan sido los formadores<sup>8</sup>. Por ello, resulta oportuno determinar las influencias que, en esos tópicos, tuvo la consolidación de una idea acerca de los repetidamente mencionados derecho y justicia.

Otro de los factores que inciden en la cristalización de los criterios de un juez y de una jueza es su experiencia profesional previa; de hecho, en Costa Rica, además de un examen de conocimientos sobre la materia específica en la que se aspira a ejercer la judicatura, el Reglamento de Carrera Judicial<sup>9</sup> establece un ponderador –dentro de la nota global del promedio de elegibilidad– para aquilatar el tiempo en que se han desempeñado labores jurídicas. Ciertamente, ese modelo de evaluación de atestados no aplica a los procesos

7 Sobre el tema, véase *Ética para Nicómaco*, en especial el Libro V, punto 3.

8 Existe un profuso desarrollo acerca de la influencia del docente (sus actitudes, formación, etc.) en el proceso de enseñanza-aprendizaje (entre muchos otros, Albert, 1986; Coll, y Miras, 1993; Covarrubias y Piña, 2004; Rueda, 1994). Sin embargo, también podría decirse que opera una suerte de motor mimicry entre el sujeto y las personas con quienes se ha formado, en especial si se les admira. Habrá una identificación y una suerte de empuje a la imitación (sobre el concepto motor mimicry, pueden verse definiciones concretas en Carruthers y Smith, 1996: 63 y ss.; y en Eisenberg y Strayer, 1987).

9 Ver artículos 11, 25, 37 y 38 del Reglamento Interno del Sistema de Carrera Judicial y sus reformas, aprobado por la Corte Suprema de Justicia costarricense, el 19 de julio de 1994.

de selección de magistrados y magistradas, mas sí muestra la importancia que la institucionalidad asigna a la experiencia.

Tratándose de los y las jerarcas del Poder Judicial, la propia Constitución Política costarricense exige, además del grado académico en Derecho, una experiencia mínima de diez años o un lustro como funcionario judicial (artículo 159). En ese sentido, puede afirmarse que, en la idiosincrasia de un alto juez o una alta jueza, el desempeño de diversos cargos definirá cuál es su visión acerca de lo jurídico; pero, además, las áreas en las que se ha desempeñado mostrarán inclinaciones específicas sobre el contenido que tenga de justicia.

Pues bien, para comprender cómo se forma la idiosincrasia de una jueza y un juez, se requiere diseccionar los mencionados aspectos metajurídicos, pues la cosmovisión del operador determinará su proceso de toma de decisiones e, incluso, su forma de concebir al derecho. Puesto de otro modo, no se puede comprender por qué un resolutor de casos se inclina por una u otra opción, si no se estudian aspectos que están más allá del conjunto de normas que aplica en su cotidianeidad.

### **III. Lo metodológico: cómo acceder a la idiosincrasia de una jueza y un juez**

Según se ha expuesto, en cada sentencia, va un poco de quien es esa persona que golpea el martillo contra el estrado, por lo que para acceder a los datos que permitan perfilar la idiosincrasia del tomador de la decisión, una de las principales fuentes es la propia persona. Ante ese panorama, dos técnicas pertinentes para la recopilación de esa información son el análisis de discurso y, por su profundidad, la historia de vida.

En lo que al análisis de discurso se refiere, Andréu (1998:2) señala que este “*se basa en la*

*lectura (textual o visual) como instrumento de recogida de información, lectura que a diferencia de la lectura común debe realizarse siguiendo el método científico, es decir, debe ser, sistemática, objetiva, replicable, y válida”.*

Para esa lectura cualificada, es necesario establecer cuáles elementos se observarán y analizarán, siendo fundamental fijar categorías a través de la codificación. Precisamente, esa será la base teórica para *formular inferencias identificando de manera sistemática y objetiva ciertas características específicas dentro de un texto* (la historia de vida). (Andréu, 1998: 3).

Por su parte, la historia de vida es:

*una técnica de investigación cualitativa que consiste básicamente en el análisis y transcripción que efectúa un investigador del relato que realiza una persona sobre los acontecimientos y vivencias más destacados de su propia vida. El análisis supone todo un proceso de indagación, a través de una metodología fundamentada en entrevistas y charlas entre investigador y protagonista, sobre los sentimientos, la manera de entender, comprender, experimentar y vivenciar el mundo y la realidad cotidiana, de este último, intentando conferir, finalmente, una unidad global al relato o bien dirigirlo hacia un aspecto concreto, que es el especialmente analizado por el investigador. (Martín, 1995: 42).*

Esta técnica, por sus características, permite ahondar en la visión de mundo del informante, aspecto fundamental para nuestros menesteres, en tanto el perfil de una persona juzgadora es el resultado de múltiples influencias que pueden ser rastreadas e identificadas en un relato extenso, profundo y pormenorizado.

Entonces, a la luz del esbozo teórico del apartado anterior, se sugiere una codificación de los componentes de la idiosincrasia que permita una sistematización de los relatos (vertidos en registros orales o escritos) alrededor de tres “familias” de códigos que respondan a los aspectos que, además de la norma, se consideran determinantes en el proceso de consolidación del perfil de un tomador de decisiones judiciales. Tal propuesta sería:

1. *Aspectos personales y contextuales.* En este grupo, se aglutinan códigos relacionados con rasgos sociodemográficos de la persona, así como lo relativo a su grupo de otros significativos, procesos de socialización primaria y secundaria, eventos en la vida que determinaron o coadyuvaron en el afianzamiento de una prenocción sobre el derecho y la Justicia.
  - 1.1. *Sexo: Más allá del simple dato biológico, refiere a aspectos en el relato que muestran cómo el sexo influyó en la toma de decisiones o si*

*condicionó el acceso a algún recurso o posición*<sup>10</sup>.

- 1.2. *Roles familiares ejercidos: Siguiendo a Berger (2006:136)<sup>11</sup>, el rol habrá de entenderse como la respuesta típica a una expectativa simbólica, es decir, corresponderá a fragmentos en los que la persona informante –de manera implícita o explícita– refiera a actividades que permitan adscribirla a papeles familiares tradicionales, tales como madre, hija, esposa, etc. Además, esta categoría incorpora segmentos (si los hubiera) en los que se haya tenido que asumir un rol que no corresponda con la edad o momento de vida; por ejemplo, asumir el cuidado de hermanos durante la infancia o la adolescencia, lo cual sugeriría un rol materno o paterno asumido en una fase o rango etario que no se corresponde con el curso usual del desarrollo de la persona. La identificación de esas situaciones es importante porque podrían influir en la concepción de una “infancia injusta” o prácticas sociales*

10 Sobre estereotipos de género en el ámbito laboral, en especial en puestos de dirección (como lo es una magistratura), existe una cantidad importante de estudios; por todos, puede consultarse el artículo Estereotipos y roles de género en la evaluación laboral y personal de hombres y mujeres en cargos de dirección (Godoy y Mladinic, 2009), así como la bibliografía a la que ese documento refiere. Especialmente pertinente para justificar esta categoría, está el planteamiento de los citados autores, según el cual: Eagly y Carli (2007) han planteado la figura del laberinto para granear estas dificultades que enfrentarían las mujeres. Esta figura transmite la idea que, más que una obstrucción transparente, invisible y sutil, y ubicada en un nivel específico de la organización, cercano a las más altas posiciones jerárquicas, como lo sugería la figura del techo de cristal (OIT, 1997), los obstáculos que enfrentan las mujeres son múltiples y en diferentes momentos de sus trayectorias laborales, y que no siempre son invisibles para ellas: prejuicios sobre los intereses que guían sus trayectorias laborales y sobre su presencia en cargos de dirección, particulares resistencias al liderazgo femenino y aspectos que desafían el balance entre trabajo y responsabilidades familiares.

11 Recuérdese la célebre frase con la que introduce este autor lo relativo a la teoría del papel La sociedad no sólo determina lo que hacemos, sino también lo que somos (Berger, 2006: 134). En otras palabras, la posición social entrafia tanto nuestra vida como nuestra conducta. Además, para fines de la justificación de esta categoría, es importante señalar que El papel proporciona el patrón de acuerdo con el cual debe actuar el individuo en la situación particular. Los papeles en la sociedad como en el teatro, variarán en la exactitud con que imparten sus instrucciones al actor. Tomando como ejemplo los papeles relativos al oficio, el papel del recogedor de basura exige normas mínimas, en tanto que los médicos o los sacerdotes, -o bien los funcionarios, tienen que adquirir toda clase de modales, hábitos motores y de lenguaje distintivos, tales como un porte militar, una dicción correcta o un ánimo reconfortante junto al lecho del enfermo. (Berger, 2006: 136-137).

*dislocadas de ciclo de vida que generen prenocios o sensación de inequidad, lo cual conecta con la perspectiva que se tenga de “justicia”.*

1.3. *Lugares de residencia: Señalamientos acerca de los sitios en los que se habitó de manera permanente o temporal. Esto permite determinar aspectos teóricos importantes que marcan procesos de socialización como la diferenciación campo-ciudad o el desarrollo en culturas diversas. Esos componentes serán importantes para determinar cuán amplia es la comprensión de la persona informante acerca del relativismo cultural, entendiendo este –en una mixtura entre Levi-Strauss (1973 y 1983) y Boas<sup>12</sup>– como la existencia de formas de ver el mundo distintas que se desarrollan con base en aspectos de socialización y contexto. La relevancia de este punto estriba en que, si bien el derecho supone el ejercicio de poder (máxime en la resolución de casos por heterocomposición), puede tomar matices distintos si se tiene en cuenta que el mundo social no es homogéneo y que existen factores culturales que condicionan el quehacer de las personas. El vivir en sitios determinados o, si se ha hecho en uno*

*o varios lugares, facilita el desarrollo de la capacidad de “ponerse en los zapatos del otro” (empatía<sup>13</sup>).*

1.4. *Configuración del núcleo familiar: La inclusión en esta categoría dependerá de referencias de quiénes eran los otros significativos, a qué se dedicaban los familiares directos (hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad) y las vocaciones de esas personas; importa identificar si estaban relacionados con el quehacer jurídico o si tenían concepciones sobre este o la justicia que le hubieran transmitido de manera directa o simbólica a la persona informante<sup>14</sup>.*

1.5. *Socialización sobre lo justo: Eventos, dinámicas, episodios que hagan alusión a ideas o prenocios sobre lo que significaba una decisión justa, un hecho justo, etc. Incluye prácticas sociales que le permitieran al entrevistado ir delineando cuando una acción era correcta, así como hechos que llevaran a enfrentar el sistema de Administración de Justicia (percepción de si las respuestas dadas por ese aparato institucional fueron legítimas, si el acceso a las instancias judiciales fue sencillo, etc.). En similar sentido,*

12 Para Boas. (1930). La cultura incluye todas las manifestaciones de los hábitos sociales de una comunidad, las reacciones del individuo en la medida en que se van afectadas por las costumbres del grupo en que vive, y los productos de las actividades humanas en la medida que se van determinadas por dichas costumbres (Kahn, 1975: 14). Véase que esto aplica y respalda, también, las categorías relacionadas con roles.

13 En este punto, por ejemplo, puede tomarse como base el concepto de empatía de Jaspers (1977), quien la entiende como una actitud favorable a la comprensión del otro, sin prejuicios, para lograr acceder a su experiencia (relato individual), al tiempo que se tiene una separación lo suficientemente marcada con aquel como para poder brindar apoyo. Ciertamente, ese “brindar apoyo” está pensado en el contexto de las psicopatías, mas -en nuestro caso- puede sostenerse una actitud empática para brindar una solución objetiva al conflicto que la persona juzgadora debe resolver.

14 En posicionamientos como los de Mead (1967), se destaca la gran influencia que tienen los otros significativos en la modulación de los comportamientos de un individuo. En términos generales y, siguiendo al referido autor, se debe tener presente que tal denominación (otros significativos) hace alusión a personas cercanas (normalmente del núcleo familiar o de pares) a los que se les valora por sobre otros sujetos y cuyas opiniones se entienden importantes.

*deben incorporarse reflexiones, si las hay, sobre la dimensión política del fenómeno jurídico; es decir, el derecho como ejercicio de un poder legítimo que sirve para regular comportamientos y justificar decisiones, modulador de las relaciones entre sujetos y entre estos y el aparato estatal<sup>15</sup>.*

*1.6. Percepción de las propias capacidades personales: Hace alusión a comentarios en los que se refiere (positiva o negativamente) a una competencia conductual que se ha reconocido como necesaria para la Administración de Justicia. Para precisar cuáles serían esas habilidades, según se indicó párrafos antes, se toman como base el listado y las definiciones de habilidades blandas que hace la Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial de las Américas en el documento Perfil del juez y jueza iberoamericanos acorde a la oralidad procesal<sup>16</sup>. Esas cualidades son las siguientes:*

- *Flexibilidad: Es la capacidad para adaptarse y trabajar en variadas situaciones con personas.*
- *Iniciativa: Es la predisposición para actuar proactivamente en la solución de los posibles problemas que enfrente.*
- *Liderazgo: Es la habilidad necesaria para orientar la acción en equipo.*
- *Comunicación: Es la capacidad para escuchar, preguntar y expresar las decisiones en forma efectiva.*

- *Credibilidad: Es la capacidad necesaria para generar confianza en las personas.*
- *Dinamismo: Es la disposición al trabajo en cualquier situación que se le presente.*
- *Empatía: Es la capacidad para entender y asumir la posición de otros.*
- *Autocontrol: Es la capacidad para controlar las emociones y evitar las reacciones ante provocaciones, oposición u hostilidad.*
- *Integridad: Hace referencia a la capacidad de obrar con rectitud, probidad y honestidad.*

*1.7. Vocación por el derecho: Alusiones en las que se evidencie el acudir al derecho como forma de resolver conflictos o la mención a este como un baremo de justicia. Están, de por medio en esta categoría, también, la creencia y respaldo en lo jurídico.*

*2. Aspectos académicos (formativos). Dentro de una misma profesión, existen diversas perspectivas teóricas y formas de concebir el objeto de estudio, variabilidad que depende de cuáles hayan sido las inclinaciones personales (mediadas por factores personales y contextuales); pero también de quiénes hayan sido los formadores. Por ello, resulta oportuno determinar -en el discurso- las influencias que, en esos tópicos, tuvo la consolidación de una idea acerca de los sobradamente citados derecho y justicia.*

15 Sobre este tema, ver, entre muchos otros, Barba, Fernández y De Asís. (2000). La lección segunda de Curso sobre Teoría del Derecho. Peces, pp. 40-59.

16 Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:QjsyUkpToAsJ:www.cumbrejudicial.org/formacion-judicial/download/1006/676/15+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cr>

2.1. *Estudios formales en una o varias disciplinas: Se asignará este código a aquellas menciones que se relacionen estrictamente con el estudio del derecho u otra disciplina universitaria. Debe enfatizarse que el carácter excluyente de esta categoría está dado por la intencionalidad del informante de hacer ver su interés por el estudio de lo jurídico (como objeto de conocimiento) o cualquier otro. La perspectiva para el abordaje de problemáticas suele ampliarse, si se cuenta con estudios en diversas ramas<sup>17</sup>.*

2.2. *Perfil de los y las docentes: La adscripción de un o una docente a una escuela de pensamiento va a condicionar su forma de abordar el objeto de estudio; así como otros significativos en el proceso de enseñanza-aprendizaje, el posicionamiento de un profesor que se considere influyente en la formación propia puede explicar por qué la persona informante se dirige hacia una determinada corriente y, consecuentemente, por qué analiza los casos desde determinada perspectiva. En ese tanto, conviene identificar aquellos fragmentos del discurso en el que se haga referencia a un o una docente para luego investigar cuál era su visión sobre el derecho y la justicia. Si existe alguna mención al respecto, deberán codificarse con esta etiqueta las manifestaciones ligadas a tradiciones jurídicas de los centros universitarios en los que se cursaron estudios.*

2.3. *Áreas de interés: Se incorporarán dentro de los enunciados que abarca*

*este código, aquellos que refieran a la predilección por alguna de las ramas del derecho (menciones expresas o referencias bibliográficas que permitan determinar a cuál corriente se adscribe la obra según su contenido y catalogación), la profundización –a través de estudios de posgrado– en alguna temática específica sobre el fenómeno jurídico, líneas de investigación (en trabajos finales de graduación o ejercicios independientes).*

3. *Experiencia profesional previa a la magistratura. Otro de los grandes factores que inciden en la consolidación de los criterios de un juez o una jueza es su experiencia profesional previa. Según se expuso, en Costa Rica el Reglamento de Carrera Judicial establece un ponderador específico para ello. Ese puntaje resulta ser el más alto luego del examen de conocimientos. Así, conocer acerca del bagaje profesional previo resulta vital; para ello, se sugieren las siguientes categorías.*

3.1. *Facilidad para la colocación laboral: Alude a referencias sobre la búsqueda de empleo y la rapidez para colocarse en cargos profesionales relacionados con la disciplina jurídica.*

3.2. *Trato con poblaciones vulnerables: Menciones sobre trabajos en los que corresponde la atención a poblaciones vulnerables; un componente de la justicia (específicamente lo propio de la justicia distributiva) es la equidad, donde está de por medio búsqueda de*

17 Sobre esto, solo a razón de ejemplo, pues existen copiosos estudios al respecto. Rúa (2000) expone cómo una visión interdisciplinaria mejora la comprensión de los fenómenos en su conjunto.

*equiparar condiciones para lograr que las personas en relaciones asimétricas (determinadas por un criterio específico) puedan igualarse a las otras. Así, el trabajo con poblaciones desfavorecidas o minoritarias permite un mayor contacto con la realidad social y una eventual mayor facilidad para comprender las distorsiones y la noción de justicia como algo pragmático.*

- 3.3. *Cargos ejercidos de corte jurídico: Indicaciones a puestos en los que era requerido el conocimiento jurídico especializado.*
- 3.4. *Cargos en los que el derecho no era requisito: Reflexiones sobre puestos en los que se desempeña la persona informante, pero que no tenían como exigencia ser abogado. Esto permitirá determinar cómo otras lógicas de trabajo se filtran en el método de abordaje de casos cuando ya se está en el ejercicio de la magistratura.*
- 3.5. *Habilidades para el puesto: Independientemente de cuál sea el tipo de cargo (jurídico o no), se incluyen acá los señalamientos a destrezas que fueron necesarias o requeridas en las condiciones de contratación para ocupar una determinada plaza.*

Por último y para un mayor entendimiento del diccionario de códigos antes expuestos, conviene presentar su representación gráfica a la luz del concepto central y las conexiones que tienen entre sí los subcomponentes de este.

#### **IV. Aplicación de la propuesta, un ejemplo concreto**

Una vez expuesta la propuesta teórico-metodológica para determinar cómo se construye la idiosincrasia de un juez y de una jueza, nos parece oportuno presentar una breve aplicación de tal matriz. Como advertencia, debe indicarse que los hallazgos son preliminares y que la falta de profundización responde a que la intención de este escrito es mostrar un ejemplo concreto de cómo, en la práctica, se podrían plantear investigaciones que contemplen el marco de acción antes desarrollado.

Sobre esa línea, se eligió como técnica la historia de vida y se seleccionó a la informante, con quien se realizaron tres encuentros de, aproximadamente, dos horas y treinta minutos cada uno. Las entrevistas iniciaron con una pregunta generadora y, conforme avanzaba la conversación, se pedía profundizar en temas que tuvieran un ligamen con los aspectos indicados en los apartados anteriores.

##### **IV.I. Perfil de la informante<sup>18</sup>**

- **Nombre:** Eugenia María Zamora Chavarría
- **Cargo:** magistrada vicepresidenta del Tribunal Supremo de Elecciones
- **Años en el cargo:** desempeña la magistratura desde el 2005 hasta la actualidad.
- **Título profesional:** abogada

<sup>18</sup> Para mayor profundidad sobre la hoja de vida de la informante, se recomienda visitar el sitio: [http://tse.go.cr/curriculum\\_zamora\\_chavarría.htm](http://tse.go.cr/curriculum_zamora_chavarría.htm)

- **Grados académicos:** Maestría en Leyes, Universidad Harvard y Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica.
- **Otros cargos desempeñados:** viceministra de justicia y gracia (1986-1987), directora del Despacho de la Presidencia de la República (1987-1988), corredactora de los proyectos de Ley de la Defensoría de los Habitantes (1985), Ley de Igualdad Real de la Mujer (1988) y Ley de la Jurisdicción Constitucional (1988), encargada asociada de Protección de Acnur-México (1983-84) y directora general del Instituto Interamericano del Niño (Uruguay) -OEA (1988-1996).
- **Edad:** 63 años
- **Estado civil:** Viuda
- **Perfil económico:** De acuerdo con la determinación de los quintiles de ingreso del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) para la Encuesta Nacional de Hogares, el ingreso mensual de la informante la ubican en el decil más alto (para esta afirmación se toma como base el índice salarial de magistrados disponible en: [http://tse.go.cr/puestos\\_salarios.htm](http://tse.go.cr/puestos_salarios.htm)).
- **Residencia:** Escazú (desde el 2001), cantón con un índice de desarrollo humano de 0.930, según el *ranking* del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y la Universidad de Costa Rica elaborado para el 2014 (disponible en: <https://desarrollohumano.or.cr/mapa-cantonal/index.php/ranking-idh>).

#### IV.I. Hallazgos preliminares

La vida nos ha llevado recio y traído suave [...], con esa frase, Benedetti describe sus bodas de perla y, en varias ocasiones, ha sido la herramienta metafórica para que la informante resuma cómo ha sido su paso por el Tribunal Supremo de Elecciones; mas, tal formulación no solo sirve para condensar las faenas en la justicia electoral, sino también, en general, para exponer su biografía. El poeta y la mención a su producción no son casuales, como se verá, Uruguay tuvo un papel transcendental en varios aspectos personales y laborales de Eugenia María Zamora Chavarría, la magistrada vicepresidenta del órgano constitucional que, de forma exclusiva y excluyente, debe resolver los conflictos relacionados con el ejercicio del sufragio.

En la niñez, un evento marcó a la familia: un asesinato quedó impune por rencillas políticas del conflicto de 1948. Votar en favor de la anulación de las elecciones le costó la vida a su abuelo, quien ejerció un puesto en el Congreso. Según se relata, su abuela nunca logró instaurar un proceso para que se juzgara el homicidio, afirmación que puede comprobarse en otras fuentes como el texto *Nuevos documentos de 1948: Los proscriptos*, en el que se lee una noticia que indicaba:

*[referido a la labor de los tribunales de sanciones inmediatas de la junta fundadora] sentenciado con estruendo, dar con él en un calabozo, ello, si no resulta liquidado de una vez, como le aconteció al diputado don Filiberto Chavarría quien, confiado en las indirectas invitaciones al regreso –invitaciones decimos porque no se ha dictado la promedia amnistía general–, de Nicaragua hizo su regreso a Costa Rica y fue asesinado una o dos semanas después de su llegada, sin que a esta fecha, a nueve o diez meses de ocurrido se haya preocupado*

*ninguna autoridad por averiguar quién lo ultimó (Barahona, 2017, Sección 9).*

Tal episodio –de forma expresa– es descartado como uno que llevara al resentimiento con la institucionalidad, pero lo cierto es que puede tener una gran influencia en la visión tuitiva y la búsqueda porque sectores vulnerables puedan acceder a los mecanismos de protección; de hecho, casi al final del relato (en la tercera entrevista), hay un comentario que permite hacer una suerte de cierre circular en este tema. Cuando se preguntó por la labor en el organismo electoral, la informante, entre otros, señaló que siempre ha tomado en serio su labor; estudia cada expediente con la convicción de que ese caso es el más importante para la persona que lo plantea, quien acude en busca de respuestas y de una solución a sus problemáticas personales.

Ese modelado de personalidad tiene conexión directa con el iusnaturalismo como corriente del derecho en la que lo más importante es la dignidad de la persona humana y su protección. Por encima de las normas está la obligación de todos los titulares públicos de proteger a su razón de ser: el individuo. Si a eso se suma el trabajo previo en organismos internacionales relacionados con personas refugiadas y con niños y niñas, se tiene la plataforma para empezar a comprender por qué pesan más los principios que las reglas.

Precisamente, esa distinción (normas y proposiciones axiológicas abstractas) es distintiva de la Escuela del Postpositivismo, en la que la clásica partición entre derecho y moral se diluye en lo que se denominan casos difíciles. En la cotidianeidad, bastan los preceptos de códigos y de leyes, mas en ciertas circunstancias, debe echarse mano de formulaciones de contenido moral que informan todo el orden jurídico. Esa parece ser la corriente de pensamiento jurídico a la que se adscribe la vicepresidenta Zamora, quien no solo señaló la importancia de su

formación universitaria por la intensidad de sus docentes para que se aprendieran los basamentos de la disciplina, sino también reitera que, luego de la entrevista para optar por la magistratura, se sintió profundamente complacida, porque había descubierto que “los grandes referentes” seguían ahí, en ella, tan vívidos como en la época de estudios de grado.

En este punto, es importante hacer notar cómo, en efecto, los aspectos académicos determinan el perfil de los jueces y las juezas. Quiénes fueron los formadores, cuáles eran sus áreas de experticia, y la tradición jurídica del centro de estudios dan cuenta de cómo se construye la visión con que se abordan los casos. A lo largo del relato, se insiste en la influencia de docentes específicos, todos ellos cercanos al área del derecho público, rama en la que, con la migración teórica de Estados legales a Estados constitucionales, se da una mayor flexibilidad para adoptar decisiones en pro de la equidad.

El paso por Harvard y la aparición en la lógica formativa de los constitucionalistas Dorf y Tribe reforzaron aún más la citada alusión a un derecho integrado por principios y reglas.

Así, es dable señalar que el tránsito por sitios de trabajo en los que la humanidad enrostraba el marco positivizado y una formación proclive a los grandes formantes morales-axiológicos terminaron por cristalizar en la informante a través de una suscripción tácita al referido postpositivismo. Para confirmar esta inferencia, se tienen los aspectos previos del voto salvado emitido por la jueza Zamora en la sentencia sobre paridad horizontal en los puestos uninominales de los gobiernos locales. Puntualmente, en ese fallo, ella indicó:

*La disparidad [referido a por qué unos magistrados votaron en un sentido y ella en otro] es reflejo de la dificultad del tema*

*en sí: se está llevando a cabo un ejercicio hermenéutico que, más allá de reglas concretas, involucra principios y valores que informan el régimen democrático; en otros términos, el aspecto por decidir se halla en la matriz axiológica que sustenta nuestro longevo régimen republicano. (Sentencia n.º 1724-E8-2019 de las 15:00 horas del 27 de febrero de 2019).*

Por otra parte, es fundamental apuntar cómo los aspectos contextuales, por ejemplo, el haber vivido en diferentes zonas del país (intercalando centro-periferia, urbano-rural), así como la estancia en otras latitudes (Estados Unidos, España, México y Uruguay), permitieron ampliar la visión, interiorizar la multiplicidad cultural y tener una mayor claridad sobre los anclajes sociales del derecho y su carácter de instrumento para las transformaciones; especialmente, para equiparar las condiciones de acceso de ciertos segmentos a derechos como el de la participación política.

Debe tomarse en cuenta que esa visión de facilitar la igualdad ante discriminaciones que están socialmente instaladas puede estar alimentada por vivencias propias en las que el sexo y la edad fueron, en algunos momentos, barreras para ocupar espacios laborales, pese al cualificado perfil académico. En otras palabras, el haber presenciado la exclusión (cuando no vivido en carne propia) y el departir en espacios donde el criterio de selección no era el económico se constituían en acicates para dar un contenido a la justicia que favoreciera la competencia (independientemente del ámbito) en igualdad de condiciones; si estas no existían, pues el derecho ha de ser esa herramienta para implementar acciones afirmativas.

En ese punto, también entran en juego las labores desempeñadas antes de ejercer la magistratura,

no solo lo dicho en cuanto al trato con grupos humanos, cuyas características sociodemográficas los colocaban en una posición de marginación, sino lo de otras posiciones en las que si bien lo jurídico no era relevante para la contratación, lo cierto es que esa peculiaridad favoreció el distanciamiento con posturas más cerradas como el formalismo o el positivismo férreo.

Los roles en instancias de gobierno y direcciones en organismos internacionales sumaban a la formación disciplinar un componente político que, quierase o no, debe tomarse en consideración a la hora de fallar un caso. No nos referimos acá a aspectos de la *petite politique*, en la denominación de Durkheim, sino a que la función jurisdiccional encierra en sí misma un ejercicio de poder, cuya determinación de uso, en mucho, depende de la persona intérprete.

El material obtenido y la base teórica sobre la cual se cimienta la investigación tienen un gran potencial para comprobar algunos planteamientos intuitivos y para generar mayores inferencias descriptivas; lo que se ha mencionado hasta este momento son de los hallazgos más relevantes, sin perjuicio de que, en un trabajo posterior, se puedan apuntalar y robustecer tales conclusiones.

Al menos en esta primera fase de presentación de resultados preliminar, la historia de vida recopilada permite ir comprobando las interrelaciones entre los conceptos y la funcionalidad del diagrama que se puede observar en los segmentos anteriores; primordialmente, cómo la idiosincrasia del juez y de la jueza está determinada por aspectos académicos, laborales previos, contextuales y personales del individuo, ya que estos condicionan cuál será la opción epistémica disciplinar que se elija y la concepción que se tenga de Justicia como fin del derecho.

## V. Reflexión final

Las decisiones de los órganos de la Administración de Justicia son tomadas por personas; tal condición (la humana) supone que la aproximación a las normas, a los hechos y a la valoración de las pruebas está mediada por una biografía. Un posicionamiento epistémico diverso o la proveniencia de lugares sociales de origen distintos puede ser la clave para entender por qué un individuo resuelve un caso de una forma, mientras que otro llega a la misma conclusión (o a otra totalmente opuesta) por vías distintas.

La propuesta que se presentó líneas atrás es perfectible, pero aspira a generar discusión acerca de cuáles son los componentes determinantes de la idiosincrasia de una persona juzgadora. En otras palabras, es un planteamiento para reflexionar acerca de por qué, para ponerlo con corrientes mencionadas al inicio de este texto, una persona opta por una visión positivista o se decanta por respuestas más realistas cuando de evaluar un conflicto jurídico se trata.

Este tipo de ejercicios implican un ir y un volver sobre las categorías para que sean lo suficientemente amplias, permitiendo la clasificación de un relato que, si bien es detallado, entevera –incluso en un mismo enunciado– diversos puntos de interés. Eso sí, tal apertura en la demarcación de los límites de los códigos no podría ser tal que se pierda la frontera entre uno y otro, pues, pese a que la interrelación entre códigos es lo que permite la formulación de inferencias descriptivas, lo cierto es que estos deben ser excluyentes unos de otros o la sistematización del texto se torna imposible.

Por ello, el diálogo crítico con otras personas interesadas en el tema, así como la puesta en práctica de la metodología sugerida son el paso siguiente. El resultado de esos procesos redundará, sin duda, en una herramienta calibrada

para conocer más acerca quiénes, en nuestros sistemas políticos, se encargan de resolver los conflictos sociales de mayor transcendencia. Más aún, el norte es contar con los lentes adecuados para conocer, a profundidad, a las personas tomadoras de la decisión judicial.

## VI. Bibliografía

Albert, E. (1986). *El alumno y el profesor: Implicaciones de una relación*. Madrid: Universidad de Murcia.

Andréu, J. (1998). *Los españoles: Opinión sobre sí mismo, España y el mundo. Análisis longitudinal escala de Cantril*. Ed. Universidad de Granada.

Aristóteles. (2016). *Ética a Nicómaco*. San José, Costa Rica: Imprenta Nacional. [https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/literatura%20universal/etica\\_a\\_nicomaco\\_edincr.pdf](https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/literatura%20universal/etica_a_nicomaco_edincr.pdf)

Barahona, M. (2017). *Nuevos documentos de 1948. Los proscritos*. Costa Rica: Editorial Costa Rica.

Barthes, R. (1987). La muerte del autor. En *El susurro del lenguaje*. Barcelona: Paidós, pp. 65-71.

Berger, P. (2006). *Introducción a la sociología*. México: Limusa.

Bermúdez, A. (27 de octubre de 2020). Amy Coney Barrett, nueva jueza de la Corte Suprema: 5 cosas que pueden cambiar en EE.UU. ahora que en el tribunal hay una súper mayoría conservadora. En: *BBC News*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-54580637>

Bodenheimer, E. (2012). *Teoría del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

Bourdieu, P. (2011). *Los tres estados del capital cultural*. En *Las estrategias de reproducción social*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Carruthers, P. y Smith, PK. (1996). *Theories of theories of mind*. Cambridge, UK: Cambridge, University Press.

Coll, C. y Miras, M. (1993). *La representación mutua profesor/ alumno y sus repercusiones sobre la enseñanza y el aprendizaje*. En Coll, C., Palacios, J. y Marchesi, Á. (comps.). *Desarrollo psicológico y educación II. Psicología de la educación*. Madrid: Alianza.

Constitución Política de la República de Costa Rica. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC)

Corte Suprema de Justicia, República de Costa Rica. Reglamento Interno del Sistema de Carrera Judicial. Acuerdo adoptado en sesión del 19 de julio de 1994.

Covarrubias, P. y Piña, M. (2004) La interacción maestro-alumno y su relación con el aprendizaje. En: *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*. Vol. XXXIV, n.º 1, pp. 47-84.

Eisenberg, N., y Strayer, J. (Eds.). (1987). *Cambridge studies in social and emotional development. Empathy and its development*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Frank, J. (1930). *Law and the modern mind*. New York, Estados Unidos: Brentanos.

Godoy, L. y Mladinic, A. (2009). *Estereotipos y roles de género en la evaluación laboral y personal de hombres y mujeres en cargos de dirección*. En: *Psyche*. Vol. 18, n.º 2, pp. 51-64. Disponible en:

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-22282009000200004](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22282009000200004)

Holmes, O. (1987). The path of the law. En: *Harvard Law Review*. Vol. 10.

Jaspers, K. (1977). *Psicopatología general*. Buenos Aires: Beta.

Kahn, J.S. (comp.). (1975). *El concepto de cultura: Textos fundamentales* (escritos de Tylor (1871).

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. México: Editorial Universidad Autónoma de México (UNAM).

Kroeber. (1917), Boas (1930), Malinowski (1931), White (1959) y Goodenough (1971). Barcelona: Anagrama.

Leitter, B. (2015). Realismo jurídico estadounidense. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. 1, pp. 241-276. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México (UNAM).

Lévi-Strauss, C. (1983). Race et culture. En: *Le regard éloigné*. Paris: Plon.

Lévi-Strauss, C. (1973). Race et histoire. En: *Anthropologie structurale deux*. Paris: Plon, pp. 377-422.

Lissardy, G. (19 de septiembre de 2020). Ruth Bader Ginsburg: por qué la muerte de la jueza de la Corte Suprema de EE.UU. supone un terremoto en una nación ya fracturada. En: *BBC News*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-54217689>

Martín, A. (1995). *Fundamentaron teórica y uso de las historias y relatos de vida como técnicas*

*de investigación en pedagogía social*. España: Ediciones Universidad de Salamanca.

Mead, G. (1967). *Mind, self, and society*. Chicago: The University of Chicago Press.

Peces-Barba, G. Fernández, E. y De Asís, R. (2000). *Curso de teoría del derecho*. Barcelona: Marcial Pons.

Rúa, M. (2000). *Interdisciplinariedad en el currículo de las ciencias sociales*. La Habana: Editorial Academia de las FAR.

Rueda, M. (1994). La investigación cualitativa en el conocimiento de la enseñanza a nivel universitario. En: *La etnografía en educación, panorama, prácticas y problemas*. México: CISE-UNAM.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia n.º 2015-003232 de las 9:30 horas del 6 de marzo de 2015.

Scalia, A. (1989). Originalism: The lesser evil. En: *University of Cincinnati Law Review*, pp. 849-859. Disponible en: [https://cdn.ymaws.com/www.phideltaphi.org/resource/group/64B1D1A9-0EB0-47ED-B979-F30E19C3AC06/conlaw-weiner/originalism\\_the\\_lesser\\_evil.pdf](https://cdn.ymaws.com/www.phideltaphi.org/resource/group/64B1D1A9-0EB0-47ED-B979-F30E19C3AC06/conlaw-weiner/originalism_the_lesser_evil.pdf)

Tribunal Supremo de Elecciones, República de Costa Rica. Sentencia n.º 1724-E8-2019 de las 15:00 horas del 27 de febrero de 2019.

Von Kirchmann, J. (1949). *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid: Colección Civitas.

XIX Cumbre Judicial Iberoamericana. (2018). Perfil del juez y jueza iberoamericanos acorde a la oralidad procesal. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:QjsyUkpToAsJ:www.cumbrejudicial.org/formacion-judicial/download/1006/676/15+&cd=1&hl=es&ct=-clnk&gl=cr>

# EL DERECHO ALIMENTARIO DE LAS PERSONAS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE ALGUNOS PAÍSES DE CENTROAMÉRICA

Dra. Paola Amey Gómez\*

## RESUMEN

El derecho alimentario al ser satisfecho debe permitir que todas las personas puedan desarrollarse en condiciones óptimas de vida, desde una perspectiva económica así como social, y puedan acceder a una alimentación de calidad a un costo moderado. Podríamos indicar que este factor es uno de los que menos se han efectivizado en los últimos años, ya que no solo en Latinoamérica, sino también en países como Haití, Argentina, España, Grecia y Chipre, la globalización y la inflación en los costos de vida han afectado a una gran parte de su población y, de esta forma, sus Gobiernos no han podido satisfacer de manera óptima este derecho a su ciudadanía, afectando en gran medida a las poblaciones en condición de vulnerabilidad. Por ello es importante comprender el derecho de alimentos como un derecho humano que debe ser satisfecho y más a las poblaciones vulnerables.

**PALABRAS CLAVE:** Personas en condición de vulnerabilidad, derecho a la vida, derecho humano, prioridad y solidaridad alimentaria.

## ASBTRACT

The food right to be satisfied should allow everyone to develop in optimal living conditions, from an economic as well as social perspective, and access quality food at a moderate cost; this factor could say that it is one of the least effective in recent years, since globalization, and inflation in living costs, not only in Latin America, but in countries such as Haiti, Argentina, Spain, Greece and Cyprus, have affected a large part of its population, and in this way its governments have not been able to optimally satisfy this right to their citizens, largely affecting vulnerable populations, it is therefore important to understand the right to food as a human right, which must be satisfied and more to vulnerable populations.

**KEYWORDS:** People in vulnerable conditions, right to life, human right, food priority and solidarity

Recibido 15 octubre 2020. Aprobado 4 de marzo 2021.

---

\* Doctorado en Derecho Penal, Escuela Libre de Derecho. Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. Especialidad en Derecho Notarial y Registral con Énfasis en Contratos Comerciales, Universidad Interamericana. Especialidad en Derecho de Familia, Escuela Judicial. Maestría en Administración de Justicia, enfoque Socio-jurídico con énfasis en Administración de Justicia en Relaciones Familiares Universidad Nacional de Costa Rica, Maestría en Derecho Procesal Penal y Derecho Penal, ha realizado estudios de maestría en derecho de familia, en la Universidad Latina, pendiente el trabajo final de investigación [pamey@poder-judicial.go.cr](mailto:pamey@poder-judicial.go.cr)

## I. Original

Las personas menores de edad requieren el resguardo de sus derechos en los procesos judiciales, ello de conformidad con los principios y normas internacionales, en razón de lo anterior la figura del Abogado del menor resulta de gran importancia.

### Introducción

El derecho es una ciencia social y, como tal, deberá adaptarse a las circunstancias o condiciones económicas, culturales y sociales de un momento histórico en particular, con el fin de ser correctamente aplicado como instrumento de regulación de relaciones entre los seres humanos. Consecuentemente, los institutos jurídicos de las diferentes ramas del derecho deberán adaptarse a dichas situaciones socio-culturales, por lo que, en ellos, pueden observarse diversas modificaciones, a lo largo de la historia, surgidas a causa de la necesidad del derecho como ciencia de adaptarse a una realidad. Por ende, resulta imperante el estudio del derecho alimentario desde la perspectiva del acceso de los grupos vulnerables. En razón de lo anterior, un objetivo importante en la Administración de Justicia es tratar de analizar el tema alimentario en la actualidad desde los tres componentes: el estructural, el formal normativo y el político-cultural de la autora Alda Facio<sup>1</sup>, ya que determinan la interpretación del juez y de la jueza de la Sala Constitucional y, por supuesto, el establecimiento de políticas institucionales.

En este sentido, qué mejor que iniciar nuestro análisis tomando como parámetro uno de los instrumentos más importantes en protección de poblaciones vulnerables, como lo son las Reglas

de Brasilia, las cuales establecen como norte principal un verdadero acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, eliminando cualquier circunstancia que pueda interferir en el pleno goce de los servicios del sistema judicial, y las define en la regla número tres<sup>2</sup>.

En la protección de los derechos de las poblaciones vulnerables, se debe priorizar su derecho alimentario, ya que la obligación alimentaria es una deuda de carácter prioritario con especial protección por parte del Estado y de sus instituciones. Esto es así porque el derecho a recibir alimentos se vincula con el cúmulo de derechos fundamentales que tiene todo ser humano para su desarrollo integral y, en otros supuestos, con el derecho a una protección especial cuando la persona se encuentre en una situación de vulnerabilidad.

## II. Conceptualización del derecho de alimentos

En el *Informe número 34* del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, encontramos una importante definición sobre derecho alimentario que indica que debe entenderse como:

*El derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna (2010).*

1 Facio, A. (1999).

2 “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

Algunas de las diferencias que se establecen doctrinariamente se encuentran entre los términos, seguridad alimentaria, *soberanía alimentaria* y *derecho alimentario*, los cuales se encuentran en el *Informe número 34* del Alto Comisionado para los Derechos Humanos<sup>3</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, en el artículo 169 del Código de Familia Costarricense<sup>4</sup>, se define qué debe entenderse por alimentos, determinando un parámetro de gran importancia en nuestro país.

Además, existen principios que deben respetarse en el derecho alimentario, los cuales tienen su arraigo en las Constituciones Políticas de los países centroamericanos; por ende, para poder efectivizarlos, hay que tener una óptica de derechos humanos. En forma general, existen principios que deben respetarse y que son comunes en nuestras legislaciones, como son: el debido proceso, acceso a la justicia pronta y cumplida, no revictimización, interés social, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, perentoriedad, celeridad, informalidad, sencillez y verdad real, los cuales se detallan a continuación.

El debido proceso implica que la efectivización del derecho alimentario no puede ser en ninguna manera arbitraria. Es necesario que se cumplan todas las garantías individuales de las que hablan las Constituciones Políticas y los instrumentos internacionales para poder exigirlos, ya que aun bajo la pretensión de alimentos y de la

vulnerabilidad de los peticionarios, no se le van a dejar de respetar sus derechos a la persona demandada.

El acceso a la justicia pronta y cumplida consiste en que todas las personas tienen acceso a exigir un acceso a la justicia, sin discriminación por motivos de raza, sexo, idioma, creencia religiosa o ideología política.

Otro aspecto importante que se debe destacar está relacionado con esa prontitud para la resolución de su pretensión. Tristemente, el derecho alimentario es uno de los más exigidos en los tribunales de justicia, y muchas veces por la poca cantidad de personal judicial encargado de resolver las demandas en esos órganos jurisdiccionales, la mora judicial se incrementa. Los Estados deben encargarse de efectivizarlos, y cuando hablamos de cumplimiento, estamos hablando de una eficiente ejecución de las sentencias judiciales, pues si no se cuenta con este factor, no podríamos estar hablando entonces de un correcto acceso a la justicia.

El principio de no revictimización consiste en no estar involucrando una y otra vez a las partes en el proceso, para con ello afectarlas lo menos posible en cuanto al proceso se trata, ya que todo su seguimiento tiene afectaciones psicológicas en las partes intervinientes. Por lo cual, no es necesario que las partes tengan que asistir al juzgado de manera reiterada o innecesaria, si

3 “Seguridad Alimentaria: cuando todas las personas tienen en todo momento el acceso físico, social y económico a alimentos suficientes, inocuos y nutritivos que satisfacen sus necesidades y preferencias alimentarias para llevar una vida activa y sana. La soberanía alimentaria: es un concepto emergente en cuya virtud las personas definen su propio alimento y su propio modelo de producción de alimentos (como la agricultura y la pesquería), determinan el grado en que quieren bastarse por sí mismos y proteger la producción interna de alimentos, así como regular el comercio a fin de lograr los objetivos del desarrollo sostenible. El derecho a la alimentación: es un derecho humano reconocido en el derecho internacional que permite que las personas tengan acceso a una alimentación adecuada y a los recursos necesarios para tener en forma sostenible seguridad alimentaria (2010)”.

4 “se entiende por alimentos lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien ha de darlos. Se tomarán en cuenta las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para su normal desarrollo físico y psíquico, así como sus bienes [...]”.

encuentran satisfechas sus pretensiones cuando se presentan por primera vez.

El principio de interés social implica que el derecho alimentario no es un derecho cerrado de las partes, sino que es un derecho en el que deben involucrarse los organismos estatales para poder garantizarlo a los grupos vulnerables, ya que atañe al Estado y debe ser resuelto no solamente en juzgados y tribunales, sino también a través de políticas de solución que permitan que las personas tengan acceso tangiblemente a los temas que mencionábamos anteriormente como lo son la seguridad y la soberanía alimentaria.

La irrenunciabilidad implica que no se puede renunciar al derecho de alimentos, es necesario para la persona que depende de estos, y le corresponde al obligado alimentario satisfacerlos. Por su parte, la imprescriptibilidad implica que el derecho alimentario no prescribe, se puede pedir siempre y cuando se tenga legítimamente el derecho a exigirlo. La ley establece taxativamente quiénes son las personas que pueden demandarlo.

El principio de perentoriedad implica que los jueces y las juezas encargados de las pensiones alimentarias asimismo el personal auxiliar y los equipos interdisciplinarios deben estar claros de una vez por todas en la urgencia de la tramitación de estos procesos, debido al tema del que se trata. La dilatación de estos procesos engloba una serie de agravantes que desembocan al final en justicia tardía e inefectiva<sup>5</sup>.

En el derecho de familia en general, la celeridad es un principio rector, pues estamos tratando derechos muy sensibles y cuya dilación puede

producir grandes daños y perjuicios, lo cual va de forma paralela al principio de informalidad y sencillez que implica que la tramitación de los procesos alimentarios ante un órgano jurisdiccional debe ser expedito y no puede estar cargado de formalismos que obstaculicen el proceso y su pronta resolución.

Por último, la verdad real es de vital importancia, aunque convendría preguntarse *¿qué no es la verdad un valor intrínseco al derecho en general?* Por supuesto que sí, pero necesitamos especialmente en esta rama que la verdad real trascienda más todavía, ya que se trata de buscar las soluciones más apegadas a la problemática de las personas, ya que se necesitan resoluciones apegadas no solamente al derecho, sino también a la realidad de cada una de las partes del proceso. Nótese que no solamente se trata de proveer una pensión alimentaria justa a la persona alimentada, sino que sea de acuerdo con la capacidad del alimentante.

Es importantes indicar que, en Costa Rica, la actual Ley de Pensiones Alimentarias divide los principios en dos categorías, los primeros propiamente referentes a las características de la obligación alimentaria, tales como perentoriedad, personalísima, irrenunciable, prioritario y directriz de responsabilidad. En segundo lugar, establece los principios procesales que lo hacen un proceso especial dentro del proceso de familia, entre ellos encontramos la oralidad, celeridad, oficiosidad, verdad real, sencillez y la informalidad y sumariedad.

Es importante señalar que, con la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia en el

5 Al respecto Ramón Meza indica: “La perentoriedad dentro del proceso alimentario denota un aspecto urgente. Si esto se cumpliera no deberían esperar meses y a veces años, para que, en el caso de las partes beneficiarias obtengan la fijación de una pensión alimentaria definitiva, que mientras esta no se dé, persiste una incertidumbre... dentro de esta incertidumbre los representantes de los menores, y los que de forma directa esperan la determinación de su derecho, no pueden definirse en su situación económica, pues no saben si este derecho permanece en la proporción que ha sido fijada, o bien del análisis del caso concreto este derecho decae”. (Meza, 2013).

2022, se establecen principios generales en el numeral seis que deben ser observados y principios propios en la materia de alimentos establecidos en el numeral 258, los cuales se analizarán en un segundo artículo de derecho alimentarios a la luz de la reforma procesal de familia.

### III. Características

Hemos visto la definición de derecho alimentario, así como los principios que deben regir la tramitación de este derecho cuando se exige ante un órgano jurisdiccional. Ahora veremos algunas de las características que estos poseen de forma general.

En primer lugar, se halla el carácter vitalicio de la obligación alimentaria, ya que la perpetuidad de este derecho es una de las características que lo hacen diferente frente a otro tipo de derechos, pues normalmente en otras materias del derecho, como la civil y la penal, el plazo para exigir el cumplimiento de una obligación o efectuar una acción tiene un plazo determinado, después del cual, pasado este, existen preclusiones. Es sumamente interesante, si vemos este derecho, el peso jurídico que tiene, a tal punto que la obligación no se extinguirá, a pesar de la muerte del obligado, la cual persistirá para que, con sus bienes, puedan efectivizarse los derechos de aquellos que necesitan ser alimentados.

En segundo lugar, se encuentra la reciprocidad de la obligación alimentaria, la cual es una característica muy interesante, pues algunos Códigos Civiles como el de Honduras, así como el Código de Familia del mismo país establecen quiénes pueden ser los sujetos que pueden exigir alimentos en una demanda; por ejemplo, los hijos a los padres o los padres a los hijos, depende de las circunstancias jurídicas en las que ambos se encuentren. Esta característica permite que, en

algún punto de la historia, los papeles se inviertan en favor de cualquiera de las partes intervinientes. En tercer lugar, se halla el carácter personalísimo de la obligación alimentaria, pues tiene que ver con esas necesidades específicas que tiene el alimentado, frente a esa capacidad y deber que tiene el alimentante; a diferencia de otras ramas del derecho, como puede ser la civil, donde, en la satisfacción de la obligación, pueden verse otros sujetos involucrados.

En cuarto lugar, se encuentra la coercitividad de la obligación alimentaria, la cual llama mucho la atención, pues, en países como Costa Rica, la existencia en la norma, del apremio corporal, hace posible que, si la persona obligada incumple en la cuota alimentaria, pueda ser apremiada corporalmente para que haga efectiva la deuda. Pero en Honduras, por ejemplo, dicha disposición no existe, por lo que no podríamos decir que el tema del apremio es un criterio totalmente aceptado. Sin embargo, muestra que es una medida de las personas deudoras alimentarias que ahora son más responsables con sus obligaciones con sus alimentados.

En quinto lugar, se halla la indivisibilidad, ya que la obligación alimentaria no puede dividirse, tal acción desnaturalizaría a la obligación, es menester conservarla según su existencia y, para esto, se debe respetar su integridad en todos sus extremos. Así el licenciado Gerardo Trejos señala:

*El que una persona este obligada a la alimentación de otra, no le exime de igual carga respecto a los demás parientes que se encuentren también con derecho a percibir alimentos y en las condiciones requerida; sin embargo, cuando no le fuere posible por sus circunstancias atender a todas esas obligaciones, cumple con satisfacer aquella o aquellas que pudiere [...]. (Trejos, 2010).*

#### IV. Proceso de pensiones alimentarias

En Costa Rica, la obligación alimentaria ha estado regulada desde el Código General de Carrillo como una obligación que nace del matrimonio según el numeral 122 y se extiende a los hijos para educarlos y mantenerlos.

Así mismo, en el Código de 1888, artículo 162, se estipuló quiénes debían alimentos. Posteriormente, con la promulgación del Código de Familia de 1973, se dispuso que los hermanos debían alimentos a los hermanos menores o incapaces, y otra evolución importante fue en relación con los abuelos y nietos extramatrimoniales, y los nietos y bisnietos estaban obligados a brindar alimentos a sus abuelos y bisabuelos consanguíneos o adoptivos, cuando por su edad o incapacidad física, los requerían, siempre y cuando los parientes más inmediatos no los podían suministrar.

En referencia a los sujetos, como parte de la evolución en el derecho alimentario, es importante hacer mención de la conviviente en unión de hecho, ya que, a partir de la vigencia de la Ley 7532 del 8 de agosto de 1995, se adicionó un capítulo único al Código de Familia y, en dicha reforma, se contempló tanto regular como irregular. No obstante, la irregular fue declarada inconstitucional mediante el voto 3858-99 de las dieciséis horas con cuarenta minutos del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve de la Sala Constitucional.

Finalmente, debemos mencionar, la Ley de Paternidad Responsable N.º 8101 del 27 de abril de 2001, la cual introduce importantes cambios, ya que, establecida la filiación, procede el cobro de alimentos pasados, conforme el artículo 172 del Código de Familia; una pensión alimentaria regular con efecto retroactivo amplio, regulada en el párrafo segundo y cuarto del artículo 96

del Código de Familia; gastos de embarazo y maternidad, regulados en el anterior artículo, pero en los párrafos primero y tercero; la pensión alimentaria propiamente dicha, establecida en el artículo 169 del Código de Familia y el valor de alimentos no pagados, cuyo fundamento, según la jurisprudencia, radica en los artículos 1043 y 1044 del Código Civil. (Solís Madrigal, 2005).

Actualmente, en cuanto al proceso de alimentos, la evolución que se ha notado es en relación con el paso que se está dando del proceso escrito al oral. El proceso escrito inicia con la demanda, al igual que los demás procesos de conocimiento, y se puede indicar que dispone de dos grandes fases: la fase de demanda que es donde se realizan todos los actos procesales necesarios para llegar a la sentencia, y la fase de ejecución que es aquella en la que el proceso sufre modificaciones de la cuota.

El proceso oral se diferencia del proceso escrito, en tanto que se procura la resolución del proceso alimentario de una forma más célere, ya que la demanda debe ser presentada electrónicamente. Una vez recibida en el juzgado, se hace un señalamiento a los diez días para una audiencia previa, en la cual no se ha emplazado al obligado alimentario de la demanda, ya que los efectos de la audiencia es lograr una conciliación y, si no se logra, se pone en conocimiento de la resolución que fija la pensión provisional de forma oral, dándose el plazo de ley para la debida contestación y ofrecimiento de prueba.

Con la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia en octubre de 2022, este proceso será diferente en tanto se deroga la actual Ley de Pensiones alimentarias, y si bien se realizará la respectiva audiencia previa, conforme lo establece el numeral 269, en el caso de que no llegue a una conciliación, a la persona juzgadora le corresponderá dictar una sentencia anticipada como lo dispone el numeral 270, con lo cual se

inicia o se termina el proceso, dependiendo si existe oposición o no a las pretensiones. Pero este procedimiento será objeto de un segundo artículo sobre la reforma procesal.

En Panamá, la Ley General de Pensión Alimenticia, N.º 42 del 7 de agosto de 2012, establece en el numeral 46 que la solicitud inicial debe señalar los datos del demandado, el demandante y los beneficiarios, así como las posibilidades económicas de los dos primeros, además del monto pretendido para los beneficiarios. En el numeral 52 y 53 de la Ley, se establece el procedimiento a seguir, ya que, una vez presentada la solicitud, se señala una audiencia donde las partes expresarán sus argumentos de forma sencilla, y podrán aportar los documentos que consideren relevantes. En la primera parte de la audiencia, se propiciará la conciliación y, si no se realiza, se recibirá la prueba y se fijará la cuota de la pensión provisional y, posteriormente, se resolverá conforme lo indican los numerales 58 y 62, respetándose la informalidad y la sencillez del proceso.

En referencia al proceso en Honduras, anteriormente dicha solicitud se efectuaba a través de un trámite escrito no muy expedito que se tramitaba ante el juzgado de letras de familia. Actualmente, con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, todas las solicitudes de alimentos se llevan a cabo a través de lo establecido para lo que se denomina el proceso abreviado, según las normas procesales del nuevo código y las reglas específicas para el proceso de alimentos contenidas también en dicho cuerpo normativo.

Entonces como se señala en las Reglas del proceso abreviado, el proceso comenzará con demanda por escrito. Posteriormente, se citará a una única audiencia regida por principios como el de contradicción, dispositivo, economía procesal y concentración. Si la demanda es admitida, en

el auto de admisión, se mencionarán el día, fecha y hora de la audiencia, la cual deberá señalarse en un plazo no menor a 10 días, ni mayor a 20 días, según lo establecido en el artículo 588.

Asimismo, el Código Procesal Civil indica que la audiencia del proceso abreviado seguirá las Reglas del proceso ordinario, tal y como lo señala en el artículo 591, con la única diferencia de que en el proceso abreviado, la evacuación de la prueba también se realizará en la misma audiencia. Luego se dictará sentencia en un plazo no mayor a cinco días.

En el Salvador, el proceso alimentario inicia con una demanda por escrito que debe contener dentro de sus requisitos de admisibilidad algunos requisitos, tales como la designación del juzgado al que se dirige, el nombre, calidad de mayor o menor de edad y domicilio de la persona demandante y apoderada, así como los del o de la representante legal. Lo mismo aplica para la persona demandada, los hechos, la pretensión, el ofrecimiento de los medios de prueba, la dirección donde la persona apoderada podrá recibir las notificaciones, la solicitud de medidas cautelares, el lugar, fecha y firma del peticionario, todo de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de la Ley Procesal de familia de El Salvador.

Una vez presentada la demanda, la persona juzgadora resolverá sobre su admisibilidad dentro de los cinco días posteriores a su presentación y se ordenará el emplazamiento del demandado, según lo establecido en el artículo 95 de la Ley Procesal de Familia. Cuando sea emplazado el demandado, este deberá proceder a la contestación de la demanda en el plazo de quince días, de acuerdo con el artículo 97 de la Ley y, contestada la demanda, se procederá a la tramitación de la audiencia preliminar, en cuya sustanciación se encuentran varias etapas, primeramente la fase saneadora y, dentro de esta, una etapa de conciliación, debate (con base en la conciliación),

excepciones, medidas saneadoras, ordenación de la prueba. Posteriormente, se cita a la audiencia de sentencia, aquí se evacuará toda la prueba, después se oirán las alegaciones y, en la misma audiencia, se dictará el fallo, todo de conformidad con los artículos 114 al 122 de la ley.

## V. Abordaje sistemático de los grupos vulnerables

Los institutos jurídicos de las diferentes ramas del derecho deberán adaptarse a dichas situaciones socio-culturales, por lo que, en ellos, pueden observarse diversas modificaciones, a lo largo de la historia, surgidas a causa de la necesidad del derecho como ciencia de adaptarse a una realidad. Por ende, resulta imperante el estudio del derecho alimentario desde la perspectiva del acceso de los grupos vulnerables.

En este sentido, qué mejor que iniciar nuestro análisis tomando como parámetro uno de los instrumentos más importantes en protección de poblaciones vulnerables, como lo son las Reglas de Brasilia, las cuales establecen como norte principal un verdadero acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad eliminando cualquier circunstancia que pueda interferir en el pleno goce de los servicios del sistema judicial, definiéndolas en la regla número 3 como *“aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”*.

Por su parte, el Informe del Instituto de Atención y Prevención de Adicciones en la Ciudad de México, que podemos ubicar en su página web, establece una definición que abarca varios factores

para conceptualizar los grupos vulnerables, los cuales son:

*todos aquellos que en virtud de su edad, raza, sexo, condición económica, social, características físicas, circunstancias culturales y políticas u orientación sexual, pueden encontrar mayores obstáculos en el ejercicio de sus derechos ciudadanos. Esta condición se agrava si se suman problemas con el uso, abuso o dependencia de sustancias psicoactivas. (s.rf).*

De lo anterior, puede extraerse que la condición especial de vulnerabilidad es generada por factores sociales, económicos, étnicos y culturales, los cuales varían de acuerdo con las condiciones particulares de la sociedad de la que se trate. Por tanto, al analizar la existencia o determinación de grupos vulnerables, debe observarse primeramente cuáles son las condiciones o factores que lo generan, aunado a que no podría realizarse una lista exhaustiva universal de grupos vulnerables, pues dependerá de las condiciones de cada país.

### A. Clasificación de los grupos vulnerables y su esfera de protección normativa

#### a.1. Niños, niñas y adolescentes

En las Reglas de Brasilia, en el numeral 5, se indica que se debe entender como niño, niña y adolescente, tomando como parámetro la minoría de dieciocho años:

*Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.*

En la Convención de los Derechos del Niño, se procuró hacer un reconocimiento especial a los derechos de las personas menores de edad, en razón de que la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos estableció que la infancia tenía derecho a cuidados, asistencia y protección especiales.

Los aportes fundamentales de esta convención están referidos, en primer lugar, a reconocer a la persona menor de edad como un sujeto de derechos, y establecer una serie de obligaciones y compromisos para los Estados parte, con el fin de hacer valederos los derechos de los niños.

En esta línea de ideas, la Ley N.º 7739 o Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica del 6 de enero de 1998 tiene su principal objetivo delimitado desde el artículo 1 de dicho cuerpo normativo que señala que:

*[...] Este Código constituirá el marco jurídico mínimo para la protección integral de los derechos de las personas menores de edad. Establece los principios fundamentales tanto de la participación social o comunitaria como de los procesos administrativo y judicial que involucren los derechos y las obligaciones de esta población. Las normas de cualquier rango que les brinden mayor*

*protección o beneficios prevalecerán sobre las disposiciones de este Código [...].*

Se establecen así, en las demás normas del Código, los derechos de toda persona menor de doce años, referidos a la libertad, la personalidad, la vida en familia, a percibir alimentos, a la salud, la educación, la cultura, recreación y deporte, así como al trabajo cuando son mayores de quince años. Igualmente, al reconocer a la persona menor de edad como un sujeto de derechos, reconoce su derecho a la justicia, comprometiéndose el Estado a garantizar este acceso, incluso a través de la asistencia o patrocinio letrado gratuito y costado por este último.

En Costa Rica, la Sala Constitucional ha analizado el tema de la vulnerabilidad de las personas menores de edad, desde la perspectiva del derecho de acceso a la justicia y del derecho de asistencia legal gratuita en varias resoluciones como la 688-2011 de las nueve horas con treinta y dos minutos del veintiuno de enero de dos mil once<sup>6</sup>.

## **a.2. Poblaciones indígenas**

En el numeral 9, las Reglas de Brasilia indican la protección especial que merecen estas poblaciones, señalando que “*se promoverán*

6 “[...] El derecho de las personas en condiciones de vulnerabilidad a recibir asistencia legal gratuita, cuando no puedan afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones, forma parte incuestionable del Derecho de la Constitución, como una exigencia clave para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia y, consecuentemente, como presupuesto básico para el ejercicio del derecho al debido proceso. **Y es que la pertenencia de una persona a un grupo social en situación de vulnerabilidad se puede constituir en un obstáculo para el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia. Por lo que se requiere del Estado la adopción de acciones positivas destinadas a remover aquellas barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio del derecho de acceso a la justicia a las personas que integran los referidos grupos sociales...** De allí que resulten relevantes, para la debida resolución de este asunto, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (aprobadas por Corte Plena en la sesión número 17-2008 de 26 de mayo de 2008), en las que se desarrolla el contenido esencial del derecho de acceso a la justicia y que tienen, por finalidad, garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Según se señala, expresamente, en la exposición de motivos de ese texto, poca utilidad tiene el que se reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho, de allí la necesidad de que el sistema judicial se configure como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de todas las personas, incluidas, particularmente, aquellas en condición de vulnerabilidad”. (El resaltado no pertenece al original).

*las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas”.*

Por su parte, el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) sobre Pueblos Indígenas y Tribales y Países Independientes reconoce el principio de autonomía de los pueblos indígenas, admitiendo que estos pueden “*asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven*”, según se indica en su preámbulo. Además, reconoce la obligación de los Estados de procurar el respeto de las costumbres y tradiciones de estos pueblos, así como también dar una protección especial, tendiente a eliminar las dificultades que estos pueblos enfrenten en razón de su condición<sup>7</sup>.

En Costa Rica, la Ley N.º 6172 o Ley Indígena, que rige desde el 29 de noviembre de 1977, reconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, con el propósito de hacer respetar lo que ellos consideran un legado de sus ancestros, dado el valor espiritual que tiene la tierra dentro de su cosmovisión. A través de esta

ley, el Estado reconoce el derecho de los pueblos indígenas a no ser desplazados de los territorios que ocupan<sup>8</sup>.

También la Ley 9593 de Acceso a la Justicia de Pueblos Indígenas de Costa Rica establece garantías de tutela judicial efectiva a los pueblos indígenas como es poder tener defensa pública tanto para la parte actora como la demandada, conforme lo indica su numeral 7 y, así en todo proceso judicial, se debe garantizar su representación.

### **a.3. Personas refugiadas y migrantes**

La protección a las personas refugiadas se encuentra establecida de forma específica en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 que, en su numeral 3, indica que “*Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen*”.

En el caso de las personas migrantes, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990, indica en su numeral 7 “el

7 “[...] Artículo 5. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticos e instituciones de esos pueblos;
- c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo [...]”.

8 “[...] Artículo 3º.- Las reservas indígenas son inalienables e imprescriptibles, no transferibles y exclusivas para las comunidades indígenas que las habitan. Los no indígenas no podrán alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra manera adquirir terrenos o fincas comprendidas dentro de estas reservas. Los indígenas sólo podrán negociar sus tierras con otros indígenas. Todo traspaso o negociación de tierras o mejoras de éstas en las reservas indígenas, entre indígenas y no indígenas, es absolutamente nulo, con las consecuencias legales del caso. Las tierras y sus mejoras y los productos de las reservas indígenas estarán exentos de toda clase de impuestos nacionales o municipales, presentes o futuros...”.

compromiso de los Estados el resguardo de sus derechos”<sup>9</sup>. Es evidente que los Estados deben brindar una protección especial a las personas que se han tenido que desplazar de sus países por alguna razón en particular, puesto que, en su numeral 13, las Reglas de Brasilia indican la relevancia de esta obligación estatal<sup>10</sup>.

#### **a.4. Personas adultas mayores**

Las Reglas de Brasilia señalan en su numeral 6 que *“el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia”*.

La Ley N.º 7935 o Ley Integral para la Persona Adulta Mayor del 25 de octubre de 1999 de Costa Rica es el mecanismo legal que utilizó el Estado para garantizar el goce y disfrute de los derechos de las personas mayores de sesenta y cinco años, a través de la obligación estatal de promover la participación de las personas adultas mayores en áreas recreativas, educativas, de información y salud, siempre asegurando el respeto y protección a su integridad física y psicológica conforme lo indica su artículo 3. Así mismo, lo dispone la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

#### **a.5. Personas con discapacidad**

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad

indican en su numeral 7 lo que debemos entender por discapacidad: *“[...] (7) Se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social [...]”*.

Además, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad prescribe en su artículo primero que *“[...] El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social [...]”* y, según lo establecido en su artículo II, su propósito es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación en contra de las personas con discapacidad y, por el contrario, propiciar su integración plena en la sociedad.

Por su parte, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se fundamentó en el principio de igualdad de todos los seres humanos, plasmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por ello, en ese documento, se procuró reconocer especialmente el derecho de los seres humanos con capacidades especiales de desarrollarse plenamente en sociedad. Además, establece una serie de obligaciones para los Estados partes, los

9 “Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.

10 “El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo”.

cuales se comprometen a hacer conciencia social e implementar los programas necesarios para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las personas con discapacidad, todo esto en el marco de los principios que la misma convención enumera<sup>11</sup>.

En un sentido similar, lo establece la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de Costa Rica, al definir, en su artículo 2, lo que se entenderá por discapacidad: “[...] *Cualquier deficiencia física, mental o sensorial que limite, sustancialmente, una o más de las actividades principales de un individuo [...]*”. Establece además una serie de obligaciones del Estado, tanto de la Administración central como de la descentralizada, en aras de hacer realidad el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad, referidos a la posibilidad de gozar y disfrutar de las oportunidades en los mismos términos que las demás personas en áreas, tales como educación, servicios de salud, trabajo, medios de transporte, espacio físico, medios de transporte, información y educación, cultura, deporte y actividades recreativas.

Igualmente, se emite la Declaración del Decenio de las Américas: por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (para los años 2006-2016) como un plan de acción de los países latinoamericanos decididos a transformar en una realidad los compromisos tomados en

la convención, tomando en cuenta la cantidad considerable de personas que tienen alguna discapacidad, así como la importancia de que todos los países deben actuar en conjunto.

#### **a.6. Género**

En sus numerales 17 y 18, las Reglas de Brasilia indican que la mujer sufre discriminación que le impide un verdadero acceso a la justicia y agregan que esta debe entenderse como:

*“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.*

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) aborda el tema de la situación jurídica y social de la mujer, la reproducción humana, así como las consecuencias de una cultura de roles en perjuicio de la mujer. Igualmente establece el papel de los Estados en procura de eliminar cualquier forma de discriminación contra las

11 “[...] Artículo 3. Principios generales. Los principios de la presente Convención serán:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto de las capacidades en evolución de los niños con discapacidad y el respeto del derecho de los niños con discapacidad de preservar sus identidades [...]”.

mujeres, reconociendo plenamente la igualdad entre ellas y los hombres<sup>12</sup>.

En esta línea de ideas, en Costa Rica, existe la **Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer** o Ley N.º 7142 del 8 de marzo de 1990 que tiene como propósito promover y garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el área político, económico, social y cultural. Para ello, fija una serie de obligaciones o exigencias, tanto para determinadas entidades estatales como agrupaciones particulares, con el fin de que permitan no hacer nugatorio el derecho a una igualdad real, sin distinción por género y, de esta manera, cumplir en parte con las obligaciones contraídas al aprobar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, mediante la Ley N.º 6968<sup>13</sup>.

#### **a.7. Privados de libertad**

En sus numerales 22 y 23, las Reglas de Brasilia establecen la conceptualización de privación de libertad, señalando que ello puede convertirse en una condición de vulnerabilidad para las personas. Así mismo, en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, se establece la protección especial sin discriminación que merece esta población carcelaria y, en el numeral sexto, se indica de forma expresa que:

*“6. 1) Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios,*

*principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera. 2) Por el contrario, importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso.”*

#### **a.8. Minorías y pobreza**

En su numeral 21, las Reglas de Brasilia señalan que la pertenencia a una minoría étnica, religiosa y lingüística puede llegar a constituirse como causa de vulnerabilidad. Además, debe analizarse el factor económico, ya que pobreza también limita el acceso a la justicia, según lo expresan el numeral 15 y el 16 de las citadas reglas.

#### **B. Esfera de protección normativa**

En Costa Rica, en el artículo 51 de la Constitución Política, se establece que *“la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido* tienen derecho a una protección especial del Estado”, precisamente por considerar que esta condición, por sí sola, los coloca en un estado de especial fragilidad o exposición y, específicamente, en el ámbito de la familia, decide darle una protección especial a ciertos grupos, por considerarlos especialmente vulnerables en la sociedad actual.

Por su parte, en la Constitución de Honduras, se establece una protección similar en su numeral 60, indicando que podría llegar a constituirse en delito alguna discriminación: **“ARTICULO 60. Todos**

12 “[...] Artículo 1. A los efectos de la presente Convención, 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 la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera [...]”.

13 “[...] ARTICULO 2.- Los poderes e instituciones del Estado están obligados a velar porque la mujer no sufra discriminación alguna por razón de su género y que goce de iguales derechos que los hombres, cualquiera que sea su estado civil, en toda esfera política, económica, social y cultural, conforme con la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, de las Naciones Unidas, ratificada por Costa Rica en la ley No. 6968 del 2 de octubre de 1984 [...]”.

*los hombres nacen libres e iguales en derechos. En Honduras no hay clases privilegiadas. Todos los hondureños son iguales ante la Ley. Se declara punible toda discriminación por motivo de sexo, raza, clase y cualquier otra lesiva a la dignidad humana. La Ley establecerá los delitos y sanciones para el infractor de este precepto”, y se brinda una protección especial a las personas menores de edad de conformidad con su numeral 119 a 121.*

En el Salvador, constitucionalmente, se brinda una protección especial a todas las personas en tanto se proscribe cualquier forma de discriminación concretamente en su numeral 3 y, así mismo, se brinda una protección especial a las personas menores de edad en sus numerales 34 y 35.

En el caso de Panamá, existe una protección similar a las referidas anteriormente, de conformidad con su numeral 19 que indica que: “*No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.* También, se establece una esfera de protección especial a las personas menores de edad, ancianos y enfermos, inclusive señala que debe existir una institución especial que brinde resguardo a la familia, como se detalla en los numerales 56 y 63.

Nótese que la protección especial por disposición del constituyente está dada para la madre, como principal rol social ejercido por la mujer que claramente la coloca en un estado de vulnerabilidad, respecto a los roles ejercidos por el hombre. Es así como debemos concientizarnos y reflexionar que, en el tema de alimentos, la mujer tiene una condición vulnerable que puede caracterizarse no solamente por la situación económica, ya podemos encontrarnos ante una usuaria mujer, indígena, en condición de pobreza y que ha sido víctima de violencia doméstica, a la cual debemos brindar una atención especial e inmediata en razón de su vulnerabilidad, ya que

ello nos ejemplifica que las mujeres pueden ser vulnerables por muchos factores, no solamente por el género, recordando que la pobreza tiene un rostro femenino. Aunado a lo anterior, se reconoce que la persona menor de edad, así como las personas adultas mayores y las personas con discapacidad ostentan igualmente una posición más comprometida socialmente.

Además de las normas constitucionales, existe normativa, tanto nacional como internacional, encaminada a la protección de los grupos vulnerables, así como al reconocimiento de sus derechos, dentro de una sociedad tendiente a unificar medios y sistemas, por lo que, a consecuencia de ello, reprime las posibilidades de vivir disfrutando de su individualidad dentro de una sociedad en paz como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y las Reglas de Brasilia.

## **VI. Fijación de pensión provisional en sede de violencia doméstica: protección de grupos vulnerables**

En Costa Rica, dentro de las medidas de protección que pueden establecerse en sede de violencia doméstica, se encuentra la fijación de una pensión alimentaria, como se indica en el inciso 1 del numeral 3 de Ley que, de forma expresa, indica que se puede, “*1. Fijar una obligación alimentaria provisional de conformidad con la Ley de Pensiones Alimenticias. Una vez fijada, de oficio se testimoniarán piezas y se remitirán a la autoridad judicial correspondiente*”.

En el caso de Panamá, no existe una ley especial de violencia doméstica, ya que no es una jurisdicción especial.

En Honduras, la denuncia puede interponerse ante el Ministerio Público, la Secretaría de Estado en el Despacho de Seguridad, a través de la Policía Nacional y los juzgados competentes, y como **medidas cautelares** establecidas en el numeral 6 de la Ley de Violencia Doméstica, se indica que se puede “ *a) Fijar de oficio una pensión provisional de alimentos, cuya cuantía estará en correspondencia con la capacidad económica del agresor y las necesidades del alimentario o alimentaria*”.

En El Salvador, la denuncia o aviso de los casos constitutivos de violencia intrafamiliar puede interponerse en las delegaciones o puestos de la Policía Nacional Civil, en las oficinas de la Procuraduría General de la República y en los juzgados competentes para aplicar la Ley contra la Violencia Intrafamiliar; es decir, los juzgado de paz y en los juzgados de familia, ya que podría fijarse una cuota alimentaria como medida de protección, como lo indica el numeral numeral 7, inciso k de la Ley, el cual señala al respecto que el (la) juez (a) podrá “*k. establecer una cuota alimenticia provisional; una vez fijada, de oficio se procederá a su ejecución*”.

## VII. Conclusión

Las personas que componen los grupos con alguna condición de vulnerabilidad, en general, constituyen únicamente una cifra determinada para los Estados, hacia la cual se ha direccionado una infinidad de proyectos para reducirla. Sin embargo, es necesario que, a través de la acción con previa concientización de la existencia de estos, se atiendan realmente sus necesidades de forma efectiva, eficiente y eficaz.

La pluralidad es característica de los seres vivos. A pesar de ello, cada uno vale en igual medida, por lo que tendrá derechos inherentes a su condición de ser humano, los cuales deben ser respetados indistintamente de las condiciones

políticas, sociales, culturales, económicas y físicas que ostenten. Se debe tener claro que esta pluralidad, en muchas ocasiones, hace nacer grupos que se encuentran en una posición especial de vulnerabilidad respecto a los demás, pues esas condiciones socioeconómicas a las que se hacía referencia los colocan en una situación de riesgo o peligro que hace más fácilmente quebrantables sus derechos.

Así, es importante que el Estado procure, de forma real y efectiva, la protección de estos grupos en condición especial de vulnerabilidad, pues si no lo hace, estaría permitiendo el abuso de poder de unos por encima de los otros, situación abiertamente contraria a la doctrina de los derechos humanos.

En Honduras, es necesario realizar reformas en las leyes orgánicas de las entidades que están relacionadas con el apoyo a estos grupos, a fin de que las personas funcionarias correspondientes estén debidamente legitimadas para iniciar acciones de oficio con el fin de tutelar el derecho alimentario de estas poblaciones.

En el caso de Costa Rica, es necesaria una verdadera concientización de la atención a las personas en condiciones de vulnerabilidad, así como la importancia de la aplicación de la fijación de la pensión provisional como medida cautelar en sede de violencia doméstica, en aras de efectivizar los derechos de las personas usuarias.

Es evidente que, en las diversas regulaciones analizadas y en numerosos instrumentos de derecho internacional, se ha reconocido con diversos matices el acceso a la justicia de las personas con alguna condición de vulnerabilidad, ya que es una facultad que tienen todos los y las habitantes de acudir a los tribunales para ejercer sus derechos, así según lo dictado por el artículo 41 de nuestra Constitución Política de Costa Rica y, más aún, cuando es el derecho alimentario.

Por ende, también deben respetarse las Reglas de Brasilia, las cuales establecen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, eliminando cualquier circunstancia que pueda interferir en el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

El acceso a la Justicia como un derecho fundamental termina haciendo referencia a la forma en que debe brindarse el servicio estatal de administración de justicia. Se plantea entonces el derecho de acceder a procesos que sean ágiles y capaces de garantizar una justicia pronta y cumplida, además de facilitar este acceso a grupos desfavorecidos o excluidos, creando oportunidades que se encuentren al alcance de las posibilidades económicas, sociales y culturales de estos sectores en riesgo, con el respeto de los principios del derecho alimentario y desde una perspectiva de derechos humanos.

## Referencias bibliográficas

### Libros

Facio, A. (1999). *Cuando el género suena cambios trae*. San José: Ilanud.

Meza Marín, R. (2013). *El derecho alimentario costarricense*. Juritexto.

Solis Madrigal, M. (2005). *Derecho de familia. Alimentos entre convivientes*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.

Trejos Salas, G. (2010). *Derecho de la familia*. Juricentro.

Trejos, G. (1982). *Derecho de familia costarricense*. Primera Edición. San José: Editorial Juricentro, S. A.

*XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar. Disertaciones y ponencias*. 1 edición. (2012). Buenos Aires: La Ley.

### Leyes

Código de Familia de Costa Rica.

Código de Familia de Panamá.

Código de Familia de Honduras.

Código Penal de Honduras.

Código Procesal Civil de Honduras.

Código Civil de Honduras.

Código de la Niñez y Adolescencia de Honduras.

Constitución Política de Costa Rica.

Constitución Política de Panamá.

Constitución Política de Honduras.

Constitución Política de El Salvador.

Convención de los Derechos del Niño.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> . En fecha: 10 de enero de 2014.

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

Mujer: Convención de Belem do Pará. (Ley N.º 7499). (1995, 22 de junio). *Gaceta Oficial*, Junio 28, 1995.

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.). Sobre Pueblos Indígenas y Tribales y Países Independientes.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). Recuperado de: <http://catedradhunesco.ulasalle.ac.cr/wcontent/files/2%20Sistema%20Interamericano/Declaracion%20Americana%20sobre%20Derechos%20y%20Deberes%20del%20Hombre.pdf> En fecha: 10 de enero de 2014.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0013>. En fecha: 10 de enero de 2014.

Declaración del Decenio de las Américas: por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad.

Ley de Consultorios Jurídicos.

Ley contra la Violencia Doméstica de Costa Rica.

Ley contra la Violencia Doméstica de Honduras.

Ley contra la Violencia Doméstica del Salvador.

Ley Procesal de Familia de El Salvador.

Ley N.º 7600. Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

Ley N.º 7142. Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer.

Ley N.º 7935. Ley Integral para la Persona Adulta Mayor.

Ley N.º 6172. Ley Indígena.

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

Ley General de Pensión Alimenticia de Panamá, N.º 42 del 7 de agosto de 2012.

Ley Integral de Protección al Adulto Mayor y Jubilados de Honduras.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (23 de marzo de 1976).

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad (4-6 marzo de 2008).

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

### **Documentos de Internet**

Informe número 34 de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2010). Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>, consultado en diciembre 6, 2013.

<http://lema.rae.es/drae/?val=alimento> recuperado de Meza Marín, Ramón. (2013). *El Derecho Alimentario Costarricense*. Juritexto.

Adultos Mayores. Indígenas. Población con discapacidad. Recuperado de <http://>

[http://200.91.68.19:81/cumbre/index.php?option=com\\_content&view=article&id=19&Itemid=27](http://200.91.68.19:81/cumbre/index.php?option=com_content&view=article&id=19&Itemid=27). Consultado en julio 28, 2012.

Foro Internacional “Acceso a la Justicia y Equidad en América Latina. (1999). Recuperado de [wp.cedha.net/wp.../ACCESO-A-LA-JUSTICIA.pdf](http://wp.cedha.net/wp.../ACCESO-A-LA-JUSTICIA.pdf). Consultado el 27 de julio de 2012.

Informe del Registro Nacional de Estadística sobre Discapacidad (RED). (2011). Recuperado en [www.cnree.go.cr/sobre-discapacidad/estadisticas/red.htm](http://www.cnree.go.cr/sobre-discapacidad/estadisticas/red.htm). Consultado el 3 julio de 2012.

Informe del Instituto de Atención y Prevención de Adicciones en la Ciudad de México (srf). Recuperado en [http://www.iapa.df.gob.mx/wb/iapad/poblaciones\\_vulnerables](http://www.iapa.df.gob.mx/wb/iapad/poblaciones_vulnerables). Consultado el 13 de enero de 2014.

Secretaría General Iberoamericana (2010). Programa Iberoamericano de Acceso a la Justicia. Recuperado de [www.piaje.org/](http://www.piaje.org/). Consultado el 30 de Julio de 2012.

Werneck, C. (2010). Recuperado de <http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/articles->. Consultado el 1 de agosto de 2012.

Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos. (2006). *Origen de los*

*derechos humanos*. Consultado el 30 de julio de 2012 en [http://fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%20%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.2%20HISTORIA%20Y%20DECLARACIONES/2.2.1%20origen%20y%20evolucion%20ddhh\\_Origen%20de%20los%20Derechos%20Humanos\\_ALDHU.pdf](http://fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%20%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.2%20HISTORIA%20Y%20DECLARACIONES/2.2.1%20origen%20y%20evolucion%20ddhh_Origen%20de%20los%20Derechos%20Humanos_ALDHU.pdf).

Nordlander, T. (2008). *El origen de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Consultado el 30 de julio de 2012 en <http://www.humanrightsdefence.org/el-origen-de-la-declaracion-universal-de-derechos-humanos.html>.

Organización Mundial de la Salud. (2011). *Informe mundial sobre la discapacidad*. Consultado el 1 de Agosto de 2012 en [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/summary\\_es.pdf](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf).

Organización Mundial de la Salud. (2001). *Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud*. Consultado el 1 de agosto de 2012 en <http://ccp.ucr.ac.cr/bvp/pdf/desarrollohumano/oms-clasificacion-01.pdf>.

Organización Panamericana de la Salud. (2012). *Discapacidad*. Consultado el 1 de Agosto de 2012 en [http://new.paho.org/chi/index.php?option=com\\_content&task=view&id=82&Itemid=215](http://new.paho.org/chi/index.php?option=com_content&task=view&id=82&Itemid=215).

# EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS Y ACTIVIDADES NO ESENCIALES EN ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS ESTATALES

MSc. Mario Peña Chacón

## Resumen

Los servicios y actividades no esenciales son complementarios al fin público de conservación y uso sostenible de la biodiversidad comprendida dentro de las áreas silvestres protegidas estatales. Su prestación a favor de las personas usuarias de las áreas silvestres protegidas estatales puede brindarse de forma directa para parte del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, o bien, indirecta por medio de sujetos de derecho privado, previa autorización del servicio por parte del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, a través de concesiones y contratos.

**Palabras claves:** Áreas silvestres protegidas. Servicios y actividades no esenciales. Concesiones. Contratos.

## Abstract

Non-essential services and activities are complementary to the public purpose of conservation and sustainable use of biodiversity within state protected areas. Its provision in favor of the users of state protected areas, can be provided directly by the National System of Conservation Areas, or indirectly through private law subjects, with prior authorization of the service by the National System of Conservation Areas, through concessions and contracts.

**Keywords:** Protected areas. Non-essential services and activities. Concessions. Contracts.

Recibido 21 octubre 2020.

Aprobado 4 de marzo de 2021.

---

\* Consultor externo del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica (UCR). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE). Correo: mariopenachacon@gmail.com

## Introducción<sup>1</sup>

La reforma operada sobre el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad en octubre de 2019, así como el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020 de la Contraloría General de la República implicaron cambios sustanciales en el régimen jurídico de los servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas estatales.

El presente artículo pretende desarrollar el actual régimen jurídico de los servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas estatales y las formas en que estos pueden ser prestados por parte de sujetos de derecho privado, a través de concesiones y contratos.

### 1. Servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas estatales

#### 1.1. Definición y objetivos

Los servicios y actividades no esenciales son complementarios al fin público de conservación y uso sostenible de la biodiversidad comprendida dentro de las áreas silvestres protegidas estatales<sup>2</sup>.

Su prestación a favor de las personas usuarias de las áreas silvestres protegidas estatales puede brindarse de forma directa para parte del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, o bien, indirecta por medio de sujetos de derecho privado, previa autorización del servicio por parte

del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, a través de concesiones y contratos.

En ambos casos, el prestador del servicio y de la actividad no esencial debe cumplir con los principios fundamentales del servicio público previstos en la Ley General de Administración pública; entre ellos, los de continuidad, eficiencia, adaptabilidad e igualdad de trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios y el manejo sostenible del área silvestre protegida estatal<sup>3</sup>.

Autorizar la prestación de servicios y actividades no esenciales a sujetos de derecho privado le permite al Sistema Nacional de Áreas de Conservación concentrarse en labores esenciales de conservación y uso sostenible de las áreas silvestres protegidas estatales, propiciando beneficios para las comunidades aledañas, la obtención de ingresos y mejoras en la experiencia de visitación<sup>4</sup>.

#### 1.2. Marco jurídico y político

Los servicios y actividades no esenciales se encuentran regulados por una serie de normas jurídicas e instrumentos de política y planificación, entre ellos: Ley de Biodiversidad (N.º 7788) y su Reglamento (N.º 34433), Ley Orgánica del Ambiente (N.º 7554), Ley General de la Administración Pública (N.º 6227), Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (N.º 8131), Ley de Contratación Administrativa (N.º 7494) y su Reglamento (DE-33411), procedimiento para el

1 Este artículo fue elaborado utilizando la información recabada dentro de la consultoría “Análisis jurídico sobre los diferentes esquemas que resulten legalmente factibles de implementar para la gestión de servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas (concesiones, gestión interesada, permisos de uso y otros tipos de contrato)” del Proyecto Iniciativa Finanzas para la Biodiversidad BIOFIN II del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

2 Contraloría General de la República, Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

3 Artículos 4, 5, 11 y 12 de la Ley General de Administración Pública y Criterios DCA-332 del 31 de enero de 2007; DCA-800 del 28 de abril de 2017 e Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020, Contraloría General de la República.

4 Contraloría General de la República. ;Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

otorgamiento de contratos y permisos de uso para la prestación de los servicios no esenciales en las áreas silvestres protegidas (Acuerdo n.° 13 de la Sesión Extraordinaria n.° 12-2009, modificado mediante Acuerdo n.° 10 de la Sesión Ordinaria n.° 12-2016), Política de Áreas Silvestres Protegidas, Estrategia de Turismo Sostenible del SINAC, Planes Generales de Manejo de las Áreas Silvestres Protegidas, Planes Específicos de Turismo de las Áreas Silvestres Protegidas, Plan de Negocios para Áreas Silvestres Protegidas.

### **1.3. Servicios y actividades no esenciales susceptibles de ser prestados por sujetos de derecho privado**

Los servicios y actividades no esenciales dentro de las áreas silvestres protegidas estatales susceptibles de ser autorizados a sujetos de derecho privado mediante las figuras de las concesiones y contratos son aquellos previstos en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad: estacionamientos, servicios sanitarios, administración de instalaciones físicas, servicios de alimentación, tiendas, construcción y administración de senderos, administración de la visita y aquellos otros que defina y caracterice el Consejo Regional de Área de Conservación.

Los Consejos Regionales de Áreas de Conservación se encuentran facultados para definir servicios y actividades no esenciales distintos a los previstos por el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad, para lo cual, de conformidad con el artículo 57 del Reglamento a la Ley de Biodiversidad, pueden solicitar el criterio del Comité Científico Técnico de la respectiva Área de Conservación. En su definición, deberá cumplirse con los requisitos, restricciones y exclusiones previstos en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad.

5 Artículo 39 de la Ley de Biodiversidad.

6 Ley N.° 9766 del 29 de octubre de 2019.

Por tratarse de potestades de imperio otorgadas al Ministerio de Ambiente y Energía a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, quedan excluidos de delegación a favor de sujetos de derecho privado la Administración General de las áreas silvestres protegidas; protección y vigilancia; definición, el seguimiento de estrategias, los planes y los presupuestos de las Áreas de Conservación. Tampoco pueden comprender la autorización del acceso a elementos de la biodiversidad en favor de terceros, la explotación de recursos naturales ni la construcción de edificaciones privadas<sup>5</sup>.

### **1.4. Sujetos de derecho privado autorizados para prestar servicios y actividades no esenciales**

Con la reciente reforma al artículo 39 de la Ley de Biodiversidad,<sup>6</sup> el legislador previó que se debían otorgar las concesiones y contratos, única y exclusivamente, a asociaciones de desarrollo comunal, cooperativas, microempresas inscritas en el Ministerio de Economía Industria y Comercio (MEIC) u organizaciones sociales nacionales sin fines de lucro, siempre que se encuentren integradas y controladas directamente por habitantes de las comunidades ubicadas en la zona de influencia de la respectiva área silvestre protegida estatal.

### **1.5. Instrumentos de política y planificación**

De acuerdo con el artículo 40 de la Ley de Biodiversidad y 12, inciso k) de su Reglamento, los servicios y actividades no esenciales dentro de las áreas silvestres protegidas estatales deben adecuarse a los planes y estrategias aprobados; en primera instancia, por el Consejo Regional de Áreas de Conservación; en forma definitiva, por el Consejo Nacional de Áreas de Conservación.

El plan general de manejo del área silvestre protegida es la herramienta técnica que deberá utilizarse como base, pudiendo considerarse otros instrumentos de planificación complementarios, tales como Política de Áreas Silvestres Protegidas, Estrategia de Turismo Sostenible del SINAC, Planes Específicos de Turismo de las Áreas Silvestres Protegidas, Plan de Negocios para Áreas Silvestres Protegidas. Las áreas silvestres protegidas estatales que no cuenten con un instrumento de planificación deben realizar los estudios técnicos que sustenten el otorgamiento de concesiones y contratos de servicios y actividades no esenciales<sup>7</sup>.

#### **1.6. Infraestructura autorizada**

La infraestructura a desarrollar dentro de áreas silvestres protegidas estatales debe ajustarse a los criterios técnicos aplicables para la intervención de áreas silvestres protegidas contemplados en la Ley de Biodiversidad, así como a la normativa vigente en materia de evaluación de impacto ambiental, procurando el menor impacto ambiental posible<sup>8</sup>.

Por ello, toda infraestructura dentro de las áreas silvestres protegidas estatales debe ser construida atendiendo los planes generales de manejo y su zonificación de usos, previa evaluación de impacto ambiental y dependiendo del análisis de las características y objetivos de conservación del área en concreto, además de cumplir con algunas condiciones; por ejemplo, deben ser estructuras rústicas, adaptadas al paisaje, con poca afectación al entorno, las cuales preferentemente deben usar ecotécnicas, materiales y técnicas constructivas locales; no pueden implicar la corta de árboles, ni cambiar el uso del suelo, ni el aprovechamiento del recurso forestal, y deben ubicarse preferiblemente

en la periferia o perímetro del área protegida, sirviendo de enlace entre el interior y el exterior de esta<sup>9</sup>.

#### **1.7. Nuevas obligaciones para las áreas de conservación y otras instituciones estatales**

Con la reforma del numeral 39 de la Ley de Biodiversidad, les impusieron a las áreas de conservación nuevas obligaciones en la materia, tales como brindar amplia información a comunidades aledañas a las áreas silvestres protegidas estatales sobre los servicios y actividades no esenciales que decidan delegar y establecer un registro de las organizaciones locales, a efectos de garantizar la mayor participación posible en los procesos de contratación.

Por su parte, el Instituto Nacional de Aprendizaje, en coordinación con otras entidades educativas públicas y las municipalidades respectivas, debe crear programas de capacitación e instrucción técnica orientados prioritariamente a las comunidades ubicadas en la zona de influencia de las áreas silvestres protegidas, a fin de que puedan aprovechar los beneficios derivados de los servicios y actividades no esenciales dentro de las áreas silvestres protegidas estatales<sup>10</sup>.

#### **1.8. Vigilancia, fiscalización y sanción**

El Sistema Nacional de Áreas de Conservación está obligado a verificar, de forma periódica, el cumplimiento de los elementos técnicos y normativos aplicables a la prestación de servicios y actividades no esenciales.

7 Artículo 58 del Reglamento a la Ley de Biodiversidad.

8 Sala Constitucional, voto 2019-17397 del 11 de septiembre de 2019.

9 Contraloría General de la República, DFOE-AM-38/2005 del 14 de diciembre de 2005 y Procuraduría General de la República C-339-04 del 17 de noviembre de 2004.

10 Artículo 39 de la Ley de Biodiversidad.

En el ejercicio de la potestad de fiscalización, el Sistema Nacional de Áreas de Conservación está facultado a inspeccionar las obras, instalaciones y locales. Debe asegurar la eficiencia de la prestación de los servicios y actividades no esenciales autorizados a sujetos de derecho privado y dictar órdenes para mantener o restablecer el nivel de las prestaciones.

Al efecto, el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad obliga a los prestadores de los servicios y actividades no esenciales a presentar auditorías externas satisfactorias, realizadas en el último año, todo a juicio del Consejo Regional de Áreas de Conservación.

La potestad del Sistema Nacional de Áreas de Conservación de imponer sanciones por las faltas achacables a los prestadores privados de servicios y actividades no esenciales encuentra justificación en la necesidad de asegurar la efectiva y debida ejecución del servicio complementario autorizado.

### **1.9. Permisos de uso**

De acuerdo con lo expuesto por la Contraloría General de la República en el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020, al ser los servicios y actividades no esenciales complementarios al fin público de conservación y uso de la biodiversidad, el legislador previó en una ley especial, propiamente en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad, el uso de la figura de concesión como la forma más idónea para aprobar su prestación por parte de sujetos de derecho privado, sin excluir otras posibilidades contractuales<sup>11</sup>.

En el caso de la figura de permiso de uso, esta se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico sobre bienes inmuebles de dominio público, según el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa y, específicamente, en aplicación al principio de legalidad y especialidad de la normativa ambiental, para actividades de capacitación, investigación, ecoturismo y acceso a agua potable, así regulado en la Ley Forestal y su Reglamento<sup>12</sup>.

Congruente con lo anterior, la figura de permiso de uso previsto en el ordenamiento jurídico podría ser aplicada eventualmente por el Sistema Nacional de Áreas de Conservación sobre un bien inmueble de dominio público o en actividades que no constituyan servicios y actividades no esenciales mencionados en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad. Siempre sujeto a la naturaleza jurídica del permiso de uso que reviste un carácter precario, y su relación con el servicio público no es complementaria, sino más bien para un uso privativo<sup>13</sup>.

Bajo esta línea de análisis, no existirían contradicciones ni traslapes entre los servicios y actividades no esenciales previstos en la Ley de Biodiversidad y las actividades de capacitación, investigación, ecoturismo y acceso a agua potable reguladas en la Ley Forestal y su Reglamento, pues se refieren a fines y ámbitos distintos dentro del esquema de funcionamiento y gestión de los bienes que integran el Patrimonio Natural del Estado.

El siguiente cuadro muestra las principales diferencias entre los servicios y actividades no esenciales del artículo 39 de la Ley de Biodiversidad y las actividades autorizadas en el Patrimonio Natural del Estado previstas en los artículos 18 y 18 bis de la Ley Forestal y 11 de su Reglamento:

11 Contraloría General de la República, Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

12 Contraloría General de la República. Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

13 Contraloría General de la República. Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

<p>Servicios y actividades no esenciales dentro de áreas silvestres protegidas estatales (artículo 39, Ley de Biodiversidad)</p>	<p>Actividades autorizadas en Patrimonio Natural del Estado (artículos 18 y 18 bis Ley Forestal y 11 del Reglamento Ley Forestal)</p>
<p>Son servicios complementarios al fin público de conservación y uso sostenible de la biodiversidad comprendida dentro de las áreas silvestres protegidas estatales.</p>	<p>Son autorizaciones de uso privativo del patrimonio natural del Estado, otorgadas en precario, a favor de particulares, para actividades de investigación, capacitación, ecoturismo y acceso a agua potable</p>
<p>Su relación con el servicio público es complementaria.</p>	<p>Su relación con el servicio público no es complementaria, sino para un uso privativo del dominio público.</p>
<p>Pueden otorgarse únicamente dentro de áreas silvestres protegidas estatales.</p>	<p>Pueden autorizarse en patrimonio natural del Estado, tanto fuera como dentro de las áreas silvestres protegidas (excepción ecoturismo en parques nacionales y reservas biológicas).</p>
<p>Se otorgan a través de concesiones y contratos.</p>	<p>Se autorizan a través de permisos de uso.</p>
<p>El procedimiento para su otorgamiento está regulado por el artículo 39 de Ley de Biodiversidad.</p>	<p>El procedimiento para su autorización está regulado por el artículo 11 del Reglamento de la Ley Forestal.</p>
<p>Solo pueden otorgarse a asociaciones de desarrollo comunal, cooperativas, microempresas inscritas en el Ministerio de Economía, Industria y Comercio u organizaciones sociales nacionales sin fines de lucro que tengan objetivos de apoyo a la conservación de los recursos naturales que incorporen la gestión ambiental dentro de los procesos y área concesionada y con su personería jurídica vigente, siempre que se encuentren integradas y controladas directamente por habitantes de las comunidades ubicadas en la zona de influencia de la respectiva área silvestre protegida.</p>	<p>Pueden autorizarse a cualquier sujeto de derecho privado, siempre y cuando se dé prioridad a los pobladores u organizaciones locales.</p>

Cabe destacar que si bien, la posición de la Contraloría General de la República en el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020 fue excluir la figura de los permisos de uso para la autorización de servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas estatales, limitando su uso, por *razones de especialidad de la normativa ambiental* y el *principio de legalidad*, únicamente para actividades de capacitación, investigación, ecoturismo y acceso a agua potable previstas en la Ley Forestal y su Reglamento, lo cierto del caso es que el propio artículo 39 de la Ley de Biodiversidad, tanto en su redacción original como en la actual, previó expresamente la posibilidad de autorización a permisionarios, al disponer en su párrafo final que: *“Los concesionarios o permisionarios deberán presentar auditorías externas satisfactorias, realizadas en el último año; todo a juicio del Consejo Regional del Área de Conservación”*.

Por ello, si bien la figura de la concesión es el medio normal para el uso y aprovechamiento privativo de bienes demaniales,<sup>14</sup> bajo las estrictas circunstancias previstas en el artículo 154 de Ley General de Administración Pública, 169 del Reglamento de Ley de Contratación Administrativa y 39 de Ley de Biodiversidad, y motivado en razones de oportunidad y conveniencia para el interés general, siempre y cuando no implique una desmejora en la disposición del bien demanial ni del servicio complementario a prestar, consideramos que, de forma excepcional, sería legalmente posible el otorgamiento de permisos de uso para servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas estatales.

## **2. Concesiones y contratos de servicios y actividades no esenciales**

De acuerdo con el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020 de la Contraloría General de la República, siempre que se trate de servicios o actividades complementarias al fin público de conservación que recaen sobre un bien demanial, deben ser otorgados mediante las figuras de concesiones y contratos, sea que estén expresamente señalados en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad o hayan sido definidos por el Consejo Regional de Áreas de Conservación bajo parámetros preestablecidos en atención a la citada norma.

### **2.1. Concesiones de servicios y actividades no esenciales**

La concesión es un acto de autoridad soberana por el cual, el Sistema Nacional de Áreas de Conservación otorga a un sujeto de derecho privado (llamado concesionario), la prestación de servicios o actividades no esenciales y la ejecución de las obras necesarias para brindarlos de forma efectiva dentro de las áreas silvestres protegidas estatales.

Las concesiones y otras figuras contractuales de los servicios y actividades no esenciales se formalizan a través de un contrato que el Sistema Nacional de Áreas de Conservación firma con el sujeto de derecho privado.

De acuerdo con el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020 de la Contraloría General de la República, la figura jurídica de la concesión es la idónea para materializar la prestación de servicios y actividades no esenciales por parte de terceros, sin excluir otras posibilidades contractuales.

14 Contraloría General de la República, DFOE-AM-38/2005 del 14 de diciembre de 2005 y Procuraduría General de la República, Dictamen C-297-2004 del 19 de octubre de 2004.

Para el Sistema Nacional de Áreas de Conservación, el uso de esta figura implica que los concesionarios responden directamente ante terceros, como consecuencia de la operación propia del servicio o actividad no esencial autorizada, excepto cuando el daño producido sea imputable a la Administración<sup>15</sup>.

Por otro lado, a través de una concesión, el concesionario goza de un derecho subjetivo que es oponible ante el Estado. Lo anterior lo habilita a acceder a las vías correspondientes para reclamar una indemnización en caso de ser revocado de manera no fundada en motivos legalmente establecidos<sup>16</sup>.

Dicho escenario permite un balance entre responsabilidades y potestades de las partes para lograr el fin perseguido. Además, brinda mayor seguridad jurídica al concesionario a la hora de realizar inversiones para la prestación del servicio o actividad no esencial dado en concesión.

Para la selección del concesionario, el Sistema Nacional de Áreas de Conservación debe cumplir con el marco general de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento; observar los principios de legalidad y transparencia y sus atributos de publicidad, reglas claras y supervisión, así como garantizar igualdad y libre competencia, publicidad, acceso a la información y transparencia que le permitan seleccionar la mejor oferta y asegurar que la relación con el concesionario garantice la óptima prestación de los servicios y actividades no esenciales dentro de las áreas silvestres protegidas estatales. A la vez, debe considerar las limitaciones, restricciones, exclusiones y prohibiciones previstas en el numeral 39 de la Ley de Biodiversidad.

La selección del concesionario debe realizarse atendiendo los procedimientos de contratación administrativa, sean estos la licitación pública, abreviada o la contratación directa.

El Sistema Nacional de Áreas de Conservación está facultado para imponer sanciones por faltas contractuales del concesionario que se encuentren previstas dentro del contrato de concesión, justificado en la necesidad de asegurar la efectiva y debida ejecución del servicio complementario concesionado.

Las multas y sanciones que el Sistema Nacional de Áreas de Conservación puede imponer son de naturaleza contractual y no deben ser confundidas con las sanciones administrativas que la Administración pública aplica en ejercicio de las funciones de control y vigilancia a través de entidades como la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, el Tribunal Ambiental Administrativo, el Ministerio de Salud, municipalidades, entre otras.

Las sanciones al concesionario deben formar parte del cartel y del contrato de concesión y deben estar señaladas clara y detalladamente.

Las causales de resolución contractual previstas en el artículo 75 de la Ley de Contratación Administrativa son además aplicables a las concesiones de servicios y actividades no esenciales.

## **2.2. Contratos de servicios y actividades no esenciales.**

Si bien, la posición de la Contraloría General de la República es que la figura de la concesión es la idónea para materializar la prestación de servicios

15 Artículo 74 de la Ley de Contratación Administrativa.

16 Procuraduría General de la República, Dictamen C-139-97 del 31 de julio de 1997.

y actividades no esenciales por parte de terceros, ello no excluye otras formas contractuales<sup>17</sup>.

De esta forma, los servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas estatales pueden ser otorgados a través de todas aquellas figuras contractuales, típicas o atípicas, reguladas en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento que mejor se adapten al caso concreto.

De acuerdo con el criterio de la Contraloría General de la República en el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020, el uso de las figuras contractuales, típicas o atípicas, distintas a la concesión, para autorizar servicios y actividades no esenciales, es de carácter excepcional y subsidiario.

De esta forma, solo en caso de que la figura de la concesión no satisfaga el fin público, existe entonces la posibilidad de analizar y justificar la procedencia de otra figura contractual (sea típica o atípica), de forma razonada y con criterios que justifiquen que dicha medida es acorde con el cumplimiento al fin público perseguido<sup>18</sup>.

Al respecto, debe tenerse claro que, si bien la figura de la concesión es el medio normal para el uso y aprovechamiento privativo de bienes demaniales,<sup>19</sup> lo cierto del caso es que el legislador, en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad, no hizo distinción ni priorización alguna entre las figuras de las concesiones y los contratos para la autorización de los servicios y actividades no esenciales, lo que tampoco hacen la Ley de Contratación Administrativa ni su Reglamento General.

En razón de lo anterior, diferimos de la posición externada por el órgano contralor en el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020, de considerar la figura del contrato de servicios y actividades no esenciales como excepcional y subsidiaria en relación con la figura de la concesión, en la medida que, por el principio general de derecho, *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no es posible distinguir donde la ley no distingue.

Ahora bien, le corresponde al Sistema Nacional de Áreas de Conservación la elección de la vía contractual que resulte más idónea frente a la satisfacción del fin público, pero siempre, atendiendo los procedimientos de contratación administrativa, sean estos la licitación pública, abreviada o contratación directa<sup>20</sup>.

Al efecto, la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento prevén formas contractuales típicas y atípicas. Dentro de las primeras, se encuentran: contrato de obra pública, contrato de suministro de bienes, venta y donación de bienes muebles e inmuebles, arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, adquisición de bienes inmuebles, enajenación de inmuebles, arrendamiento de inmuebles, concesión de instalaciones públicas, concesión de gestión de servicios públicos y contrato de servicio.

Por su parte, los artículos 3 y 55 de la Ley de Contratación Administrativa le permiten a la Administración Pública formular, mediante la emisión de reglamentos, formas contractuales atípicas –los llamados contratos innominados– para la satisfacción del interés general y en

17 Contraloría General de la República. Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

18 Contraloría General de la República. Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

19 Contraloría General de la República, DFOE-AM-38/2005 del 14 de diciembre de 2005 y Procuraduría General de la República, Dictamen C-297-2004 del 19 de octubre de 2004.

20 Contraloría General de la República. Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

estricto apego a los procedimientos fijados en la misma ley.

A la vez, al disponer la posibilidad de otorgar servicios y actividades no esenciales a través de la figura genérica del contrato, el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad abre sus puertas a formas contractuales atípicas como la gestión interesada.

### 2.2.1. Contrato de gestión interesada

En caso de que la figura de la concesión no satisfaga el fin público y se justifique de forma razonada y con criterios que verifiquen el cumplimiento del fin público perseguido, sería posible aplicar la figura contractual del gestor interesado a los servicios y actividades no esenciales del artículo 39 de la Ley de Biodiversidad, requiriendo de previo, la promulgación de un reglamento ejecutivo que faculte al Sistema Nacional de Áreas de Conservación, su implementación, el cual debe ser sometido previamente a consulta no vinculante de la Contraloría General de la República<sup>21</sup>.

La gestión interesada es la figura contractual mediante la cual, la Administración lleva a cabo la prestación de los servicios y actividades no esenciales regulados en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad dentro de áreas silvestres protegidas estatales y construye las obras necesarias para dicha prestación, sirviéndose de un gestor.

La figura contractual de la gestión interesada presenta las siguientes características:

- Se trata de una forma de gestión indirecta de servicios complementarios.

- La titularidad del servicio complementario y responsabilidad última por su prestación continúa en manos de la Administración.
- El gestor interesado actúa por cuenta y nombre de la Administración.
- La Administración sigue siendo responsable de la prestación del servicio o actividad no esencial en el área silvestre protegida estatal, por lo que debe velar por la debida ejecución del contrato de gestión interesada.
- La Administración lleva a cabo la prestación de determinado servicio o actividad no esencial en el área silvestre protegida estatal bajo su propio riesgo, aunque sirviéndose de un gestor al cual retribuye mediante participación en los ingresos generados.
- La figura contractual se rige por el principio constitucional de la libre contratación administrativa<sup>22</sup>.
- La selección del gestor interesado debe realizarse de conformidad con las normas estipuladas en la Ley de Contratación Administrativa, mediante los procedimientos ordinarios o extraordinarios en los casos excepcionales que lo amerite, los cuales requerirán considerar, en todo momento, las particulares que establece el numeral 39 de la Ley de Biodiversidad, así como el resguardo del ambiente y los recursos naturales.

La practicidad de la figura contractual de la gestión interesada radicaría en la posibilidad de agrupar varios servicios y actividades no esenciales bajo un mismo gestor interesado y de construir las obras necesarias para dicha prestación, lo que permitiría la administración integral de algunos de los servicios y actividades dentro de un área silvestre protegida, o bien, de la totalidad de estos.

21 Artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa.

22 Artículo 182 de la Constitución Política.

### 2.3. Análisis comparativo entre las figuras de concesión y gestión interesada

La gestión interesada se diferencia de la concesión en que, en el segundo, el concesionario es quien opera el servicio, mientras que, en la gestión interesada, es la Administración quien lo hace, aun cuando se sirve de un gestor para tal propósito. De esta forma, en la concesión de obras y servicios públicos y complementarios, ocurre una verdadera traslación de la prestación y operación del servicio<sup>23</sup>.

Respecto a la responsabilidad frente a terceros, en la gestión interesada, la Administración responde; en la concesión, el concesionario responde directamente ante terceros. Sobre el riesgo, en la concesión, este es asumido exclusivamente por el contratista; en tanto, en la gestión interesada, el riesgo se distribuye en la proporción que haya sido definida. Por último, en la concesión, el concesionario recibe directamente los ingresos de las personas usuarias; por su parte, en la gestión interesada, la Administración los recibe, o bien el gestor, pero debe entregarlos a la Administración para que sea esta quien los distribuya<sup>24</sup>.

El siguiente cuadro muestra las principales diferencias entre ambas figuras:

Concesión	Gestión interesada
El concesionario es quien opera el servicio a su cuenta y riesgo.	La Administración opera el servicio, pero sirviéndose de un gestor.
Ocurre una verdadera traslación de la prestación y operación del servicio.	No ocurre traslación del servicio.

El concesionario responde directamente ante terceros.	La Administración responde ante terceros.
El riesgo es asumido exclusivamente por el concesionario.	El riesgo se distribuye en la proporción definida en el cartel y el contrato.
El concesionario recibe directamente los ingresos de los usuarios por servicio prestado.	Los ingresos los recibe la Administración, o bien el gestor, pero debe entregarlos a la Administración para que sea esta quien los distribuya.
El concesionario debe cancelar canon.	No hay canon, se distribuyen los ingresos.
La Administración mantiene potestad de fiscalización y sanción sobre el concesionario.	La Administración mantiene la potestad de fiscalización y sanción sobre el gestor interesado.

### A manera de conclusión

El cumplimiento efectivo de las nuevas obligaciones establecidas en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad, así como de lo ordenado por la Contraloría General de la República en el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020 conllevará una serie de retos para la institucionalidad ambiental costarricense en esta materia, los cuales van desde la oficialización de un nuevo procedimiento interno para el otorgamiento de concesiones y contratos de servicios y actividades no esenciales del Sistema Nacional

23 Sala Constitucional, voto 2001-11657 del 14 de noviembre de 2001 y 2005-3629 del 5 de abril de 2005.

24 Sala Constitucional, voto 2001-11657 del 14 de noviembre de 2001 y 2005-3629 del 5 de abril de 2005.

de Áreas de Conservación, hasta la promulgación por parte del Poder Ejecutivo, de normativa de rango reglamentario, y de observancia por parte del Sistema Nacional de Áreas de Conservación y de los sujetos de derecho privado interesados en su prestación, la cual regule su aprobación, procedimiento y controles.

### **Documentos consultados**

Contraloría General de la República. Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

Contraloría General de la República. Criterio DCA-332 del 31 de enero de 2007.

Contraloría General de la República. DFOE-AM-38/2005 del 14 de diciembre de 2005.

Contraloría General de la República. Criterio DCA-880 del 28 de abril de 2017.

Procuraduría General de la República C-339-04 del 17 de noviembre de 2004.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-139-97 del 31 de julio de 1997.

Sala Constitucional, voto 2019-17397 del 11 de septiembre de 2019.

Sala Constitucional, voto 2001-11657 del 14 de noviembre de 2001

Sala Constitucional, voto 2005-3629 del 5 de abril de 2005.

# EL DAÑO MORAL Y EL DAÑO PSICOLÓGICO DIFERENCIAS ENTRE AMBOS EXTREMOS INDEMNIZATORIOS

Dr. Rodrigo José Carranza Zúñiga\*

## RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo ofrecer una serie de criterios distintivos entre dos tipologías de daños indemnizables: el daño moral y el daño psicológico. Estos criterios de diferenciación entre ambos conceptos les permitirán a las y los litigantes, a jueces, juezas y demás personas operadoras del derecho resolver los problemas que surgen en relación con el reconocimiento e indemnización de ambos daños en la práctica forense, con el fin disipar las dudas entre la esencia de ambos institutos y contribuir a que la víctima del hecho dañoso reciba una indemnización integralmente reparadora al daño sufrido.

**Palabras claves:** Daño moral, daño psicológico, criterios distintivos, indemnización.

**Título en inglés:** MORAL DAMAGE AND PSYCHOLOGICAL DAMAGE

Differences between these two types of compensatory damages

## ABSTRACT

This paper has the purpose of providing a series of distinctive criteria to discriminate between two types of compensatory damages: moral damages and psychological damages. These differentiating criteria would allow litigation attorneys, judges, and other law professionals to resolve issues related to the recognition and compensation of both types of damages in forensics practice by clarifying questions related to their essence and contributing to ensure that the victim receives an indemnifying settlement that matches the damage suffered.

**Key words:** moral damage, psychological damage, distinctive criteria, *in re ipsa*, expert evidence, compensation.

Recibido 2 diciembre 2020.

Aprobado 4 de marzo de 2021.

---

\* Doctor en Derecho por l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Italia, con énfasis en Litigio y Resolución Alternativa de Conflictos. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Actualmente es abogado litigante y notario público; en Dr. Rodrigo J. Carranza Z., email: [rjcarranza@gmail.com](mailto:rjcarranza@gmail.com)

1.- Introducción; 2.- Concepto del daño moral como extremo indemnizatorio autónomo. 2.1.- El daño moral en persona física. 2.2.- El daño moral (objetivo u objetivado) en persona jurídica. 3.- Concepto de daño psicológico como extremo indemnizatorio autónomo. 4.- Diferencias entre el daño moral y el daño psicológico. 5.- Jurisprudencia relevante sobre las diferencias entre el daño moral y el daño psicológico. 6.- Conclusiones. 7.- Bibliografía y sitiógrafía.

## 1. Introducción

La locución de ‘daños y perjuicios’ de uso frecuente en el ámbito de la resolución de controversias judiciales y arbitrales contiene o hace referencia a diversos extremos indemnizatorios, como el daño emergente, el lucro cesante (o perjuicios), pérdida del chance y oportunidad, daño moral y el daño psicológico, dirigidos a definir las múltiples afectaciones o pérdidas que puede experimentar la víctima u ofendido de un hecho dañoso.

Dentro de esta amplia locución, se encuentran dos tipos de daños que—en la práctica forense—generan una serie de problemas de orden conceptual y aplicativo: el **daño moral** y el **daño psicológico**. La falta de claridad sobre la esencia de cada una de estas tipologías de daños, la complejidad de la prueba que nuestro ordenamiento exige para la demostración de uno y del otro, y la inevitable discrecionalidad al momento de cuantificar el daño moral generan en estrados judiciales una serie de problemas prácticos que con frecuencia se traducen en pronunciamientos judiciales que no indemnizan —de forma adecuada e integral— a la víctima del hecho dañoso, o bien dichos

problemas pueden producir que los tribunales de justicia emitan sentencias que, a pesar de que conceden indemnizaciones, estas no reflejan la tendencia jurisprudencial de las salas de casación, las cuales, al final, son las que vierten el criterio imperante<sup>1</sup> en el tratamiento e indemnización de estas tipologías de daños indemnizables.

Se deja patente que incluso algunas salas de la Corte han sido sumamente conservadoras en la cuantificación del monto concedido por daño moral o por daño psicológico, un aspecto que, sin duda, invita a la reflexión, ya que la tendencia jurisprudencial, lejos de ser conservadora en este tema, debería tratar de desarrollar una empatía con la víctima y la persona ofendida para conceder sumas importantes con un efecto verdaderamente resarcitorio.

La presente investigación busca contribuir, de una forma lacónica y concisa, en establecer la definición teórica del daño moral y del daño psicológico, y además brinda una serie de **criterios distintivos entre el daño moral y el daño psicológico**, subrayando la importancia de que tales criterios sean conocidos por todos los y las litigantes, jueces, juezas y demás personas operadoras del derecho para lograr alguna uniformidad mínima en la práctica del derecho de daños.

## 2. Concepto del daño moral como extremo indemnizatorio autónomo

El daño moral que deriva de la causación de hecho dañoso es un extremo indemnizatorio, cuya existencia es pacíficamente aceptada, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia costarricense

1 Recordemos que la función nomofiláctica de la casación implica dar uniformidad a la jurisprudencia. Así los tribunales de grado inferior que funden sus criterios de indemnización del daño moral y psicológico, en la posición oficial sostenida por las salas de casación, contribuyen a que dicha función nomofiláctica o uniformadora de la jurisprudencia resulte más sencilla. Sobre la función nomofiláctica, remito la ponencia sobre el recurso de casación, en el Código Procesal Civil, Ley 9342, brindada por el suscrito en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. 1 de octubre de 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=tEaNBH3GMZ8>

e internacional. El daño moral, en general, se define como un daño de carácter extrapatrimonial a la persona.

El jurista italiano P. TRIMARCHI señala que el *danno non patrimoniale* (daño extrapatrimonial) «consiste en la pérdida o lesión de un bien personal, que no pueda ser objeto de intercambio comercial y de valoración económica (por ejemplo, la salud, la libertad, el honor, la tranquilidad del ánimo)»<sup>2</sup>.

Bajo esta misma línea de pensamiento, el jurista italiano, C. MASSIMO BIANCA, señala que el *danno non patrimoniale*, «es la lesión de intereses que no son económicos, o sea la lesión de intereses que, como la conciencia social, no son susceptibles de valoración económica»<sup>3</sup>.

Con base en lo anterior, es claro que hay consenso en la doctrina, tanto nacional como extranjera, de que **el daño moral es un daño de carácter extrapatrimonial**. Ahora bien, en cuanto al concepto o acepción de daño moral estrictamente, el *Dizionario Simone Giuridico italiano*<sup>4</sup> lo define como un «*sufrimiento interior transitorio*».

Sin embargo, la transitoriedad de tal daño es una valoración subjetiva que esta investigación no comparte. Si bien el daño moral puede ser algunas veces transitorio, también puede ser un daño que persiste en el tiempo e, incluso, es de duración vitalicia desde su acaecimiento.

Así, el daño moral, a juicio de la presente investigación, se define como una afectación o lesión de una esfera extrapatrimonial del individuo, una transgresión injusta de derechos esenciales del individuo que puede ser pasajera, o bien puede tener efectos permanentes.

La doctrina patria ha establecido una clasificación del **daño moral subjetivo** y el **daño moral objetivo**, la cual además concuerda con la jurisprudencia dominante sobre el particular. Al respecto, el jurista nacional F. TORREALBA señala lo siguiente:

*Esta distinción, muy reiterada por la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte, discierne entre el **daño moral subjetivo**, como experiencia personal del damnificado, que aglutina todas las emociones negativas que un agravio a su persona pueda originar: dolor, sufrimiento, angustia, frustración, oprobio, vergüenza, etc., y el **daño moral objetivo** –u objetivado– como al repercusión económica de una afectación a un bien extra patrimonial, v.gr. la lesión a la reputación»<sup>5</sup>.*

Cuando se analiza el tipo de persona sobre el cual recae el daño moral, el asunto se torna más complejo, ya que la doctrina y la jurisprudencia distinguen el **daño moral en la persona física** y el **daño moral en la persona jurídica**, y tal división adquiere enorme relevancia para la presente investigación, precisamente porque es

2 Señala el autor italiano, TRIMARCHI, que: «Il danno non patrimoniale consiste nella perdita o lesione di un bene personale, che non possa essere oggetto di scambio e di valutazione economica (per esempio, la salute, l'onore, la tranquillità d'animo)». PIETRO, TRIMARCHI. (2014). Istituzioni di Diritto Privato. Milano: Cedam141.

3 C. MASSIMO BIANCA sigue la misma línea de pensamiento al definir el daño moral como un daño extrapatrimonial no susceptible de valoración económica. C. MASSIMO, BIANCA. (2016) Istituzioni di Diritto Privato. Milano: Giuffrè Editore, 632.

4 El *Dizionario Giuridico Simone*, indica que el daño moral se entiende como «lesione di beni insuscettibili di valutazione economica, che ricomprende il danno morale (sofferenza interiore transitoria)». 1 de octubre de 2020. <https://www.simone.it/newdiz/?action=view&id=442&dizionario=1>

5 FEDERICO, TORREALBA. (2011). Responsabilidad civil. San José: Editorial Juricentro, 84.

únicamente el daño moral en la persona física el que, en el ámbito del litigio, muestra roces conceptuales y prácticos con el daño psicológico (sin omitir mencionar algo de por sí evidente, y es que las personas jurídicas están por definición imposibilitadas de sufrir un daño en la *psique*, al carecer de esta)<sup>6</sup>.

## 2.1 Daño moral en la persona física

El daño moral en la persona física es una lesión que recae en la esfera extrapatrimonial del sujeto. Sin embargo, de la producción de un hecho dañoso que afecta tal esfera extrapatrimonial (la salud corporal, la dignidad, el honor, etc.) pueden derivar consecuencias patrimoniales, y de tal circunstancia, tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia han establecido la distinción entre el **daño moral subjetivo en la persona física** y el **daño moral objetivo en la persona física**. Sobre el particular, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia dispuso:

*[...] El daño moral (llamado en doctrina también incorporal, extrapatrimonial, de afección, etc.) se verifica cuando se lesiona la esfera de interés extrapatrimonial del individuo, empero como su vulneración puede generar consecuencias patrimoniales, cabe distinguir entre daño moral subjetivo 'puro', o de afección, y daño moral objetivo u 'objetivado'. El daño moral subjetivo se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., vg. el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la*

*vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido, etc.). El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valubles (vg. el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). Esta distinción sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio. [...] En el daño moral subjetivo, se está ante una compensación por padecimientos en el fuero interno. Su indemnización atiende a criterios particulares. Al no poder estructurarse y demostrarse su cuantía de modo preciso, su fijación queda al prudente arbitrio del juez, teniendo en consideración las circunstancias del caso, y los principios generales del derecho, sin que la falta de prueba acerca de su magnitud, sea óbice para fijar su importe. Se ha admitido su comprobación a través de presunciones inferidas de indicios, debido a que, se reitera, consiste en el dolor o sufrimiento físico, psíquico, de afección o moral infligido con un hecho ilícito. Por ello se ha indicado que normalmente su campo fértil es el de los derechos de la personalidad, debido a que afecta la intimidad personal, en la psiquis, en el alma o contorno de los sentimientos. Supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas, la cual se traduce en disgusto, desánimo, angustia, padecimiento emocional o psicológico, etc. Es posible colegir el menoscabo pues éste [se da] 'in re ipsa'. [...]. El daño moral*

6 Las personas jurídicas, entendidas como una ficción creada por ley, la cual establece que esas personas son sujetos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones desde su creación, ciertamente no son personas susceptibles de sufrir un menoscabo o daño psicológico, al ser tal afección entendida como una lesión o trauma que compromete la psique o bienestar psicológico de una persona física, siendo imposible concebir la existencia de ese daño en una persona jurídica.

*objetivo, contrario al anterior, requiere de la demostración correspondiente. Como se dijo en el apartado precedente, se refiere a la lesión de un derecho extrapatrimonial que genera consecuencias económicas valiables. Es decir, es el sufrido por la persona en su contexto social, y no en el campo individual. De allí que, es necesario que se demuestre cómo aconteció el daño, e indispensable acreditar, además de la relación de causalidad, su existencia, correspondiendo, al abrigo del numeral 317 del Código Procesal Civil, a quien lo peticiona, aportar prueba suficiente que lo sustente<sup>7</sup>.*

Vista tal distinción, cabe resaltar en relación con el daño moral subjetivo que, una vez que la víctima ha demostrado las circunstancias que ha atravesado a raíz del hecho dañoso, podría entonces aplicarse la presunción probatoria de *in re ipsa*; es decir, los tribunales presumen que, ante tales circunstancias e indicios que la prueba arroja, en relación con las circunstancias que rodearon a la víctima luego del hecho dañoso, es razonable concluir que una persona ha sufrido una afectación en su bienestar emocional (daño moral subjetivo).

Pero, en cuanto al daño moral objetivo, las reglas probatorias exigen su demostración, mediante elementos de prueba útiles y pertinentes, donde se acredite el menoscabo económico o pecuniario, derivado directamente de la lesión al bien extrapatrimonial –como podría ser la lesión a la reputación de un o una profesional– y ante la falta de prueba de dicho menoscabo económico, no puede aplicarse la presunción *in re ipsa*, ni puede concederse indemnización por daño moral objetivo.

Como ejemplo de daño moral objetivo que puede experimentar la persona física, se pueden hipotetizar conductas activas, concretamente manifestaciones en redes sociales sobre la forma dudosa en que labora un o una profesional (siendo manifestaciones infundadas que eventualmente podrían traducirse como conductas sancionables bajo los tipos penales de injurias, calumnias o difamación) y que atenta directamente contra la reputación de quien está siendo objeto de esta lesión.

Con base en las reglas de la lógica y el correcto entendimiento humano, es evidente que la reputación profesional que requiere años construir y dar a conocer, ante cuestionamientos infundados, sufrirá una afectación muchas veces irremediable y una probable pérdida de clientela, lo cual, una vez demostrado, podría dar a la persona profesional el derecho a ser indemnizada, no solo por la lesión a su honor (daño moral subjetivo), sino también por la caída estrepitosa de su cartera de clientes y de sus ingresos (daño moral objetivo).

Incluso y, a modo de cierre de este acápite, en Italia se reconoce expresamente el derecho constitucional al honor, el decoro y la reputación. Así, F. GAZZONI lo reseña:

*De los artículos 41 constitucional, 10, 97 L.A. y de la normativa penal, se deriva la existencia de un derecho al honor, al decoro, y a la reputación. El honor se identifica como el sentimiento subjetivo de la propia dignidad (en relación con el cual, el decoro es una manifestación más intensa), mientras que la reputación tiene un carácter objetivo dependiente de la fama pública de la que se goza.*

7 ALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n.º 226-F-S1-2008 de las 15:26 horas del 14 de marzo de 2008. Habría que actualizar esta línea jurisprudencial, diáfana en cuanto a su contenido, haciendo mención del vigente Código Procesal Civil, Ley 9342, que recoge el tema de la carga de la prueba en su artículo 41.1, el cual sustituye el artículo 317 del Código Procesal Civil de 1989 ahora derogado.

Esta doctrina deja ver la importancia de un adecuado manejo de los componentes que engloba el daño moral de la persona física<sup>8</sup>.

## 2.2. Daño moral (objetivo u objetivado) en persona jurídica.

Esta categoría de daño moral viene definida por una afectación de contenido esencialmente económico, en detrimento del patrimonio de la persona jurídica. Alegar la existencia de daño moral en persona jurídica conlleva una marcada dificultad en relación con la prueba: el aforismo latino *in re ipsa*, de uso difundido en cuanto al daño moral subjetivo que aflige a la persona física, no se admite como regla probatoria para el daño moral objetivo en persona jurídica.

El operador del derecho debe tomar en consideración que la persona jurídica (sociedad mercantil, asociación, cooperativa, entre otras) que alegue que sufrió un daño moral objetivo debe respaldar su pretensión indemnizatoria en elementos de prueba que demuestren –de forma directa– el daño o menoscabo patrimonial sufrido.

Los tribunales deben valorar con base en las reglas de la sana crítica, si la prueba aportada es suficiente para verificar o constatar la afectación o daño moral objetivo que la persona jurídica esgrime que ha sufrido. En otras palabras, no existen presunciones o prueba *in re ipsa* en el daño moral objetivo en persona jurídica y, en consecuencia, es la persona jurídica, a través de sus personeros, quien tiene la carga de la prueba –lo que la doctrina italiana denomina *l'onere della prova*– acreditando, con los medios lícitos que pone a disposición nuestro ordenamiento, que la persona jurídica ha sido afectada por un daño moral objetivo, el cual se entiende como una pérdida de contenido económico o, al menos, un menoscabo que puede ser cuantificable por

medio de los y las profesionales de las ciencias actuariales.

Un ejemplo de lo anterior sería la hipótesis de que un periódico local pone en marcha una campaña publicitaria estrictamente negativa, para cuestionar los procedimientos de manipulación de alimentos que utiliza alguna reconocida cadena de restaurantes, indicando que tales procedimientos no cumplen con las normas emitidas por el Ministerio de Salud y que, por tanto, ponen en riesgo la salud de los consumidores.

Tal nota informativa desacredita el prestigio y el buen nombre de la persona jurídica dueña de los restaurantes y de su marca comercial. Luego de dicha publicación, la reconocida empresa de restaurantes ve caer a su clientela e índice de compras vertiginosamente durante varios meses.

Sin embargo, la persona jurídica afectada posteriormente logra averiguar que el medio de comunicación nunca corroboró la fuente de la información, los cuestionamientos resultan totalmente espurios, y la campaña periodística que afectó la marca de restaurantes nunca debió haber salido a la luz pública.

Si la sociedad dueña de los restaurantes pretende una indemnización de daño moral objetivo, debe, en primer lugar, demostrar la titularidad que tiene de la marca; en segundo lugar, debe probar los ingresos promedio que la cadena de restaurantes generó en el último año anterior al hecho dañoso y, en tercer lugar, deberá demostrar el daño moral objetivo sufrido durante el periodo en que la campaña estuvo al aire, probando que, durante ese lapso de tiempo, su marca se vio considerablemente afectada en el plano económico, al sufrir una abrupta caída en la venta de sus restaurantes, y haciendo hincapié en que ese declive financiero se origina inmediatamente

8 FRANCESCO, GAZZONI. (2009). Manuale di diritto privato. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 186.

después de que el medio de prensa inició sus infundados ataques.

El peritaje de un actuario matemático o de un profesional del área financiero-contable sería prueba útil y pertinente para sustentar el reclamo o indemnización del daño moral objetivo y objetivado que sufrió la persona jurídica, el cual podría circunscribirse a los meses que haya estado la campaña de noticias espurias al aire o, incluso, podría extenderse a los meses sucesivos que tarde la cadena de restaurantes en limpiar su marca y levantar su índice de ventas al que tenían *ex ante* del hecho dañoso.

### 3. Concepto de daño psicológico como extremo indemnizatorio autónomo

El daño psicológico es un extremo indemnizatorio que, en nuestro país, nace posterior al daño moral, mediante el desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

En Italia, el jurista C. MASSIMO BIANCA indica que «*un daño a la salud, en particular, es también el daño síquico, distinto con respecto al sufrimiento moral*»<sup>9</sup>.

En su artículo 32, párrafo primero, la *Costituzione della Repubblica italiana* establece que la salud es un derecho fundamental del individuo<sup>10</sup>. Bajo esta misma línea filosófica, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al referirse al derecho a la integridad de la persona,

indica textualmente que: «*Toda persona tiene derecho a su integridad física y **psíquica***»<sup>11</sup>.

Por su parte, la Convención Americana de los Derechos Humanos recoge la importancia de la integridad síquica del individuo, en su artículo 5, inciso 1, al señalar que: «*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*»<sup>12</sup>.

Estas fuentes de derecho, ubicadas en el vértice de la pirámide kelseniana, informan al resto de los ordenamientos sobre la relevancia de tutelar adecuadamente la salud psicológica o mental de la víctima.

La psicología, en Costa Rica, ofrece la siguiente definición de daño psicológico:

El Daño Psicológico, es una perturbación patológica, transitoria o permanente, del equilibrio psíquico pre-existente. Producida por uno o varios eventos, que modifican la personalidad de la víctima y que desencadenan alteraciones de mayor o menor grado, en detrimento del área afectiva, volitiva e ideativa, o en todas ellas, las cuales determinan su ajuste o interacción con el medio.

*Se pueden dar, -como señala Josefa Tkaczuk (1994)- en el nivel consciente o inconsciente pero que producen modificaciones conductuales, o repercusiones en la esfera emocional, cognitiva y relacional; de*

9 El autor C. MASSIMO BIANCA indica que «Danno alla salute, in particolare, è anche il danno psichico, distinto rispetto alla sofferenza moral». Op. cit., p. 634.

10 Art. 32. La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Costituzione della Repubblica italiana. 1 de octubre de 2020. <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>

11 1 de octubre de 2020, [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

12 1 de octubre de 2020, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

*manera tal que por su calidad y/o cantidad de acontecimientos, son vividos como consecuencia traumática que desborda la tolerancia de la víctima, produciendo una ruptura en su equilibrio homeostático donde el más mínimo desajuste de su sistema defensivo adaptativo, será suficiente para inferir un perjuicio en su salud*<sup>13</sup>.

Actualmente, existe consenso tanto de juristas como de psicólogos(as) y psiquiatras, sobre la necesidad de dotar de herramientas al ordenamiento, para poder tutelar la salud mental de los individuos. De aquí descende la justificación del derecho a ser indemnizado si esa salud psicológica, se ve alterada por la causación de un daño injusto que la víctima no estaba obligada a soportar.

Desde el plano jurisdiccional, la autonomía indemnizatoria del daño psicológico gravita sobre varios aspectos: el carácter independiente de la salud psicológica con respecto a la salud física; la obligación de no dañar esa esfera intangible del individuo; la máxima romana de *neminem laedere* (obligación genérica que establece que nadie tiene el derecho de dañar al otro); el reconocimiento expreso que nuestra jurisprudencia civil ha desarrollado en los últimos años –diferenciándolo del daño moral en persona física–, pero aún esta jurisprudencia necesita un desarrollo más amplio; finalmente, la exigencia de la realización de una prueba pericial para acreditar su existencia y para establecer el tratamiento para mitigar o eliminar los efectos del daño psicológico, con el fin de proyectar, al menos aproximadamente, el costo económico que implica el tratamiento.

#### **4. Diferencias entre el daño moral y el daño psicológico**

A la fecha de esta investigación, se identifican al menos tres criterios de distinción entre el daño moral y el daño psicológico: **i.-** El daño psicológico exige necesariamente la realización de una prueba pericial a la víctima para su demostración. **ii.-** El *quantum* indemnizatorio del daño psicológico se sustenta en los parámetros periciales y los parámetros de mercado que brinda la persona perita, *i.e.* no aplica la regla probatoria *in re ipsa*. **iii.-** En el daño psicológico, se evalúa si, en el curso del tiempo, la víctima podría superarlo, o bien podrían necesitarse diversos procesos psicoterapéuticos para atenuar o erradicar por completo la lesión.

##### **i. El daño psicológico exige necesariamente la realización de una prueba pericial a la víctima para su demostración**

En cuanto al primer criterio de distinción, surge la siguiente interrogante, desde un punto de vista del derecho procesal: ¿Debe emanar la prueba técnica de una persona perita oficial inscrita en la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial? O, *contrario sensu* y mostrando una mayor flexibilidad probatoria, ¿es posible que cualquier persona experta en psicología o psiquiatría del ámbito privado pueda evaluar a la persona afectada y emitir el informe técnico?

A criterio de la presente investigación, un sistema procesal que pone a disposición herramientas mínimas para que la víctima o persona ofendida del hecho dañoso reciba, en el mejor de los escenarios posibles, una reparación integral del daño psicológico sufrido, debe procurar que existan una amplitud y flexibilidad probatoria

13 R. Lin Ching C., presidente de la Asociación de Psicólogos del Poder Judicial, nos ofrece esta amplia y atinada definición. RONALD, CHING. (2003). Propuesta de valoración del daño psicológico en materia de violencia doméstica. Revista Scielo. Vol. 20, n.º 2: 53 a 67.

en este tema particular, no restringiendo que sean únicamente las personas expertas del Poder Judicial (muchas veces menos calificadas que los y las mejores profesionales de la psicología y psiquiatría que laboran en el mercado privado), quienes tengan el monopolio de evaluar al paciente que sufre la patología, sino que debe permitirse que la evaluación de la víctima pueda ser efectuada por los y las profesionales en psicología y psiquiatría del sector privado.

No existe prohibición legal, reglamentaria o jurisprudencial que impida que sean profesionales en psicología del ámbito privado, quienes brinden esta pericia. Finalmente, desde una óptica de sentido común, en la práctica, resulta mucho más sencillo que a las víctimas de un hecho dañoso les resulte más ameno y fácil mostrar apertura ante su psicólogo(a) o psiquiatra de cabecera, que ante una o un profesional nombrado por el Estado que desconoce la ‘historia del paciente’.

**ii. El *quantum* indemnizatorio del daño psicológico se sustenta en los parámetros periciales y los parámetros de mercado que brinda la persona perita, i.e. no aplica la regla probatoria *in re ipsa*.**

Otra de las distinciones radica en que el daño moral subjetivo en persona física no está sujeto a ninguna limitación o tope económico; es decir, el tribunal puede otorgar la suma que, atendiendo a las especiales circunstancias de la víctima y de acuerdo con su fuero interior, pueda ser suficiente para tener al menos un efecto integralmente reparador.

Bajo esta línea de pensamiento, en el ámbito del litigio, ocurre frecuentemente que se solicita a los y las profesionales en ciencias actuariales que ahonden en el tema del *quantum* del daño moral, estableciendo una suma por este concepto, como

si se tratara de un elemento determinable desde el ámbito de las ciencias actuariales. Empero, tal situación no limita ni obliga al tribunal a adoptar lo sugerido por la persona perita, ya que bajo su discrecionalidad, atendiendo las circunstancias especiales en las que puedan encontrarse la víctima y la entidad del daño, y bajo la máxima de que el juez o la jueza es el ‘perito de peritos’, este puede conceder una suma mayor a la indicada por peritaje, cuando considere que la persona perita, por falta de experiencia o, simplemente, por una errónea valoración del caso, haya fijado una suma que poco o ningún efecto reparador tendrá para la persona ofendida.

Al ahondar en la **cuantificación del daño moral subjetivo**, con excelsa claridad, el jurista y juez costarricense, Yuri López Casal, explica los criterios que el juez debe utilizar a la hora de cuantificarlo:

*En el Derecho de Daños costarricense está pacíficamente aceptado que la cuantificación del daño moral subjetivo es una facultad exclusiva del Juez. Para tal fin, el órgano jurisdiccional debe aplicar criterios de proporcionalidad, razonabilidad, prudencia y equidad y debe también tener presente el contexto en el que se produjo el daño moral subjetivo, las especiales condiciones personales del damnificado y las consecuencias presentes y futuras que el menoscabo extrapatrimonial tiene para el sujeto perjudicado con la acción u omisión dañina<sup>14</sup>.*

Adicionalmente, cabe destacar que la tendencia imperante, en nuestra jurisprudencia, desde el 2009 y hasta la actualidad, gravita sobre la posibilidad jurídica de aumentar el importe del daño moral subjetivo solicitado en la demanda. Al referirse a la posibilidad jurídica de aumentar

14 YURI, LÓPEZ. (2014). La responsabilidad civil. San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., 195.

el importe del daño moral subjetivo, reconocida en el voto de 1052-F- del 2009 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, con buen tino, el jurista y juez costarricense, Yuri López Casal, explica:

*Personalmente considero, con todo respeto, que quienes difieren del voto de mayoría de la Sala Primera al parecer no se dan cuenta que el damnificado por el daño moral subjetivo lo cuantifica en una determinada cantidad de dinero, en el fondo no está solicitando que se le dé, forzosamente, ese específico monto de dinero, sino que esa cuantificación es una simple, prudencial y aproximada estimación de la pretensión resarcitoria, estimación que solamente sirve para informarles al Juez y a la contraparte procesal el grado global y prudencial de dañosidad que, para el damnificado, representó el hecho generador del daño. En otras palabras, cuando el damnificado pide el resarcimiento del daño moral subjetivo, no está solicitando que se le dé una suma de dinero líquida y exigible, cual si se tratara de una obligación de dinero, sino que lo que realmente está pidiendo es el resarcimiento pleno y completo del dolor, la angustia, la tristeza, la depresión, etc... que el hecho dañino le produjo. Por consiguiente, la estimación de la pretensión resarcitoria tendente a indemnizar el daño moral subjetivo debe verse solamente como una estimación meramente prudencial y aproximada de la dañosidad sufrida por el damnificado. [...] La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el fallo objeto de este trabajo, emite un claro mensaje en el sentido de que es perfectamente posible aumentar el monto (puramente prudencial, como ya lo dijimos) fijado por el damnificado a título de daño moral subjetivo. Esto es*

*valioso y encomiable porque el daño moral subjetivo es, quizás, la obligación de valor más cercana e inherente al ser humano, porque su núcleo esencial y definitorio es un cúmulo de bienes intangibles (la imagen, el honor, la libertad, la salud física y psíquica) y hasta de sentimientos, todo lo cual es imposible pretender limitar y reducir a montos rígidos y específicos. Con base en lo anterior, queda claro que en materia de indemnización del daño moral subjetivo, el Juez no puede actuar como un simple robot ni puede contentarse con otorgar montos de dinero que, aunque hubieran sido indicados por el damnificado, la verdad es que puede ser (tal y como sucede con la gran mayoría de los casos) que el importe económico indicado en la demanda o en la acción civil resarcitoria no se ajuste en nada a la realidad de las graves consecuencias extrapatrimoniales causadas por el daño ni al contexto en que éste ocurrió ni a las condiciones personalísimas del ser humano víctima del daño. Los Jueces deben recordar que son solamente ellos quienes tienen la facultad exclusiva de cuantificar el daño moral subjetivo y que únicamente en la medida que trasciendan el simple y prudencial dato numérico estampado por el damnificado y procedan a otorgar una suma de dinero que realmente haya considerado todos los aspectos que rodean al daño moral subjetivo, entonces, en esa medida, cumplirán con el mandato constitucional que ordena reparar, indemnizar o compensar el daño infligido de manera plena y total. (Artículo 41 de la Carta Magna)<sup>15</sup>.*

En síntesis, con vista en la doctrina patria, en palabras del jurista López Casal y en la línea jurisprudencial de la Sala Primera, el tribunal está autorizado a conceder incluso una suma mayor

15 YURI, LÓPEZ. Op. cit., 203 ss.

que la pedida en la demanda, y tal situación no implicaría un vicio de incongruencia por *ultra petita*.

En el daño psicológico, la determinación del *quantum* indemnizatorio opera de forma distinta, siendo únicamente la persona perita psicóloga o médica psiquiatra<sup>16</sup>, quien debe establecer, en primer lugar, si existe tal daño psicológico o siquiátrico; en segundo lugar, debe indicar qué tipo de tratamiento les recomienda seguir a la víctima y a la persona ofendida del hecho; en tercer lugar, debe recomendar cuál debe ser la duración o periodicidad de dicho tratamiento; en cuarto lugar, debe establecer si debe extenderse el tratamiento, *rectius* proceso psicoterapéutico o siquiátrico, a la unidad familiar de la víctima o persona ofendida (indemnización *par ricochet*, es decir, de rebote o reflejo a favor de familiares de la víctima o persona ofendida), para obtener un mejor resultado, lo que involucra lógicamente un proceso más extenso y costoso, o bien aclarar si resulta suficiente abordar el problema solo desde el plano individual de quien ha sufrido el daño; y, en quinto lugar, la persona perita debe establecer el costo de mercado en que puede rondar dicha terapia.

Con vista en esta competencia funcional que adquiere la persona perita psicóloga o médica psiquiatra, al momento de conceder una indemnización de daño psicológico, el tribunal sí se encuentra sujeto y limitado a lo que indique la persona perita, ya que se trata de una determinación de un *quantum* que requiere conocimientos

técnicos indispensables para poder confirmar o descartar si existe el daño, poder dimensionar en el tiempo cuáles deben ser el tipo de tratamiento, su periodicidad, las personas involucradas, y cuál es el costo aproximado.

En síntesis, en el daño psicológico, de acuerdo con su naturaleza pericial, el juez y la jueza sí están sujetos a la prohibición de *ultra petita* en la sentencia y, en caso de que concedan indemnización por daño psicológico, deberán ser el reflejo del monto que determine la persona perita nombrada al efecto.

**iii. En el daño psicológico, se evalúa si, en el curso del tiempo, la víctima podría superarlo, o bien si podrían necesitarse diversos procesos psicoterapéuticos para atenuar o erradicar por completo la lesión.**

El daño moral subjetivo en persona física es complejo, ya que no existe forma técnica o pericial de medir si el dolor, la pérdida de las ganas de vivir, la zozobra, la angustia, entre otros, han desaparecido por completo. Esto significa que el daño moral subjetivo se indemniza “a secas”, tratando de reparar integralmente –o al menos parcialmente– el *animus* o salud emocional del individuo. Dicho de otro modo, el tribunal otorga a la víctima una suma indemnizatoria, la cual obedece a criterios discrecionales del órgano juzgador y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>17</sup>.

16 Se piensa, por ejemplo, en la existencia de pensamientos delirantes del individuo, siendo la evaluación de un dicho síntoma materia de competencia de la psiquiatría.

17 Estos principios, por su carácter general e indeterminado, serán siempre insuficientes para evaluar si la indemnización es “proporcional” y “razonable” en relación con el daño sufrido. ¿Cómo determinar cuál suma puede ser proporcional y razonable, a la pérdida de un hijo o una hija? ¿Cómo determinar si el valor económico asignado al sufrimiento que pudo sentir una persona, como consecuencia de un accidente que le desfiguró el rostro, es proporcional y razonable a lo vivido? Estas preguntas retóricas invitan a reflexionar sobre la difícil labor que recae en los tribunales, al momento de ponderar si la suma concedida como indemnización del daño moral a la persona física, a la postre, va a generar una indemnización con un efecto verdaderamente reparador.

Distinto ocurre con el daño psicológico, el cual parte de una premisa fundamental: se trata de un daño que, en tesis de principio, con un adecuado tratamiento, podría llegar a superarse parcialmente o, incluso, por completo. Esto implica que –al momento de solicitar la indemnización de este rubro– quienes ejercen el litigio deben ser extremadamente cuidadosos en peticionar la determinación de la existencia de dicho daño psicológico, y que se establezcan qué tipo de daño presenta el paciente, cuál debe ser la periodicidad de la terapia en el tiempo, cuál debe ser el plazo deseable durante el cual debe recibirla, si el proceso psicoterapéutico debe ser individual o si debe involucrar a familiares de la parte ofendida e, incluso, si podrían haber patologías comórbidas asociadas con el daño psicológico del paciente, las cuales deben requerir que sean tratadas paralelamente.

La importancia de todo esto es que el psicólogo o la psicóloga podrá hacer una valoración más amplia del o de la paciente, con el fin de responder a estas interrogantes y procurar abarcar todas y cada una de las afectaciones psicológicas posibles y derivadas del hecho dañoso, así como el costo del tratamiento, pudiendo incluso dimensionar la posibilidad de alguna recaída una vez cumplido el tratamiento, para justificar una indemnización mayor, en caso de que se requiera un segundo o tercer tratamiento por el mismo lapso de tiempo.

##### **5. Jurisprudencia relevante sobre las diferencias entre el daño moral y el daño psicológico**

En relación con esta tipología de daño, en votos pronunciados durante el 2012, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia aclaró que este extremo indemnizatorio denominado ‘daño psicológico’ no se encontraba subsumido en el daño moral subjetivo de persona física. Se transcribe textualmente la parte considerativa

del voto que resulta de interés para la presente investigación:

*VI. [...] También, ha dicho esta Sala: “[...] La determinación y cuantificación del daño moral subjetivo entonces, queda a la equitativa y prudente valoración del Juzgador; quien acude para ello a presunciones del ser humano inferidas de los hechos comprobados. La presunción humana es un juicio lógico del juez, en virtud del cual se considera probable un hecho, con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos.[...]” (resolución no. 878-F-2007 de las 8 horas 15 minutos del 14 de diciembre de 2007. En el mismo sentido, la no. 001-F-SI-2009 de las 9 horas 5 minutos del 6 de enero de 2009). Acudiendo a este argumento lógico, el juzgador en el hecho probado quinto, tuvo por acreditado que producto de la situación vivida, la amparada presentó problemas gástricos, así como de nerviosismo, tristeza, estrés, ansiedad, depresión y llanto. En sus consideraciones, se apoyó, en la prueba testimonial y el certificado médico aportado, y pese a que la ejecutante alega una indebida valoración de esa prueba, la cual, dicho sea de paso no precisa, se desprende que la suma fijada por el juez fue establecida dentro de los presupuestos y parámetros de proporcionalidad y razonabilidad indicados, en tanto su determinación se encuentra justificada y acorde con lo ocurrido. Es claro que la lesión sufrida provocó a la actora perturbaciones en sus condiciones anímicas, que en los aspectos indicados en las consideraciones del fallo, justifican la condena por el daño moral subjetivo causado en ese monto. Ahora bien, aún y cuando, debe fijarse un monto por daño moral subjetivo y otro por daño psicológico,*

*lo cierto es que para la determinación de este último, se precisa prueba en concreto que lo demuestre, así por ejemplo un dictamen de un sicólogo, pues solo él puede diagnosticar lesiones psicológicas. Una vez comprobados científicamente esos traumas en la psique de la persona afectada, se podría valorar una indemnización diferente a la concedida por el daño moral subjetivo. En el caso en concreto la prueba que se estima mal valorada, concierne a la deposición de testigos que en criterio de la ejecutante, presenciaron su estrés, sufrimiento y angustia, padecimientos que se enmarcan dentro de la lesión moral subjetiva no así la psicológica y un dictamen médico, que solo puede referirse a las dolencias físicas, en criterio de esta Sala fue correctamente apreciada por el juzgador, para la determinación del daño moral subjetivo<sup>18</sup>.*

Bajo esta misma línea jurisprudencial, la Sala Primera ahonda una vez más en esta distinción, indicando lo siguiente:

*VIII. [...] Distinto, sucede con el daño psicológico, según se aprecia en la sentencia recurrida, los juzgadores conceden una suma por concepto de “daño moral psicológico”, pese a que son distintos, ya que como se expresó, esta Sala los ha diferenciado, en tanto este último resulta constatable de modo científico, en razón de los padecimientos que se reflejan en distintas maneras y que patentizan un trauma psicológico; sea, han de acreditarse mediante dictámenes de un profesional, o al menos con algún otro tipo de probanzas que hagan indudable el padecimiento de índole psicológico, pero el subexamine es ayuno al respecto. Tal como lo aduce el recurrente,*

*en este caso resulta vulnerado el canon 317 del CPC ya que la carga de la prueba le compete a la parte actora<sup>19</sup>.*

En este extracto jurisprudencial, se puede notar la diferencia conceptual entre ambos tipos de daños, así como la exigencia de un tratamiento probatorio distinto, según se aleguen la existencia y necesidad de resarcimiento del daño moral subjetivo o daño psicológico.

## 6. Conclusiones

La precisión de definir el contenido y los límites del daño moral subjetivo y el daño psicológico no solo resulta esencial desde un punto de vista teórico, sino también resulta un ejercicio indispensable desde el punto de vista práctico o forense, en razón de que la necesidad de delinear, con claridad, la línea divisoria entre ambos tipos de daños permite abordar de una manera más simple los distintos daños que pueda sufrir la persona física, y el reconocimiento o no de un resarcimiento integral por cada una de dichas afectaciones.

Si bien es cierto el daño moral subjetivo estará siempre encadenado y condicionado al fuero interior del tribunal, a la cuestionable discrecionalidad de quien resuelve y las fórmulas vacías como resultan ser los principios de proporcionalidad y razonabilidad, no debe ocurrir lo mismo con el daño psicológico, el cual puede ser al menos matizado con prueba pericial emitida por profesionales competentes, tanto de la Dirección Ejecutiva, como de los y las profesionales que laboren en el sector privado. Permite incluso hacer una proyección temporal aproximada de su duración, en la hipótesis de que la víctima o la persona damnificada decida iniciar el proceso psicoterapéutico, lo que permitirá

18 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 196-F-S1-2012 de las 09:20 horas del 16 de febrero de 2012.

19 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 820-F-S1-2012 de las 08:55 horas del 18 de julio de 2012.

que la indemnización concedida tenga un efecto reparador más real y satisfactorio o, al menos, más ‘justo’, si se reflexiona sobre las lamentables sumas simbólicas que nuestros tribunales, con frecuencia, conceden a título del “resarcimiento” del daño moral subjetivo.

En síntesis, no debe condenarse la indemnización del daño psicológico al mismo tratamiento confuso e indeterminado del daño moral subjetivo, siendo obligación de las partes, de la Oficina de Defensa Civil de la Víctimas, del juez o de la jueza, del tribunal, de la Sala de Casación respectiva y de las demás personas operadoras del derecho, adoptar una tutela integral indemnizatoria del daño psicológico sufrido por la víctima o la persona ofendida del hecho dañoso que no está obligada a soportar.

## 7. Bibliografía

BIANCA, MASSIMO C. (2016). *Istituzioni di Diritto Privato*. Milano: Giuffrè Editore.

CARRANZA, RODRIGO. *Congreso Internacional: El Nuevo Código Procesal Civil, El recurso de casación*. [www.youtube.com](http://www.youtube.com) 1 de octubre de 2020.

<https://www.youtube.com/watch?v=tEaNBH3GMZ8>

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr). 1 de octubre de 2020, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA, [www.senato.it](http://www.senato.it), (1 de octubre de 2020). <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>

EDIZIONI GIURIDICHE SIMONE ONLINE. *Dizionario Giuridico Simone*. [www.simone.it](http://www.simone.it). 1 de octubre de 2020. <https://www.simone.it/newdiz/>

GAZZONI, FRANCESCO. (2009). *Manuale di diritto privato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

LIN CHING, RONALD. (2003). Propuesta de valoración del daño psicológico en materia de violencia doméstica. *Revista Scielo*, vol. 20, n.º 2, 53 a 67.

LÓPEZ, YURI. (2014). *La responsabilidad civil*. San José: Investigaciones Jurídicas, S. A.

PARLAMENTO EUROPEO. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. 1 de octubre de 2020. [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

PIETRO, TRIMARCHI. (2014). *Istituzioni di Diritto Privato*. Milano: Cedam.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n.º 226-F-S1-2008 de las 15:26 horas del 14 de marzo de 2008.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n.º 196-F-S1-2012 de las 9:20 horas del 16 de febrero de 2012.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto n.º 820-F-S1-2012 de las 8:55 horas del 18 de julio de 2012.

TORREALBA, FEDERICO. (2011). *Responsabilidad civil*. San José: Editorial Juricentro.

# LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

MSc. Lourdes Espinach Rueda\*

## RESUMEN

La Justicia Restaurativa implementada en el Poder Judicial costarricense contribuye al desarrollo sostenible. El objetivo de este artículo es visibilizar las acciones y aportes que brinda esta justicia para el cumplimiento de la Agenda 2030.

**PALABRAS CLAVES:** Desarrollo Sostenible, Poder Judicial, Justicia Restaurativa, Agenda 2030, objetivos.

## THE RESTORATIVE JUSTICE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT

### ABSTRACT

The restorative justice implemented in the Costa Rica Judicial Power contributes to Sustainable Development; Making visible the actions and contributions that this justice provides for the fulfillment of the 2030 Agenda, is the objective of this article.

**KEYWORDS:** Sustainable development, Power of Judicial, Restorative Justice, 2030 Agenda, objective.

Recibido 10 de febrero 2020.

Aprobado 4 de marzo de 2021.

---

\* Jueza penal juvenil. Integrante de la Subcomisión de Acceso a la Justicia en Penal Juvenil. Gestora de penal juvenil con 17 años de trabajar en el Poder Judicial. Excoordinadora del Programa de Justicia Restaurativa. Máster en Derecho Penal. Especialista en derecho penal juvenil, resolución alterna de conflictos y Justicia Restaurativa. Facilitadora y formadora en Justicia Juvenil Restaurativa. Corredactora de la Ley de Justicia Restaurativa. Autora de diferentes artículos sobre la Justicia Restaurativa. E-mail: [lourdes@espinachrueda.com](mailto:lourdes@espinachrueda.com)

**SUMARIO:** Introducción. I. Desarrollo Sostenible. II. El Poder Judicial y el desarrollo sostenible. III. La Justicia Restaurativa y el Desarrollo Sostenible. IV. La Justicia Restaurativa y su contribución a los objetivos de desarrollo sostenible. Conclusión. Bibliografía.

## Introducción

La *Justicia Restaurativa* contribuye a los *Objetivos del Desarrollo Sostenible*, en virtud de que reconoce la dimensión humana de las partes intervinientes en la solución de los conflictos jurídicos. Además, brinda un enfoque social al abordaje del delito, en procura de una sociedad más justa para alcanzar una seguridad ciudadana y la paz general.

El *Desarrollo Sostenible* tiene como objetivo transformar el mundo. Para lograr este objetivo, se ha establecido como meta construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas que protejan los derechos humanos y promuevan la igualdad de géneros. También pretende fortalecer la educación y la salud, poner fin a la pobreza, al hambre y asegurar los recursos naturales para garantizar una reducción del calentamiento global y proteger el planeta para las futuras generaciones.

Los Estados miembros de las Naciones Unidas ratificaron la resolución n.º 70/01 aprobada por la Asamblea General, el 25 de septiembre de 2015, la cual establece los 17 *Objetivos de Desarrollo Sostenible* y las 169 metas que definen el cumplimiento de la *Agenda 2030*.

El Estado democrático costarricense es parte de este compromiso internacional y firmó en el 2016 un Pacto Nacional que involucraba a los Poderes de la República, las academias

públicas y privadas, las Organizaciones No Gubernamentales y a la sociedad civil, a cumplir los objetivos y metas propuestos, convirtiéndose en un referente internacional, al ser el primer país del mundo en comprometerse a ese nivel<sup>1</sup>.

El *Poder Judicial* de Costa Rica participó en la firma de este Pacto Nacional, donde se comprometió como se mencionó, a implementar los *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, en virtud de que tiene como misión institucional garantizar el acceso a la justicia, aplicar leyes, crear políticas inclusivas, preventivas de seguridad y proteger los derechos y las libertades fundamentales, consagrados en los Instrumentos Internacionales y leyes nacionales<sup>2</sup>.

Este órgano de la república ha reconocido la primacía del ser humano como eje del servicio público, lo cual ha motivado a impulsar acciones y programas orientados a brindar soluciones de acuerdo con las necesidades específicas de las personas; y la *justicia restaurativa* es un ejemplo claro y real de *Desarrollo Sostenible*, en virtud de que, desde su implementación en el 2012, en el Poder Judicial, se definió en su visión y misión como un instrumento que contribuía a la paz social, en la búsqueda de una justicia más humanizada para obtener mejores resultados y mayor eficiencia en el tratamiento del delito<sup>3</sup>.

Esta es la importancia de este artículo, al reconocer la contribución de la *Justicia Restaurativa* para la Administración de justicia, en aras del cumplimiento de la *Agenda 2030* propuesta por la Organización de las Naciones Unidas.

Para facilitar su lectura, se desarrollará, en primer lugar, el significado del *Desarrollo Sostenible*; en segundo lugar, la forma en que el *Poder*

1 Recuperado en: <http://www.ods.cr/pacto-nacional>

2 Recuperado en: <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/informacion-institucional/vision-mision-y-valores-del-poder-judicial>

3 Recuperado en: <https://justiciarestaurativa.poder-judicial.go.cr/index.php/valores>

*Judicial responde al Desarrollo Sostenible; en tercer lugar, la estrecha relación existente entre la Justicia Restaurativa y el Desarrollo Sostenible. Para finalizar se mencionarán las acciones concretas y los aportes de la Justicia Restaurativa con respecto al cumplimiento de los objetivos de la Agenda 2030. Lo anterior toma en cuenta los aspectos más relevantes de las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas para alcanzar el Desarrollo Sostenible, así como los avances institucionales en el tema bajo estudio.*

## **I. Desarrollo Sostenible**

¿Qué es el Desarrollo Sostenible? De acuerdo con Espinach (2018):

*El Desarrollo Sostenible nace de la integración de las economías neoclásicas, ecológica y social solidaria, creando un equilibrio que pone al ser humano y la naturaleza como el centro de acción. El progreso del ser humano se da en aspectos que involucra los ejes sociales, económicos y ambientales, donde es importante tener indicadores que permitan el impacto generado a las personas y a la naturaleza. A partir de una planificación estratégica, se busca implementar modelos de acción que involucran a la integración de todas las personas, para trabajar en equipo en miras de un bien común que permita crear una forma de vivir que se hereda de generación en generación. La necesidad de preservación de la raza humana hace que las personas busquen una armonía con la naturaleza a partir de una vinculación del Gobierno*

*(central y local), empresas, organizaciones, asociaciones cooperativas y toda la sociedad civil, se cumple con leyes y políticas que propicien una cultura de sostenibilidad que trascienda para futuras generaciones<sup>4</sup>.*

La Organización de las Naciones Unidas aprobó la Agenda 2030 para el *Desarrollo Sostenible* como un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad. Tiene por objeto fortalecer la paz universal dentro de un concepto más amplio de la libertad, donde se reconoce que la dignidad humana es fundamental, con el fin de erradicar la pobreza en todas sus formas y dimensiones, siendo el mayor desafío al que se enfrenta el mundo, y constituye un requisito indispensable para el Desarrollo Sostenible<sup>5</sup>.

La Agenda 2030 de *Desarrollo Sostenible* tiene como fundamento distintas resoluciones y acuerdos de asambleas realizadas por la Organización de las Naciones Unidas, y tiene como objetivo la protección del medio ambiente, ya que se considera que la naturaleza y el ser humano son los grandes protagonistas de los planes de acción a seguir para resguardar la existencia de nuevas y futuras generaciones, debiendo existir una armonía entre ambos.

Los principales acuerdos según (United Nations, 2018 ‘a’ y ‘b’) mencionados por Espinach<sup>6</sup> son los siguientes:

- El Protocolo de Montreal 1987 nace de las consideraciones del Convenio de Viena de 1980 sobre acuerdos comerciales de mercaderías internacionales, donde se

4 Espinach Rueda, Monserrat. (2018). Desarrollo Sostenible. Hacia el cumplimiento de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas. Universidad Estatal a Distancia, pp. 9-10.

5 Resolución n.º 70/01, aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, la cual establece los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y las 169 metas que definen el cumplimiento de la Agenda 2030.

6 Espinach Rueda, Monserrat. (2018). Desarrollo Sostenible. Hacia el cumplimiento de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas. Universidad Estatal a Distancia, pp. 5 a 8.

busca limitar en los países el uso de ciertos pesticidas y de la quema de fósiles que afecta el medio ambiente.

- La Convención Marco de la Naciones Unidas para el Cambio Climático de Río de Janeiro de 1992 es adoptado para limitar el aumento de la temperatura media mundial.
- El Protocolo de Kyoto de 1997 tiene como objetivo obligar a los Estados miembros, especialmente a los países desarrollados, a reducir emisiones.
- La puerta Climática de Doha de 2012 apoya a los países en inversión de energías limpias donde la innovación y el desarrollo tecnológico son los pilares para mitigar los daños ambientales.
- Conferencia sobre el cambio climático en Varsovia de 2013 encamina el proceso a lo que es el Acuerdo de París de 2015, conocido como la Agenda 2030. Se formaliza el fondo verde que son dineros que los países desarrollados transfieren a países en vías de desarrollo que sufren los efectos del calentamiento global, y se establecen compromisos de carácter político para crear en todos los países el *Desarrollo Sostenible*.
- Conferencia sobre el cambio climático en Lima, Perú de 2014 hace un llamado a los Gobiernos para que el cambio climático sea parte del currículum escolar y comience una concientización a las poblaciones sobre el *Desarrollo Sostenible*.
- Acuerdo de París de 2015, conocido como la Agenda 2030, plantea 17 objetivos con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarca las esferas económica, social y ambiental.

El acuerdo de París encuentra respaldo en la resolución n.º 70/01 aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, la cual establece los 17 *Objetivos del Desarrollo Sostenible* y las 169 metas que definen el cumplimiento de la Agenda 2030, y tiene como objetivo poner fin a la pobreza y al hambre en todo el mundo de aquí al 2030. También pretende combatir las desigualdades dentro de los países y, entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales<sup>7</sup>.

En seguimiento de la implementación de la Agenda 2030, se emite la resolución n.º 71/313 aprobada por la Asamblea General el 6 de junio de 2017, la cual tuvo como objetivo acordar el marco de indicadores mundiales para los Objetivos de Desarrollo Sostenible y las metas de la Agenda 2030<sup>8</sup>.

De esta forma, los 193 países que integran la Organización de las Naciones Unidas, incluyendo el Estado costarricense, asumen el compromiso de transformar el mundo mediante un desarrollo sostenible que contempla una armonía entre la naturaleza y el ser humano. Reconocen la Agenda 2030 que establece la necesidad de construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas que proporcionen igualdad de acceso a la justicia y que se basen en el respeto de los derechos humanos.

7 <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

8 Recuperado en: <https://undocs.org/es/A/RES/71/313>

## II. El Poder Judicial y el Desarrollo Sostenible

El *Poder Judicial* de Costa Rica, como signatario del Pacto Nacional, se comprometió a implementar los 17 *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, ya que tiene como objetivo, administrar justicia de forma pronta, cumplida, accesible, transparente y en apego a la ley, en aras de contribuir con la democracia, la paz social y el Desarrollo Sostenible del país<sup>9</sup>.

Este compromiso mundial fue adoptado en el 2016 por acuerdos de la Corte Plena y del Consejo Superior del *Poder Judicial*, sumándose de esta forma al lema universal que nadie se quede atrás, definido por las Naciones Unidas para la implementación de la Agenda 2030<sup>10</sup>.

Este Poder de la república reconoce expresamente la primacía del ser humano como eje del servicio público. Así se refleja en el *I informe de avances en la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, el cual señala:

*El Poder Judicial se encuentra en un proceso de cambio de paradigma en su quehacer, orientado hacia la humanización de la Justicia, para brindar un servicio de calidad de acuerdo a las necesidades y particularidades de las personas. La misión institucional es clara en que la tarea que tiene encomendada constitucionalmente*

*es administrar justicia, contribuir a la paz social y a la democracia inclusiva.*

*Se ha apoyado en reformas de políticas y acciones para asegurar la tutela efectiva a las personas que acuden en busca de protección de sus derechos y la resolución pacífica de sus conflictos orientadas a una prevención, para no judicializar los procesos únicamente, sino brindar un abordaje diferente, que sea de beneficio de las personas<sup>11</sup>.*

Por otro lado, en el Plan Estratégico Institucional 2019-2024, se definieron como objetivos estratégicos: resolver los conflictos de forma imparcial, celeridad y eficaz para contribuir con la democracia y la paz social; fortalecer la confianza de la sociedad con probidad en el servicio judicial para contribuir con el desarrollo integral y sostenible del país; optimizar los recursos institucionales e impulsar la innovación de los procesos judiciales para agilizar los servicios de justicia; mejorar la idoneidad competencial y el bienestar del personal judicial, con el fin de alcanzar la excelencia en la Administración de justicia y dirigir la gestión judicial en función de las prioridades institucionales con el fin de maximizar el uso de los recursos, objetivos estratégicos que también responden a las metas definidas en la Agenda 2030 de las Naciones Unidas<sup>12</sup>.

9 Recuperado en: <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/informacion-institucional/vision-mision-y-valores-del-poder-judicial>

10 Acuerdo adoptado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la sesión n.º 86-16 celebrada el 14 de septiembre de 2016, artículo LXXV. La Corte Plena declaró de interés institucional los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), plasmados en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la sesión n.º 27-17, artículo XIV, celebrada el 21 de agosto de 2017.

11 I informe de avances en la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en cuanto al eje acceso a la justicia y prevención del delito. Año 2017, p. 23.

12 Plan de Gestión para la Formulación del Plan Estratégico Institucional (PEI) del Poder Judicial 2019-2024, aprobado en la sesión del Consejo Superior 83-17 del 12 de septiembre de 2017, artículo LXIV y conocido en la sesión de Corte Plena 32-17 del 2 de octubre de 2017. Se puede acceder a través de la página web <https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/index.php/planificacionestrategica/plan-estrategico-institucional>

Para la implementación, coordinación interna y externa de los *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, el seguimiento, los avances y la recopilación de la información, se estableció por Corte Plena, como oficina rectora, a la Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales (OCRI). Esta oficina rinde cada año informes sobre los avances del cumplimiento de los *Objetivos y Metas de Desarrollo Sostenible* en el *Poder Judicial*, los cuales se pueden consultar a través de su página web<sup>13</sup>.

Con el fin de implementar los ODS en el *Poder Judicial*, estos se agruparon en cuatro ejes, denominados: a) Acceso a la justicia y prevención del delito. b) Sostenibilidad y gestión ambiental. c) Desarrollo integral de la persona. d) Alianzas para lograr los ODS, los cuales tienen objetivos definidos y facilitan la labor de dar seguimiento y recopilación de la información para la rendición de cuentas. Sin embargo, por aspectos metodológicos no se profundizará en este artículo; empero, la información se puede encontrar en el *I informe* del 2017, sobre los avances en la implementación de la Agenda 2030 en el Poder Judicial<sup>14</sup>.

### III. La Justicia Restaurativa y el Desarrollo Sostenible

Para comprender la estrecha vinculación existente entre la *Justicia Restaurativa* y el *Desarrollo Sostenible*, es necesario, en primer lugar, mencionar y recordar algunos aspectos de la Justicia Restaurativa y su implementación en el Poder Judicial, el objetivo definido y los logros alcanzados a la fecha. Posteriormente, destacaremos las acciones de la Justicia Restaurativa que reflejan sus aportes al cumplimiento de los *Objetivos de Desarrollo Sostenible*.

La Justicia Restaurativa se instaura en el sistema de justicia penal y penal juvenil costarricense, como un programa innovador en el año 2012, en atención a los mandatos internacionales que alertan a su implementación. Al respecto, debemos mencionar la resolución n.º 12/2002 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que reguló los *Principios básicos para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en materia penal*.

Este instrumento internacional define a la Justicia Restaurativa como: “una respuesta evolutiva al delito, que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades”.

Por su parte, el *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas*, divulgado en el 2006, profundiza sobre el significado y los alcances de esta justicia y establece:

*La justicia restaurativa es una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor; a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad. Los programas de justicia restaurativa se basan en el principio fundamental de que el comportamiento delictivo no solamente viola la ley, sino también hiere a las víctimas y a la comunidad. Cualquier esfuerzo para solucionar las consecuencias del comportamiento delictivo deberá, en la medida de lo posible, involucrar tanto al ofensor como a las partes ofendidas, y proporcionar la ayuda y el apoyo que la víctima y el delincuente requieren. La*

13 <https://ocri.poder-judicial.go.cr/areas-de-trabajo/objetivos-de-desarrollo-sostenible>

14 Acceder al sitio web: <https://ocri.poder-judicial.go.cr/documentos-de-interes/publicaciones>

*justicia restaurativa es un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto*<sup>15</sup>.

A nivel doctrinario, la autora Britto señala que:

*La Justicia Restaurativa es una justicia que pone su mayor interés en comprender y transformar las bases que subyacen al delito y la violencia, apelando a la creación de un pacto social y de una ética de la convivencia, atiende las personas inmersas en el conflicto, pues reconoce que los conflictos y delitos son entre personas y no la fría interpretación o transgresión de un código o norma, y sobretodo reconoce que en cada conflicto, delito y manifestación de violencia hay una historia, y una serie de elementos de orden estructural y cultural que lo complejizan. La justicia restaurativa es una forma de humanizar la justicia y ponerla al servicio de lo Humano en su más amplia acepción*<sup>16</sup>.

En este sentido, el Programa de Justicia Restaurativa del Poder Judicial definió como objetivo:

*contribuir a la paz social, ser un herramienta generadora de cambios en la forma de resolver los conflictos penales y penales juveniles, con soluciones integrales y realistas, para obtener mejores resultados y mayor eficiencia en el tratamiento del*

*delito, esto, en el marco de la humanización y la mayor racionalización a la cual debe orientar todos los esfuerzos de la Administración de la Justicia*<sup>17</sup>.

Por tanto, la Justicia Restaurativa responde a una prevención del delito, al brindar un abordaje integral a la persona ofensora, con el fin de poder reintegrarla a la familia y la sociedad, evitando de esta forma que vuelva a delinquir, lo que permite catalogarla como una justicia alternativa al encarcelamiento.

A su vez, brinda una justicia más humanizada especialmente para la víctima, al atender sus necesidades, producto del delito sufrido, en procura de su restauración y resarcimiento del daño. Además, involucra a la comunidad, a través de las redes de apoyo, procesos de capacitación, rendición de cuentas, entre otros, ofreciendo una justicia más participativa, en aras de una sociedad más pacífica, justa y segura.

Por otro lado, desde su implementación en el Poder Judicial, la *Justicia Restaurativa* se ha destacado por sus grandes logros, los cuales han sido reconocidos a nivel institucional y nacional. Al respecto, cabe resaltar el Premio Artífices de Gobierno Abierto<sup>18</sup> que le otorgó la Presidencia de la República al Programa de Justicia Restaurativa en el 2016. Este premio destacó el cumplimiento en la rendición de cuentas, con datos de calidad, accesibles, oportunos y fiables que permitieron garantizar la toma de decisiones.

También el éxito fue atribuido al Programa, porque se involucró a la ciudadanía en la solución de los conflictos mediante la creación de redes de apoyo, la cual se define como el conjunto

15 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2006). Manual sobre programas de Justicia Restaurativa.

16 Britto Ruíz, Diana. (2010). Justicia Restaurativa. Reflexiones sobre la experiencia de Colombia, p. 22.

17 Arias Madrigal, Doris. Programa de Justicia Restaurativa. Poder Judicial, Costa Rica. Sus orígenes 2012-2016, p. 26.

18 Arias Madrigal, Doris. Programa de Justicia Restaurativa. Poder Judicial, Costa Rica. Sus orígenes 2012-2016, p. 33.

de instituciones públicas u organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, declaradas de interés público o de utilidad pública que tiene cada circuito judicial en el ámbito penal y penal juvenil, con el objetivo de que la persona ofensora pueda reparar el daño causado. A su vez, brinda el apoyo para procurar la reinserción de las personas ofensoras a la sociedad, mediante la realización de donaciones, la prestación de servicios a la comunidad, así como recibir abordajes socioeducativos o terapéuticos, según el plan reparador que se defina en la reunión restaurativa.

En esta misma línea de ideas, se deben mencionar algunos otros logros de la *Justicia Restaurativa* en nuestro país que permiten hoy día relacionarlos con el aporte para el *Desarrollo Sostenible*, como son: el costo económico, una causa penal resuelta por Justicia Restaurativa tiene un costo de 335 998 colones, mientras que un asunto penal o penal juvenil resuelto por la vía ordinaria tiene un costo de 6 665 157 colones<sup>19</sup>, lo que representa que la Justicia Restaurativa es un 95% más económica, sumando los aportes para la Administración de justicia y las partes intervinientes, en la resolución del proceso; el tiempo invertido: se ha demostrado que la Justicia Restaurativa es más rápida, tiene una duración de resolución de un mes aproximadamente, a diferencia de los dos años que se ocupa aproximadamente para resolver un proceso penal en la vía ordinaria<sup>20</sup>; la satisfacción de las personas usuarias: de acuerdo con el *Informe n.º 1073-PLA-ES-2020* de la Dirección

de Planificación, la Justicia Restaurativa arroja un nivel de satisfacción del 98%<sup>21</sup>; las alianzas interinstitucionales: para el 2019, se cuenta a nivel nacional con 1577 instituciones que integran la red de apoyo en materia penal, y 1127 en materia penal juvenil<sup>22</sup>.

Además, corresponde indicar en este espacio que todos estos logros fueron herramientas importantes a nivel nacional que permitieron en el 2018, la promulgación de la Ley de Justicia Restaurativa. De esta forma, se reconoce a la *Justicia Restaurativa* como ley de la república y no como un programa institucional. También, se crea la Dirección Nacional de Justicia Restaurativa que tiene como norte el seguimiento, supervisión y control de la aplicación de esta ley.

Expuesto lo anterior, resulta de interés destacar los aportes reconocidos a nivel institucional de la *Justicia Restaurativa*, los cuales se reflejan en los informes que rinde la Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales, sobre los avances de implementación de los *Objetivos de Desarrollo Sostenible* en el *Poder Judicial costarricense*<sup>23</sup>.

En el *I informe del 2017*, se establece que la *Justicia Restaurativa* es una acción institucional que responde a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en lo sucesivo ODS), n.º 1, 3, 4, 16, 17, ya que se identifican buenas experiencias como son: la creación de redes de apoyo, la formación en Justicia Restaurativa, la Política Pública de Justicia Juvenil Restaurativa y el

19 Informe de la Dirección de Planificación n.º 212-PLA-2014.

20 Programa de Justicia Restaurativa. (2018). Costo y transparencia. Poder Judicial, Costa Rica, p. 32.

21 El informe corresponde a 1574 encuestas, las cuales fueron validadas como efectivas por la Dirección de Planificación. De esa cantidad total, 1167 encuestas fueron realizadas por las oficinas de Justicia Restaurativa en materia penal adulto, y 407 en el ámbito penal juvenil. Durante el periodo comprendido en el 8 de enero y 19 de diciembre de 2019. Se desprende que el 85,03% (1338) de las personas usuarias manifestaron que estaban en totalmente de acuerdo con el servicio brindado por Justicia Restaurativa, y 197 personas usuarias, que representaban el 12,52%, estuvieron de acuerdo, lo cual representó el 97,55%.

22 Dirección del Programa de Justicia Restaurativa. Video rendición de cuentas año 2019. Recuperado en la página de Facebook de Justicia Restaurativa de Costa Rica.

23 Se puede acceder por medio de la página web: <https://ocri.poder-judicial.go.cr/documentos-de-interes/publicaciones>

intercambio de experiencias de la *Justicia Restaurativa*, entre otras.

En el *II informe del 2018*, se identifica el Proyecto de Justicia Restaurativa como una acción institucional que contribuye a la implementación de los ODS<sup>24</sup>. En este mismo informe, los órganos auxiliares de justicia destacan acciones concretas en la implementación de la Agenda 2030 y, respecto a la Justicia Restaurativa, mencionan que el Ministerio Público reconoce a la Justicia Restaurativa como un tema estratégico en el desarrollo integral de la persona y visualiza a la Fiscalía Adjunta de Justicia Restaurativa. La Defensa Pública reconoce las acciones de sensibilización, capacitación y divulgación de la Justicia Restaurativa que procura soluciones alternativas. La Escuela Judicial refleja la oportunidad de brindar reinserción a las poblaciones expuestas al uso de consumo de drogas, mediante la capacitación a las personas funcionarias judiciales y del campo salud, sobre el tratamiento de drogas bajo supervisión judicial.

Este informe también destaca los análisis de datos para el cumplimiento de la Agenda 2030, como los indicadores de medidas alternas por Justicia Restaurativa, los casos aprobados, terminados por año, la clasificación por sexo, delito y otros.

Por último, este *II informe* también reconoce el trabajo de la Dirección Nacional de Justicia Restaurativa, en la promoción de buenas prácticas restaurativas y terapéuticos, a través de la Comisión Permanente de Mecanismos Alternativos y Restaurativos del Conflicto y Tribunales de Tratamiento de Drogas, “MARC-TTD” donde ha brindado aportes técnicos en la promoción de la Justicia Restaurativa e intercambio de experiencias a nivel regional.

Por su parte, en el *III informe* rendido en el 2019,<sup>25</sup> se visibiliza a la Justicia Restaurativa como una justicia alternativa que brinda un servicio público de calidad. También, se destacan las alianzas estratégicas a partir de la creación de las redes de apoyo interinstitucionales.

Tras el estudio aquí plasmado, podemos concluir que la *Justicia Restaurativa* contribuye al cumplimiento de los *Objetivos* de la *Agenda 2030* de *Desarrollo Sostenible*, al procurar sociedades más pacíficas, justas e inclusivas, al buscar solucionar los conflictos jurídicos penales y penales juveniles, desde un enfoque más humano, involucrando a la comunidad, a través de la red de apoyo para alcanzar los objetivos de la paz social. Estos aportes han sido reconocidos a nivel institucional y se reflejan en los informes que se rinden ante las instancias correspondientes.

#### **IV. La Justicia Restaurativa y su contribución a los Objetivos de Desarrollo Sostenible**

En este apartado, se desarrollarán los principales aportes de la *Justicia Restaurativa* al *Desarrollo Sostenible*. Se considera que, de los 17 ODS establecidos por la Organización de las Naciones Unidas, la Justicia Restaurativa contribuye a los objetivos n.º 1, 3, 4, 5, 8, 10, 13, 16, 17, los cuales se detallarán a continuación. Para facilitar su comprensión, se transcribirán textualmente y se resaltarán el ODS, la meta e indicador que se asocian con la Justicia Restaurativa, posteriormente, se mencionarán los puntos de interés.

**Objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.** Meta 1.3. “Poner en práctica a nivel nacional sistemas y medidas

24 II Informe de implementación y Avance de los ODS, 2018, pp. 23, 28, 37, 38, 61, 76, 77, 83.

25 Poder Judicial. (2019), III Informe de implementación y Avance de los ODS, pp. 36, 37, 52, 74.

apropiadas de protección social para todos y, para el 2030, lograr una amplia cobertura de los pobres y los más vulnerables”.

De acuerdo con Espinach, este objetivo procura erradicar la pobreza extrema del planeta, desarrollando estrategias de crecimiento económico inclusivo, elaborando planes de acción o programas de ayuda sociales para la atención de las poblaciones más vulnerables, creando oportunidades de trabajo. La autora añade que esto se logra velando por el respeto de los derechos humanos de las personas, incluyendo capacidades mínimas para vivir con dignidad. Es de interés resaltar el derecho a la protección ante la ley, con igualdad de acceso a la justicia y medios de reparación efectiva<sup>26</sup>.

Con fundamento al principio de alto apoyo y control, se considera que la Justicia Restaurativa brinda a las partes intervinientes una respuesta integral al delito. Ello implica una atención interdisciplinaria especializada; la construcción de planes reparadores que tiene como norte la reparación de los daños a la víctima y la restauración del tejido social; en las personas ofensoras, la reinserción, reintegración y restauración que se brindan a través de los abordajes socioeducativos y terapéuticos que ofrece la comunidad a través de las redes de apoyo.

Cuando se atiende a una persona respetando y reconociendo su dimensión humana, desde un enfoque interdisciplinario, restaurativo, validando las necesidades, pero también las fortalezas, se les garantizan la protección y acceso a la justicia a las personas, creando sociedades más seguras, pacíficas e inclusivas.

En cuanto a las personas menores de edad en conflicto con la ley, población vulnerable de

conformidad con las Reglas de Brasilia, este objetivo se cumple cuando se brinda una atención temprana, oportuna e integral que permita ofrecer una protección especial a sus derechos y garantías fundamentales. Un abordaje integral a las personas menores evita la deserción escolar, disminuye el ingreso a pandillas juveniles, el consumo de drogas y, con ello, el incremento de factores de riesgo en esta población.

Se destacan como acciones de la Justicia Restaurativa que aportan a este objetivo:

- Protocolo de inserción socio laboral de Justicia Restaurativa, aprobado mediante circular de la Secretaría de la Corte n.º 204- 2020, celebrada el 15 de septiembre de 2020, en la sesión n.º 89-2020.
- Matriz de factores de riesgos y factores protectores para la construcción de planes reparadores en personas menores de edad, aprobada por el Consejo Superior en la sesión n.º 104-2020, celebrada el 29 de octubre de 2020, artículo LVIII y publicada mediante la circular n.º 282-2020 de la Secretaría de la Corte.
- Protocolo de desjudicialización de las contravenciones de Justicia Juvenil Restaurativa a través de las casas de justicia, aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial en la sesión n.º. 66-17, celebrada el 13 de julio de 2017, artículo CII, que aprobó la publicación en el marco del Programa de Justicia Juvenil del I Protocolo de desjudicialización de las contravenciones, cuyo texto original fue aprobado en la sesión n.º 34-16 del 12 de abril de 2016, artículo LXXXVI. En la sesión n.º 19-2020 del 10 de marzo de 2020, artículo L, el

26 Espinach Rueda, Monserrat. (2018). Desarrollo Sostenible. Hacia el cumplimiento de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas. Universidad Estatal a Distancia, pp. 130-131.

Consejo Superior autorizó la actualización de la circular n.º 122-2017 del 7 de agosto de 2017, en el marco de la promulgación de la Ley de Justicia Restaurativa que regula este procedimiento.

**Objetivo 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todas las edades.**

Meta: 3.5 “Fortalecer la prevención y el tratamiento del abuso de sustancias adictivas, incluido el uso indebido de estupefacientes y el consumo nocivo de alcohol. Indicador 3.5.1 Cobertura de los tratamientos (farmacológicos y psicosociales y servicios de rehabilitación y postratamiento) de trastornos por abuso de sustancias adictivas”.

En el Poder Judicial de Costa Rica, en el 2011, se implementó el Programa de Tratamiento de Drogas bajo Supervisión Judicial con la colaboración de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), instancia de la Organización Americana de los Estados (OEA), el Instituto Costarricense sobre Drogas y el Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia de Costa Rica (IAFA), y fue declarado de interés institucional por el Consejo Superior y la Corte Plena<sup>27</sup>. Esta justicia terapéutica, se enmarcó dentro el Programa de Justicia Restaurativa<sup>28</sup>.

En la actualidad, el Tratamiento de Drogas bajo Supervisión Judicial Restaurativa se encuentra regulado en el artículo 42 de la Ley de Justicia Restaurativa, y tiene como objetivo incorporar a la persona ofensora, adulta o juvenil a un abordaje terapéutico para la atención de trastornos por consumo o dependencia de drogas, cuando se

determine que la comisión del delito está asociado a este consumo problemático de sustancias psicoactivas, ello con el fin atender la enfermedad, procurar la inserción personal y comunitaria, al reestablecer conductas sociales productivas.

Este trabajo se logra gracias al trabajo interdisciplinario e interinstitucional que realizan los equipos de Justicia Restaurativa con el campo salud, integrado por el Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia, la Caja Costarricense de Seguro Social, el Instituto Costarricense sobre Drogas, así como las Organizaciones No Gubernamentales que brindan apoyo terapéutico en la recuperación de los trastornos por consumo de drogas.

Respecto a este tratamiento, se cuenta con indicadores de casos atendidos y terminados. De acuerdo con la información reportada por la Dirección Nacional de Justicia Restaurativa, para el 2019, se atendieron 129 casos, de los cuales 86 estaban activos, 32 finalizaron satisfactoriamente, y únicamente 6 casos fueron revocados.

En cuanto a las personas menores de edad, en la actualidad, la Dirección Nacional de Justicia Restaurativa integra el Plan Red de Servicios de Atención Integral para personas menores de edad relacionado con sustancias psicoactivas de la Comisión Nacional de Prevención y Atención Integral del Consumo de Sustancias Psicoactivas en Personas Menores de Edad (CONASPE). Esta red tiene como objetivo:

*La conformación, organización, gestión y la articulación de los servicios de salud gubernamentales y de ONG, mediante la*

27 En la sesión n.º 85-11 del 6 de octubre de 2011, artículo XXIX el Consejo Superior lo declara de interés institucional. En la sesión n.º 20 de febrero de 2012, artículo XLVL, la Corte Plena lo establece como eje prioritario dentro de las políticas institucionales y acuerda consolidar y reforzar el Programa.

28 Espinach Rueda Lourdes. (2020). Artículo: El procedimiento del tratamiento de drogas bajo supervisión judicial restaurativo como alternativa al encarcelamiento y reinserción social de la persona menor de edad. Experiencia de Costa Rica. Publicado en Libro de Ponencias. XII Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia. Rosario, Argentina.

*ejecución de un modelo de red de servicios para la atención de las personas menores de edad con consumo de sustancias psicoactivas, el cual garantiza el acceso y la atención oportuna, continua e integral a la población, contando con los recursos humanos, técnicos, financieros y físicos necesarios para la gestión adecuada de la atención y la obtención de los resultados de salud previstos*<sup>29</sup>.

Esta integración interinstitucional permite brindar de forma oportuna, idónea y viable una respuesta a la persona menor de edad acusada, con el fin de atender su problema con las drogas, sanarla a través de los abordajes terapéuticos que requiera y garantizar su reinserción a través de las ONG que integran esta red de atención.

La inclusión a esta red nacional es una de las acciones que se implementaron como resultado de la Política Pública de Justicia Juvenil Restaurativa<sup>30</sup>, para garantizar una atención integral y brindar a las personas menores de edad acciones claras, viables, idóneas de acuerdo con sus necesidades, desde los diferentes ámbitos de su intervención y prevención en problemas de consumo. Esto representa una acción concreta por parte del Estado y del Poder Judicial para garantizar el cumplimiento de los fines de protección, derecho a la salud e interés superior de la persona menor.

**Objetivo 4. Garantizar una educación, inclusiva equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida de todos.** Meta 4.4. De aquí al 2030, aumentar considerablemente el número de jóvenes y adultos que tienen las competencias necesarias, en particular técnicas y profesionales para acceder al empleo, al trabajo decente y el emprendimiento.

La Justicia Restaurativa se fundamenta en los principios rectores del reconocimiento del daño, la responsabilidad activa, la reparación del daño, entre otros. Estos principios tienen un fin educativo transversal en todo su abordaje, especialmente en el procedimiento juvenil restaurativo, ya que es una obligación del Estado costarricense garantizar la educación a las personas menores de edad. Así, en los planes reparadores, se procura como acción primordial la educación o aprendizaje de algún oficio para apoyar en el proceso de construir o fortalecer un proyecto de vida en las personas menores de edad.

Por otro lado, en el procedimiento de la Justicia Juvenil Restaurativa, a través de las redes de apoyo, el trabajo interinstitucional, marca un aporte vital en abordajes socioeducativas, con enfoques en el desarrollo de habilidades y destrezas para la vida, la prevención de la violencia, estilos de vida saludable, abordajes en masculinidades, el uso adecuado de las redes sociales, los cuales responden al objetivo de garantizar la educación en las personas menores de edad.

29 Aprobada por parte del Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia, mediante acuerdo #03-02-07 de la sesión celebrada el 10 de octubre de 2007. Integra diferentes instituciones a nivel nacional, entre ellos a la Dirección Nacional de Justicia Restaurativa del Poder Judicial. Recuperado en: <https://www.iafa.go.cr/images/descargables/publicaciones/CONASPE-Plan-Red-de-Servicios-de-Atencion-Integral-para-Personas-Menores-de-Edad-Relacionado-con-Sustancias-Psicoactivas-PPT.pdf>

30 La Política Pública de Justicia Juvenil Restaurativa de Costa Rica fue declarada de interés nacional. Se construyó gracias a la cooperación internacional del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, a través de EuroSocial II, se involucró a los tres Poderes de la República, la Academia y la sociedad civil. Fue aprobada por el Poder Ejecutivo en la sesión extraordinaria n.º 18, celebrada el 19 de agosto de 2015 por el Consejo Presidencial Social y por el Poder Judicial en la sesión n.º 35-15, celebrada el 21 de septiembre de 2015. Esta servidora tuvo el honor de participar en la construcción como apoyo técnico.

En esta misma línea de ideas, la Justicia Restaurativa fortalece una educación para la paz, con las siguientes acciones:

- Charlas en centros Educativos de primaria y secundaria sobre la Justicia Restaurativa y el derecho penal juvenil.
- Encuentros con la comunidad, con el fin de rendir cuentas y capacitar a las personas sobre la Justicia Restaurativa. Para el 2019, se realizaron 20 encuentros con la comunidad a nivel nacional<sup>31</sup>.
- Formación en Justicia Restaurativa en materia penal y penal juvenil. Para el año 2019, se capacitaron 578 personas entre personas funcionarias judiciales y representantes de la comunidad en Justicia Restaurativa<sup>32</sup>.

**Objetivo 5. Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas.** De acuerdo con Espinach, la igualdad de género es un derecho fundamental de la humanidad que permite tener un mundo más inclusivo, pacífico y con mejores oportunidades de desarrollo para las personas. Por ello, surge la necesidad de facilitar políticas y legislaciones que impulsen programas de educación y trabajos equitativos<sup>33</sup>.

En cuanto a las acciones u aportes de la Justicia Restaurativa, en este Objetivo de Desarrollo Sostenible, se debe destacar:

- Diseños curriculares de Justicia Restaurativa en materia penal, penal juvenil para personas operadoras de justicia

y la comunidad, con un eje transversal de género.

- Planes reparadores diferenciados en mujeres ofensoras, por ejemplo: procedencia del artículo 77 bis de la Ley N.º 7786, sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, el cual establece la posibilidad de resolver por Justicia Restaurativa los delitos relacionados con esta ley, cuando la persona que comente el delito es una mujer.
- Tabulación de información de Justicia Restaurativa por sexo.

**Objetivo 8 Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.** Meta 8.6 “De aquí a 2020, reducir considerablemente la proporción de jóvenes que no están empleados y no cursan estudios ni reciben capacitación”.

De acuerdo con Espinach, para cumplir con este objetivo, es necesaria la educación de calidad que les permita a las personas tener un trabajo con salario justo, en otras palabras, crear competencias para tener acceso a la empleabilidad<sup>34</sup>.

Anteriormente mencionamos que la Justicia Restaurativa cuenta con redes de apoyo que les brindan oportunidades a las personas ofensoras para mantenerse estudiando, aprender algún oficio o construir herramientas para procurarse

31 Dirección Nacional de Justicia Restaurativa. Informe anual de labores del 2019. Recuperado en: <https://justiciarestaurativa.poder-judicial.go.cr/index.php/informes>

32 Dirección Nacional de Justicia Restaurativa. Informe Anual de Labores del 2019.

33 Espinach Rueda, Monserrat. (2018). Desarrollo Sostenible. Hacia el cumplimiento de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas. Universidad Estatal a Distancia, p. 139.

34 Espinach Rueda, Monserrat. (2018). Desarrollo Sostenible. Hacia el cumplimiento de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas. Universidad Estatal a Distancia, p. 143.

un proyecto de vida, especialmente en el ámbito laboral. También resaltamos, en este objetivo, que la Justicia Restaurativa cuenta con políticas institucionales encaminadas a lograr esta meta. Ejemplo de ello es el *Protocolo de inserción socio-laboral*, aprobado por el Consejo Superior en la sesión n.º 89-2020, celebrada el 15 de septiembre de 2020, comunicado mediante la circular n.º 204-2020 de la Secretaría de la Corte, la cual tiene como objetivo orientar a los equipos de Justicia Juvenil Restaurativa, en la elaboración de los acuerdos restaurativos que permitan fortalecer el perfil educativo y laboral de la persona ofensora en conflicto con la ley penal, con el fin de generar habilidades y destrezas para el aprendizaje de algún oficio que le permita contar con un perfil idóneo de empleabilidad.

Por otro lado, es importante resaltar el Programa de Justicia Restaurativa para el Bienestar Integral del Personal Judicial como acción concreta de la Justicia Restaurativa que contribuye con este objetivo y también con el ODS n.º 1, el cual tiene como fin:

*[...] implementar soluciones integrales a diversas situaciones que podrían constituir un factor de riesgo institucional o ser sujetas del Régimen Disciplinario, constituyendo una alternativa a la imposición de sanciones y buscando mejorar la calidad de vida laboral de las personas servidoras judiciales, brindándoles herramientas útiles para alcanzar su bienestar personal, laboral y social, así como prevenir la comisión de actos que afecten el deber de probidad y la ética de las personas servidoras<sup>35</sup>.*

Este proyecto también se destaca a nivel institucional por guardar relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible<sup>36</sup>.

**Objetivo 10. Reducir la desigualdad en y entre los países.** Meta 10.2 De aquí a 2030, potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición. Meta 10.3 Garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados, incluso eliminando las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto.

La Justicia Juvenil Restaurativa implementada en el proceso penal juvenil costarricense responde al principio de especialidad, mínima intervención y desjudicialización o diversificación de la respuesta punitiva, esto en acatamiento de instrumentos internacionales, como es la Observación General n.º 24 (2019) del Comité de los Derechos del Niño, la cual garantiza el respeto a los derechos fundamentales de las personas menores de edad, la no discriminación y la promoción de políticas preventivas, atención temprana, inclusión social, mediante prácticas restaurativas.

Así, con respecto a este principio de especialidad y no discriminaciones de las personas menores de edad, la Ley de Justicia Restaurativa establece todo un capítulo con regulación especial en la materia.

En este sentido, la regulación del procedimiento de justicia juvenil restaurativa es un ejemplo

35 Poder Judicial de Costa Rica. Programa de Justicia Restaurativa para el Bienestar Integral del Personal Judicial. Coordinación general, Rafael Segura Bonilla, magistrado de la Sala de Casación Penal, rector de la Dirección Nacional de Justicia Restaurativa. Introducción.

36 Circular 190-2019 de la Secretaría de la Corte. Reglamento del Programa Justicia Restaurativa para el Bienestar Integral del Personal Judicial. Aprobado por la Corte Plena, en la sesión n.º 41-19, celebrada el 30 de septiembre del 2019. Circular 209-2019 de la Secretaría de la Corte. Protocolos Programa Justicia Restaurativa para el bienestar integral del personal judicial. Aprobado por el Consejo Superior, en la sesión n.º 98-19, celebrada el 7 de noviembre de 2019.

de emisión de legislaciones que promueven un respeto a los derechos fundamentales de las poblaciones vulnerables, con el fin de evitar cualquier tipo de discriminación y, de esta forma, contribuir al Desarrollo Sostenible.

Otro ejemplo de ello y que se desarrollará en el objetivo 17 es el intercambio de experiencias a nivel internacional de la Justicia Restaurativa, así como los procesos de capacitación para la implementación de esta justicia a nivel regional.

**Objetivo 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.** Meta 13.3. “Mejorar la educación, la sensibilización y la capacidad humana e institucional respecto de la mitigación del cambio climático, la adaptación a él, la reducción de sus efectos y la alerta temprana”.

La Justicia Restaurativa responde a políticas institucionales de cero papel, ya que, desde su implementación, el procedimiento es oral. De esta forma, contribuye en la reducción del cambio climático. Además, favorece al planeta a través de acciones establecidas en los planes reparadores de las personas ofensoras, mediante de la prestación de los servicios a la comunidad, como son labores en reciclaje, limpieza de parques, ríos, playas y zonas verdes, a través de programas municipales o con ONGs que integran las redes de apoyo. Esta labor permite sensibilizar sobre el daño que ocasiona el ser humano al planeta y la necesidad de su recuperación para la supervivencia de las futuras generaciones.

**Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.** Meta 16.6. Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas. Indicador 16.6.2. Proporción de la población que se siente satisfecha con su

última experiencia de los servicios públicos. Meta 16.7. Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades. Indicador 16.7.2. Proporción de la población que considera que la adopción de decisiones es inclusiva y responde a sus necesidades, desglosada por sexo, edad, discapacidad y grupo de población.

Este objetivo responde a las labores de administración de justicia, acceso a un servicio público de calidad, el cual fue analizado en los apartados II y III de este artículo.

Ahora bien, destacamos con gran interés que la Justicia Restaurativa es una acción estratégica en el Desarrollo Sostenible, el cual encuentra sustento en instrumentos internacionales, por responder a derechos humanos, como la salud, la educación, así como reconocer la dignidad de las personas en los procesos penales, penales juveniles y contravencionales. Por tanto, esta forma de administrar justicia ha significado para el Poder Judicial de Costa Rica, una vez más, la ubicación en la vanguardia internacional con la promulgación de la Ley de Justicia Restaurativa.

**Objetivo 17. Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.** De acuerdo con Espinach:

*El desarrollo sostenible es la alianza estratégica de todas las partes interesadas de una sociedad como son Gobiernos (local y central), empresarios, asociaciones, cooperativas, sociedad civil, entre otros; con el fin de unirse para buscar en equipo soluciones integrales a las necesidades requeridas de una población; las necesidades de una comunidad si no se solucionan, acarrearán en daños para la sociedad en aspectos sociales, económicos*

*y ambientales; amenazando la seguridad democrática, paz y seguridad ciudadana que culmina en problemas que limitan la creación de desarrollo sostenible*<sup>37</sup>.

En sintonía con lo anterior, la Justicia Restaurativa reconoce que el delito causa un daño a la víctima<sup>38</sup>, a la comunidad y a la persona ofensora. Por este motivo, estas partes intervinientes son invitadas a involucrarse y encontrarse para llevar a cabo un diálogo, en procurar la solución al conflicto, mediante el reconocimiento y la reparación del daño, con el fin de reconstruir el tejido social dañado a causa del delito, restaurar a las partes y reintegrarlas a la familia y la sociedad. De esta manera, se contribuye a la paz social.

Al respecto, Zerh señala:

*Los miembros de la comunidad también tienen necesidades como consecuencia del crimen y tienen roles específicos que asumir. Algunos promotores de la justicia restaurativa como el juez Barry Stuart y Kay Pranis, afirman que cuando el estado actúa a nombre nuestro, debilita nuestro sentido de comunidad. Las comunidades sufren el impacto del crimen y, en muchos casos, deberían ser consideradas como partes interesadas en su calidad de víctimas secundarias. Los miembros de la comunidad tienen roles importantes que desempeñar y también es posible que tengan responsabilidades que asumir ante las víctimas, los ofensores e incluso ante sí mismos*<sup>39</sup>.

Desde esta perspectiva, se afirma que la comunidad es parte interviniente en la Justicia Restaurativa y, por ende, así quedó regulado en el sistema costarricense en el Capítulo I, del título II de la Ley de Justicia Restaurativa.

El artículo 12 de la Ley de Justicia Restaurativa establece:

*La comunidad en la justicia restaurativa es el conjunto de instituciones públicas y organizaciones privadas sin fines de lucro, declaradas de interés público o de utilidad pública, que conforman la Red de Apoyo de Justicia Restaurativa en penal, penal juvenil o contravencional y de la Oficina de Atención a las Víctimas. Se promueve la participación de la comunidad para que las víctimas puedan ser apoyadas en los procedimientos restaurativos, buscando la reintegración, la rehabilitación, la recuperación y su reinserción en la sociedad. También, para que las personas-ofensoras puedan cumplir con los acuerdos, planes y resultados restaurativos. Asimismo, se promoverá la participación de personas expertas de la comunidad en las reuniones restaurativas, con el fin de que expongan sobre los impactos sociales causados por el daño causado por el delito, el modo de involucramiento delictivo y en temáticas relevantes al abordaje restaurativo.*

De esta norma jurídica, podemos determinar que la comunidad en el procedimiento de la Justicia Juvenil Restaurativa costarricense tiene varios roles establecidos: el primero como apoyo a la víctima afectada por la comisión del delito; el

37 Espinach Rueda, Monserrat. (2018). Desarrollo Sostenible. Hacia el cumplimiento de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas. Universidad Estatal a Distancia, p. 56.

38 Sobre la víctima en la Justicia Restaurativa, se puede consultar el artículo de quien suscribe, denominado “La víctima en el procedimiento de justicia juvenil restaurativa en Costa Rica”. Revista Serie Victimología. 25. Argentina. 2020.

39 Howard Zehr. El pequeño libro de la Justicia Restaurativa. International Standard Book, p. 23.

segundo como víctima secundaria que interviene en el proceso a partir de la participación de personas expertas en la reunión restaurativa. Así, por ejemplo, podemos mencionar que, en los delitos contra la salud pública, participan personas expertas en el campo de la salud. En los delitos contra la autoridad, participan personas funcionarias del Ministerio de Seguridad. Esta participación tiene como único objetivo exponer en la reunión restaurativa el daño que se ocasiona a la comunidad, con la infracción al bien jurídico que se protege, para que la persona ofensora identifique el daño y pueda reconocerlo; el tercero como red de apoyo, como ya se mencionó.

En este sentido, este objetivo tiene una estrecha vinculación con la Justicia Restaurativa, gracias al involucramiento de la comunidad en la resolución de los conflictos jurídicos penales y penales juveniles.

Tal y como se mencionó líneas atrás, en la actualidad, en materia penal, se cuenta con 1577 instituciones a nivel nacional que integran la red de apoyo y, en materia penal juvenil, se cuenta con 1127<sup>40</sup> que permiten brindar oportunidades a las personas ofensoras para resarcir el daño a la víctima y la comunidad, así como fortalecer la seguridad ciudadana, en consecuencia, la paz social.

Por otro lado, cabe mencionar el posicionamiento a nivel internacional de la Justicia Restaurativa en procesos de capacitación, divulgación, alianzas estratégicas para el fortalecimiento e intercambio de buenas prácticas mediante la cooperación internacional.

Para subrayar algunos proyectos de cooperación, se identifican: el Proyecto Corte-Embajada-

NCSC sobre Justicia Juvenil Restaurativa, financiado por la Embajada de los Estados Unidos en Costa Rica, con el fin de fortalecer la Justicia Restaurativa en poblaciones vulnerables. El Proyecto Fortalecimiento Regional de la Justicia Restaurativa, financiado por el Programa ADELANTE de la Unión Europea, primer proyecto regional de cooperación internacional europea que coordinó Costa Rica, y México y Colombia participaron como países beneficiarios.

El Proyecto Fortalecimiento de Penal Juvenil y Justicia Restaurativa financiado por el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) tiene como uno de sus objetivos la implementación del Programa de Mentoría Judicial que consiste en la red de personas que funjan como mentoras para las personas menores de edad. Por último y de más reciente aprobación, se halla el Proyecto de Creación de Mecanismos Interinstitucional para la promoción de la inserción social de la persona joven en la etapa de ejecución de las sanciones penales juveniles, bajo el financiamiento de EuroSocial<sup>41</sup>.

Finalmente, para el 2019, se realizaron tres visitas al exterior con el fin de brindar capacitación sobre la experiencia de la Justicia Restaurativa en Costa Rica, y en nuestro país, se recibieron las delegaciones de México y Perú. En el 2020, se llevaron a cabo al menos 12 participaciones a nivel internacional, las cuales se realizaron bajo la modalidad virtual. También se organizó y realizó el I Congreso Internacional de Justicia Restaurativa, con una participación de más de ciento treinta personas certificadas,<sup>42</sup> lo que permitió fortalecer las alianzas para el Desarrollo Sostenible.

40 Dirección del Programa de Justicia Restaurativa. (2019). Video rendición de cuentas. Recuperado en la página de Facebook de Justicia Restaurativa de Costa Rica.

41 Informe anual 2020 de la Dirección Nacional de Justicia Restaurativa.

42 Informe anual 2019 y 2020 de la Dirección Nacional de Justicia Restaurativa.

Así, han quedado expuestas las diferentes acciones que han permitido reflejar la contribución de la Justicia Restaurativa, al cumplimiento de los Objetivos de la Agenda 2030, con respecto al *Desarrollo Sostenible*.

## Conclusión

En resumidas cuentas, el acuerdo de París, que tiene sustento en la resolución n.º 70/01, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 25 de septiembre de 2015, establece los 17 Objetivos de *Desarrollo sostenible* y las 169 metas que definen el cumplimiento de la *agenda 2030*. Este acuerdo ha sido firmado por primera vez en su historia por los 193 países que integran este organismo internacional, incluyendo el Estado costarricense.

Por su parte, el *Desarrollo Sostenible* tiene como objetivo transformar el mundo al buscar construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, al proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros. Además, pretende fortalecer la educación y la salud, poner fin a la pobreza, al hambre y asegurar los recursos naturales para garantizar una protección del planeta para las futuras generaciones.

El *Poder Judicial* costarricense, como signatario del Pacto Nacional para el cumplimiento de este compromiso internacional, rinde informes anuales sobre los avances y aportes del Sistema de Justicia para el Desarrollo Sostenible, a través de la Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales de esta institución. Este órgano de la república reconoce la necesidad de construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas que proporcionen igualdad de acceso a la justicia y que se basen en el respeto de los derechos humanos. Así se asume el compromiso de transformar el mundo mediante un desarrollo sostenible.

Por último, podemos afirmar de manera satisfactoria que la *Justicia Restaurativa* es una acción concreta, real y material de este compromiso asumido, debido a los diferentes aportes que brinda a los objetivos establecidos para el cumplimiento de la *Agenda 2030* del *Desarrollo Sostenible*.

## Bibliografía

- Resolución n.º 70/01 aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, la cual establece los 17 *Objetivos Desarrollo Sostenible* y las 169 metas que definen el cumplimiento de la Agenda 2030. Recuperado de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>
- Resolución n.º 71/313 aprobada por la Asamblea General el 6 de junio de 2017, la cual tuvo como objetivo acordar el marco de indicadores mundiales para los Objetivos de Desarrollo Sostenible y las metas de la Agenda 2030. Recuperado de: <https://undocs.org/es/A/RES/71/313>
- Declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Resolución n.º 12/2002. Principios básicos para la aplicación de programas de justicia retributiva en materia penal. Recuperado en: [https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_1080\\_1.pdf](https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1080_1.pdf)
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2006). *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa*. Recuperado en: [https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual\\_de\\_Justicia\\_Restaurativa\\_1.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_de_Justicia_Restaurativa_1.pdf)

- I, II y III informe de avances en la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en cuanto al eje acceso a la justicia y prevención del delito. (2017, 2018 y 2019. Recuperado de: <https://ocri.poder-judicial.go.cr/documentos-de-interes/publicaciones>
- Plan de Gestión para la Formulación del Plan Estratégico Institucional (PEI) del Poder Judicial 2019-2024, aprobado en la sesión del Consejo Superior 83-17 del 12 de septiembre de 2017, artículo LXIV y conocido en la sesión de la Corte Plena 32-17 del 2 de octubre de 2017. Recuperado de: <https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/index.php/planificacionestrategica/plan-estrategico-institucional>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa*. (2006). Recuperado en: [http://css.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](http://css.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)
- Pacto Nacional por los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Presidencia de la República de Costa Rica. Recuperado en: <http://www.ods.cr/pacto-nacional>
- Poder Judicial de Costa Rica. *Visión y Misión*. Recuperado de: <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/informacion-institucional/vision-mision-y-valores-del-poder-judicial>
- Programa de Justicia Restaurativa. Recuperado de: <https://justiciarestaurativa.poder-judicial.go.cr/index.php/valores>
- Plan Red de Servicios de Atención Integral para personas menores de edad relacionado con sustancias psicoactivas de la Comisión Nacional de Prevención y Atención Integral del Consumo de Sustancias Psicoactivas en Personas Menores de Edad (CONASPE). Recuperado en: <https://www.iafa.go.cr/images/descargables/publicaciones/CONASPE-Plan-Red-de-Servicios-de-Atencion-Integral-para-Personas-Menores-de-Edad-Relacionado-con-Sustancias-Psicoactivas-PPT.pdf>
- Dirección Nacional de Justicia Restaurativa. *Informe anual años 2019 y 2020*. Recuperado en: <https://justiciarestaurativa.poder-judicial.go.cr/index.php/informes>
- Arias Madrigal, Doris. *Programa de Justicia Restaurativa*. Poder Judicial, Costa Rica. Sus orígenes 2012-2016.
- Britto Ruíz, Diana. (2010). *Justicia Restaurativa*. Reflexiones sobre la experiencia de Colombia.
- Espinach Rueda, Monserrat. (2018). *Desarrollo Sostenible. Hacia el cumplimiento de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas*. Universidad Estatal a Distancia.
- Espinach Rueda Lourdes. (2020). Artículo: *El procedimiento del tratamiento de drogas bajo supervisión judicial restaurativo como alternativa al encarcelamiento y reinserción social de la persona menor de edad. Experiencia de Costa Rica*. Artículo publicado en Libro de Ponencias. XII Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia. Rosario, Argentina.

- Espinach Rueda Lourdes. (2020). La víctima en el procedimiento de justicia juvenil restaurativa en Costa Rica. Artículo publicado en la *Revista Serie Victimología* 25. Argentina.
- Howard Zehr. (2010). *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*.
- Ley de Justicia Restaurativa. N.º 9582.
- La Política Pública de Justicia Juvenil Restaurativa de Costa Rica.
- *Informe de la Dirección de Planificación n.º 212-PLA-2014*.
- *Informe de la Dirección de Planificación n.º 1073-PLA-ES-2020*.
- Circular 190-2019 de la Secretaría de la Corte. Reglamento del Programa Justicia Restaurativa para el Bienestar Integral del Personal Judicial.
- Circular 209-2019 de la Secretaría de la Corte. *Protocolos Programa Justicia Restaurativa para el Bienestar Integral Del Personal Judicial*. Aprobado por el Consejo Superior, en la sesión n.º 98-19, celebrada el 7 de noviembre de 2019.

# RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EMPRESAS POR RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIÓN A NORMAS DE COMPETENCIA EN UN CÁRTEL CON BASE EN LA SENTENCIA NÚMERO 1680/19, VALENCIA, DEL DIECISÉIS DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE

MSc. Warren Corrales Castillo\*

## RESUMEN

El desarrollo de nuevas pautas y acontecimientos en las relaciones jurídicas entre particulares que se han visto dañados en su esfera personal y patrimonial ante situaciones de infracción a normas de la competencia por parte de las empresas, y el derecho, quien siempre es llamado a resolver conflictos nuevos que suceden en la realidad social, han venido de manera inicial a tratar de proteger y ampliar su esfera de resguardo a estas nuevas situaciones. Considero que el derecho seguirá innovando y aplicando nuevos criterios bajo nuevos institutos para tratar de preservar y aumentar la protección al derecho a la competencia, buscando siempre el mayor bienestar posible para la sociedad.

**Palabras clave:** Responsabilidad civil, derecho civil, reclamación por daños, normas de competencia, carteles.

## ABSTRACT

The development of new guidelines and events in the legal relations between individuals who have been damaged in their personal and patrimonial sphere in situations of infringement of competition rules by companies; and, the law, which is always called to solve new conflicts that occur in social reality, has come initially to try to protect and expand its sphere of protection to these new situations. I truly believe that the law will continue to innovate and apply new criteria under new institutes to try to preserve and increase the protection of the right to competition, always seeking the greatest possible welfare for society.

**Keywords:** Liability, civil law, claims for damages, competition rules and proceedings, cartels.

Recibido 17 octubre 2020.

Aprobado 4 de marzo de 2021.

---

\* Máster en Asesoría Jurídica de Empresa por la Universidad Carlos III de Madrid, máster en Derecho Comercial y Compliance por la Universidad Carlos III de Madrid y máster en Derecho de la Empresa por la Universidad para la Cooperación Internacional. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: corrales\_warren@hotmail.com

## Introducción

En el ámbito del derecho de la competencia, se ha discutido, y mucho, la relación que puede haber entre una infracción a una norma de competencia y el daño que se pueda producir a consecuencia de ello.

Sobre ese tema en particular se han escrito mares de tinta y, en general, podemos indicar que hay una aceptación generalizada y no mucho margen para la discusión al respecto; es decir, se ha superado dicha discusión y se imponen multas y sanciones ante los daños producidos por tal relación. En otras palabras, el derecho ha realizado su tarea al evidenciar una situación específica que requería de su intervención y ha solucionado el problema al imponer multas o sanciones.

Sin embargo, este tema ha ido más allá, se han desarrollado nuevas pautas y acontecimientos en las relaciones jurídicas entre particulares que se han visto dañados en su esfera personal y patrimonial ante situaciones de infracción a normas de la competencia por parte de las empresas; y el derecho, quien siempre es llamado a resolver conflictos nuevos que suceden en la realidad social, ha venido de manera inicial a tratar de proteger y ampliar su esfera de resguardo a estas nuevas situaciones.

Este es precisamente el tema que ocupará este trabajo de investigación con el afán de suministrar un criterio novedoso desde el abordaje técnico, pretendiendo aportar un insumo más a la discusión jurídico-académica del tema desde la óptica de un abogado o una abogada costarricense.

Es interesante adentrarse en el tema porque definitivamente ha sido un progreso en cuanto al derecho de la competencia se trata, y el derecho, en general, siempre propugna brindar soluciones en la sociedad. En especial, el derecho de la competencia siempre busca proteger situaciones que se den en la sociedad y se refieran a aquellos

hechos que atañan a la competencia y la forma de regularla para evitarlos.

Para lo anterior, este trabajo se dividirá en tres capítulos. El primer capítulo hará un abordaje más teórico sobre los conceptos más importantes de la sentencia. El segundo brindará una serie de instrumentos para la interpretación de la sentencia y el nuevo paradigma de la reclamación por daños frente a terceros. Por último, el tercer capítulo versará sobre aspectos prácticos de la responsabilidad como tal, analizando las doctrinas que desarrolla la sentencia.

Así, bajo ese capitulado, abordaré los siguientes temas: reclamación por daños - infracción normas competencia, análisis de los artículos 1902 - 1106 del Código Civil, legitimación pasiva y *ad causam*, prescripción, acción *follow on*, acción *passing on*, responsabilidad solidaria matriz-filial, sobrecostes, intercambio de información sobre precios (ilícito por objeto), acción consecutiva, principios de equivalencia y efectividad y la doctrina *in re ipsa*.

### 1. Reclamación por daños derivados de la infracción de las normas de competencia

#### a) Análisis somero de la sentencia

Para iniciar con el abordaje de estas situaciones a las que nos referimos, es importante saber de qué estamos hablando y cuál fue el progreso que, en criterio de este autor, se llevó a cabo con esta sentencia, en la que inicialmente se condenaron empresas<sup>1</sup> (sociedades mercantiles) al pago de una suma de dinero en concepto de daños a una persona física.

Esta condena tuvo éxito gracias al ejercicio de una acción de reclamación por daños derivados de la infracción de las normas de la competencia en el

1 FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV y CNH INDUSTRIAL NV.

marco del denominado cártel de los fabricantes de camiones<sup>2</sup>.

En términos generales y, para no pretender resumir la sentencia que no sería el objeto de esta investigación, debo señalar que la situación jurídica versa sobre un proceso anterior y previo. Este fue el análisis de una situación donde unas empresas que, al final, fueron condenadas, participaron en un cártel de fabricantes de camiones, donde se pusieron de acuerdo en precios, lo cual fue debidamente probado.

Esta situación generó otro daño, ahora no a la competencia en su faceta general, sino en particular a una persona que compró un camión para su trabajo justo en esas fechas. Lo que el actor demandaba, justificado de manera amplia, fue que dicho cártel le generó un daño y pidió compensación<sup>3</sup> por ello.

Lo interesante es que se ha entendido, desde el punto de vista del derecho de la competencia, que lo que generaba el daño de un cártel o de cualquier otro acuerdo de este tipo era un daño a la sociedad en general, a la competencia y, por lo tanto, se condenaba a las empresas por tal accionar antijurídico y se les imponían multas. Sin embargo, en este caso que analizo, va mucho más allá y ahí radica, en mi opinión, lo relevante del caso.

Así, el actor consideró que tal actuación lo dañó en su esfera personal patrimonial. No es una actuación que directamente las empresas hicieron para generarle el daño. Pero, se podría señalar de manera indirecta que se le generó un daño a su persona.

Esto lo logró demostrar en el proceso y logró evidenciar la relación de causalidad y demás criterios. Pero el aporte jurídico radica precisamente en que, ante una actuación particular de empresas en cuanto a precios, no solo daña a la sociedad (competencia), sino también puede dañar a las personas individualmente consideradas y como tal ser objeto de discusión jurídica y, aún más, de indemnización ante el daño generado.

#### **b) Análisis de los artículos 1902, 1106 y 1908 del Código Civil, criterios jurisprudenciales y otros instrumentos jurídicos**

En este apartado, se revisarán los presupuestos de estimación de la acción del artículo 1902 del C. Civil, que considero que concurren para completar este análisis. Para ello, es menester realizar un análisis y copia integral de los artículos para encuadrar la redacción a lo indicado por ellos.

El artículo 1902 señala claramente lo que se conoce como la teoría general de la responsabilidad: quien causa un daño por acción u omisión tendrá la responsabilidad de repararlo. Así indica que: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

Por su parte, el artículo 1908 amplía tal esfera de protección y de responsabilidad. Este artículo versa sobre la responsabilidad de los propietarios por daños causados a ciertos supuestos:

*1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias*

2 Decisión de la Comisión Europea del 19 de julio de 2016, en el Asunto AT.39824- Camiones.

3 F. Díez Estella. “Capítulo 9. Programas de clemencia y acciones de daños: una conflictiva relación”. En I. Ruiz Peris (dir), La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 261 a 284, Valencia 2016; F. Díez Estella y P. Pérez Fernández. “La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución en el derecho de defensa de la competencia?”. Revista Aranzadi de la Unión Europea, n.º 7 (año XL), julio de 2014.

*explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado, 2.º Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades, 3.º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor; y, 4.º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen.*

Por último, con respecto a la indemnización por daños y perjuicios, el artículo 1106 es claro al afirmar que: *“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”*.

No se debe desconocer el anterior desarrollo jurisprudencial que se ha venido articulando por parte del Tribunal Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), el cual indica las pautas que deben seguirse al interpretar el derecho español y, de modo particular, el artículo 1902 en conexión con el artículo 1106, antes citados, cuando la acción que se ejercita es la de reclamación de daños por infracción de las normas de la competencia, como indicamos *supra*.

De hecho, el Tribunal Supremo ha venido definiendo los criterios y parámetros necesarios y utilizados para la interpretación, los cuales serán de aplicación por referencia a la jurisprudencia del TJUE, al combinar el análisis de las cuestiones controvertidas y, en particular, la defensa del “*passing on*” por la parte demandada, cuestión

que analizaremos luego, al “*principio general del Derecho de la competencia de que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia*”<sup>4</sup>. Y, en defecto de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el derecho de la competencia, afirmó que debía resolverse la cuestión aplicando las normas de derecho interno<sup>5</sup>.

Además, las sentencias han señalado e incluido también en su análisis a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) en el sentido de que “*producen efectos directos en las relaciones entre particulares, generando para los afectados, derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar*”<sup>6</sup>.

Otro importante instrumento jurídico que debemos analizar es la Directiva 2014/104, la cual se sustenta en los criterios jurisprudenciales que, a su vez, proceden del TJUE, y, en su doceavo considerando, indica, en lo literal, lo siguiente:

*La presente Directiva confirma el acervo comunitario sobre el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, especialmente en relación con la legitimación y la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y no prejuzga ninguna evolución posterior del mismo.*

4 Sentencia del 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819).

5 Ver, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, del 20 de septiembre de 2001, caso Courage, asunto C-453/99, y de la Sala Tercera del 13 de julio de 2006, caso Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04.

6 Sentencia del TJCE del 20 de septiembre de 2001- Courage C453/99-.

Lo que estas sentencias han desarrollado, inspirándose en la doctrina del alto tribunal, versan sobre distintas materias, y las más características son las que tienen que ver con la eficacia directa de los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 102 TFUE en las relaciones entre particulares<sup>7</sup>; la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia<sup>8</sup>; y el derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos<sup>9</sup>.

La sentencia Manfredi añade un elemento adicional con mediana claridad al exponer lo que sucede ante la inexistencia de una normativa de la Unión sobre la materia:

*corresponderá al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE, incluso a la aplicación del concepto de relación de causalidad, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad<sup>10</sup>.*

De dicha sentencia se pueden extraer varios elementos interesantes que nos sirven para sustentar lo que hemos venido desarrollando, en cuanto a que, basándose en el principio de efectividad, toda persona tiene el derecho de solicitar la reparación del perjuicio causado por

un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados no solo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses.

Sobre la acción de una persona particular para solicitar el resarcimiento, es importante estudiar cuáles son los elementos que un juez o una jueza deberá entrar a valorar y analizar al estar atento una posible indemnización por daños y perjuicios. Así se ha indicado que “*el contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes, su poder de negociación, la posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte; y la capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía<sup>11</sup>*”, entre otros, son elementos que necesariamente se deberán tener en consideración.

Aunado a la directiva, también es menester citar la comunicación oficial de la Comisión y la *Guía práctica* sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimientos de los artículos 101 o 102 del TFUE<sup>12</sup>, que lo exponen de manera magistral: “*el mero hecho de que las empresas participen en las actividades ilegales propias de un cártel, pese al riesgo que entraña para ellas la infracción de las normas de la competencia, indica que esperan obtener substanciales beneficios de sus acciones, es decir, que el cártel produzca efectos en el mercado, y, por consiguiente, en sus clientes*”.

Bajo este mismo análisis, se concluyó, en concordancia con otros análisis, que “*en el 93%*

7 Sentencia del TJUE (Sala Quinta) del 5 de junio de 2014 (caso Kone), en sus apartados 20 a 26 (ambos inclusive)

8 Sentencias BRT/SABAM, 127/73, EU:C:1974:6, apartado 16.

9 Sentencias Courage y Crehan, EU:C:2001:465, apartado 26; Manfredi y otros, EU:C:2006:461, apartado 60; Otis y otros, C 199/11, EU:C:2012:684, apartado 41, y Donau Chemie y otros, C 536/11, EU:C:2013:366, apartado 21).

10 C-295/04 a C-298/04) del 13 de julio de 2006, mejor conocida como “caso Manfredi”.

11 En el marco del ejercicio de una acción de resarcimiento, sin desconocer la situación concreta examinada por el TJCE, véase la sentencia del 20 de septiembre de 1999 (“Courage”).

12 Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del 13 de junio de 2013.

*de los casos se producen sobrecostes, siendo el coste excesivo medio (resultante de los datos analizados) del 20%<sup>13</sup>”.*

La importancia transcendental de esta *Guía* es palpable, ya que introduce el criterio de los efectos de los carteles, dotando a los tribunales nacionales de insumos para resolver casos de difícil cuantificación:

*Estas conclusiones de los efectos de los cárteles no sustituyen a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto. Sin embargo, **los tribunales nacionales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuánto más duradero y sostenible ha sido un cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto**<sup>14</sup>”.* (El resaltado es nuestro).

El asunto que dio paso a esta investigación también radica en que había una dificultad probatoria y que una parte era muchísimo más débil que la otra, lo cual la ponía en una seria desventaja.

Sin embargo, la *Guía* también nos brinda una solución a ese problema al afirmar que:

*un escenario de dificultad probatoria no debe impedir que las víctimas reciban*

*un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido, sino que tal dificultad justificaría una mayor amplitud o flexibilidad de los jueces para estimar el perjuicio en la medida en que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente. Ello no permite, sin embargo, la arbitrariedad ni la confusión entre flexibilidad” y solución salomónica carente de justificación.*

En ese mismo sentido, no solo la *Guía* ha tocado el tema, sino también la doctrina consolidada relativa a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria ya ha analizado con extrema claridad e integralidad estos conceptos destacando que su aplicación “*hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable, por la disponibilidad o proximidad a su fuente*<sup>15</sup>”.

Esto significa que se excluye de su aplicación cuando ambas partes litigantes se encuentran en la misma posición jurídica, cuestión que resulta obvia del análisis literal de dichos pronunciamientos. Pero, lo que sí se exige y funge como requisito *sine qua non* es que se dé una ponderación de quien ostenta la posición prevalente y la facilidad de acceso a la información<sup>16</sup>.

Por tanto, en el análisis de los presupuestos que resultan del artículo 1902 citado, en relación con la interpretación conforme con los criterios jurisprudenciales que hemos citado, podemos arribar a la conclusión lógica de que existe y

13 Las conclusiones que se expresan en los párrafos 139 a 145 de la *Guía* se apoyan en un estudio encargado por la Comisión, sustentado, a su vez, en una serie de estudios empíricos ya existentes sobre los efectos de los cárteles.

14 Ver conclusión 145 de la *Guía*.

15 Ver entre otras, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 29 de octubre de 2014. (ROJ: STS 5212/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5212) en la que, con cita de la sentencia del 30 de marzo de 2010 (ROJ: STS 1866/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1866).

16 Criterio que se reitera en la sentencia de 5 de octubre de 2016. (ROJ: STS 4273/2016 - ECLI:ES:TS: 2016:4273) y en la sentencia del 7 de septiembre de 2019. (ROJ: STS 2854/2019 - ECLI:ES:TS: 2019:2854).

concorre el primero de los presupuestos exigidos por dicho artículo. Por ello se justifica el ejercicio de la acción planteada por el actor en reclamación de daños y perjuicios, frente a quienes han sido destinatarios de la sanción impuesta por ella, cuestión que pasamos enseguida a analizar.

### c) **Legitimación pasiva - *ad causam* y *prescripción***

Inicialmente, debemos advertir que este apartado es un tema más procesal, pero me parece conveniente introducir y analizar, ya que su argumentación fue utilizada como uno de los pilares de las empresas demandadas para defenderse y alejar su no responsabilidad en el caso bajo examen. Es muy interesante el abordaje jurídico teórico detrás de ello, por lo que pasamos de inmediato a realizarla. Aunado a ello, también es relevante para el caso el tema de la prescripción, el segundo de los argumentos esbozados para evitar una condena por parte de las personas demandadas.

Queriendo aterrizar al trabajo con la definición que se utilizará, nos remitimos a la definición dada por el *Diccionario del español jurídico* de la Real Academia Española: “*es la capacidad procesal para poder actuar como parte activa o pasiva en un proceso determinada por la posición en la que se encuentra la persona con el objeto litigioso*<sup>17</sup>”. La legitimación pasiva se define como: “*la cualidad que habilita a las personas físicas o jurídicas para actuar como parte recurrida en un recurso judicial*<sup>18</sup>”.

El tribunal desestimó la excepción alegada de falta de legitimación pasiva invocada por la parte

demandada por las razones que vimos *supra* y, de esta manera, se enlaza y adquiere sentido tanto lógico como jurídico. Más bien a dicha empresa se le reconoce legitimación *ad causam* para soportar la acción instada contra ella. Luego veremos que el tribunal incluso amplía dicha responsabilidad y, por ende, la legitimación, a la casa matriz.

Se parte de que la acción ejercitada es una acción consecutiva, cuestión que es muy importante y relevante para el análisis posterior que se hará de la temática.

En la sentencia donde fue condenada la empresa Mercedes Benz, sobre un caso similar al que estamos analizando en el presente trabajo, el juzgado señaló que:

*la parte demandante está ejercitando una acción consecutiva, esto es, derivada única y exclusivamente de la Decisión de la CE de 19 de julio de 2016, a cuyo contenido hemos de estar, constata que la sociedad MERCEDES BENZ TRUCKS ESPAÑA S.L. no aparece en la Decisión de la CE como infractora o responsable de la infracción. Únicamente lo es la matriz del grupo, la sociedad alemana DAIMLER AG*<sup>19</sup>.

Lo que se discute y es interesante para aportar al trabajo, en función de la sentencia, es el cómputo que se hace de este instituto jurídico y el momento a partir del cual debe computarse.

De igual manera, el tribunal desestimó la excepción de prescripción y dejó establecido que el día inicial del cómputo fue el 6 de abril de 2017 cuando la parte tuvo conocimiento “*de forma*

17 Real Academia Española. (2020). *Diccionario del español jurídico*. Consejo General del Poder Judicial.

18 Real Academia Española. (2020). *Diccionario del español jurídico*. Consejo General del Poder Judicial.

19 López y García de la Serrana, Javier. (Julio 2019). *Novedades sobre las reclamaciones judiciales del “cártel de los camiones”*. Las diversas posiciones de los tribunales españoles. Artículo Monográfico publicado en la Revistas Digitales de Consumo y de Responsabilidad Civil, editadas por SEPIN.

*efectiva de la existencia de la infracción y de la existencia de perjuicios derivados de ella*<sup>20</sup>”. La demanda fue interpuesta por la parte actora el 4 de abril de 2018, dentro del plazo indicado y establecido por el artículo 1969 del Código Civil.

De conformidad con la lectura que el tribunal realizó de la cuestión, se fijó el día inicial del cómputo en conexión con el momento en que fue publicado el resumen de la decisión en el *Diario Oficial* de la Unión Europea, por lo que, al tiempo del registro de la demanda, esta no había prescrito, como se indicó en el párrafo anterior.

Se indicó claramente en la sentencia que la información generalista que resultaba de la nota de prensa inicial que fue publicada era insuficiente para el conocimiento de los aspectos en que deba fundarse la acción por los eventuales perjudicados.

La prescripción “*ha de ser interpretada restrictivamente por tener su fundamento en razones de seguridad jurídica y no de justicia material*”<sup>21</sup>”.

Como sabemos de la teoría general del derecho, el plazo de prescripción<sup>22</sup> es improrrogable, y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción.

Se añade que “*la aplicación de la prescripción por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva y que al llevar a cabo la*

*labor interpretativa se ha de tener presente el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción*”<sup>23</sup>, esto en virtud de que:

*la estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida*<sup>24</sup>.

Lo relevante y el criterio seguido en estos casos es que el conocimiento del daño sufrido determina el comienzo del plazo de prescripción. Por referencia al momento en que la demandante tuvo acceso a la información por la entrega de un soporte informático que la contenía, se afirma que “*sólo a partir de ese momento, la perjudicada por el acto de abuso de posición de dominio estaba en condiciones de conocer el alcance del perjuicio causado y determinarlo, para poder reclamar de la demandada su indemnización*”<sup>25</sup>”.

La jurisprudencia ha sido conteste en adicionar otro elemento y presupuesto de lógica jurídica que conviene destacar para incluir en nuestra argumentación. Utiliza una frase muy sencilla y simple, pero con un alto índice de importancia de índole y contenido jurídico: “*la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir*”.

20 Este criterio ha sido el seguidamente mayoritariamente por los juzgados de lo mercantil que han dictado los primeros pronunciamientos en los procesos iniciados en esta materia, con sustento en el artículo 1969 del C. Civil y los propios principios orientadores de la Directiva 2014/104/UE (considerando 36).

21 Ver entre otras, la sentencia del STS número 326/2019 del 6 de junio.

22 J.M. Baño Fos. “El dies a quo del cómputo de la prescripción en las demandas de daños resultantes de infracciones del Derecho de la Competencia”. En el blog Derecho mercantil, 20 de noviembre de 2013. Disponible en: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2013/11/el-dies-quo-en-las-demandas-de-danos.html> (última consulta, el 14 de diciembre de 2018).

23 Sentencia 721/2016 del 5 de diciembre.

24 STC 148/2007 del 18 junio.

25 Sentencias del 19 de octubre de 2009 y del 16 de marzo de 2010, entre otras.

*Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar [...]”<sup>26</sup>”.*

Esto es muy relevante en virtud de la trascendencia, ya que, primero, determina la necesidad de que nazca la acción para que el instituto de la prescripción también aflore, y, segundo, entre muchos otros, que la parte tenga los elementos de hecho y de derecho para litigar.

Este tema de la aptitud plena para litigar ha traído consigo un desarrollo posterior jurisprudencial interesante y aplicable al análisis. Como en este caso y, siendo normales y comunes de las prácticas colusorias las conductas de carácter complejo mantenidas en el tiempo y en las que intervienen varias personas o entidades mercantiles, *“se es claro en indicar que la simple noticia de que un reasegurador ha retirado su oferta por razón de virtuales presiones, pese a representar un indicio de esa clase de prácticas, constituya a su receptor en una situación de aptitud plena para litigar”<sup>27</sup>”.*

Debemos advertir, entonces, bajo esa premisa, que tampoco poseería dicha capacidad para litigar la sola noticia de que el órgano administrativo de defensa de la competencia esté llevando a cabo una investigación, al menos mientras no se tenga constancia del resultado final de dicha investigación en sede administrativa.

La argumentación dada en esta sentencia es clara y contundente al afirmar que *“la publicación de una nota informativa de dos o tres páginas, respecto de la extensión de la versión no*

*confidencial de la Decisión, no permite situar en ese momento el inicio del nacimiento de la acción, en un escenario complejo como el que nos ocupa”*.

La sentencia también le dedica a este tema una buena argumentación, ya que la defensa de la parte demandada pretende desvincularse del caso alegando la prescripción, basándose en que ya había conocimiento, mediante esta famosa carta y, que desde ahí, empezaría a contar el plazo, estando prescrita la acción.

Asimismo, argumenta y basa su razonamiento en el desequilibrio existente entre las partes y, por ende, la asimetría informativa que existe en el caso. *“no basta un conocimiento genérico de los hechos acaecidos en un ámbito en el que la asimetría informativa entre las partes es patente. Se requiere, por ello, el conocimiento del contenido de la Decisión, con todas sus connotaciones geográficas, de identificación de las conductas de matrices y filiales y de los eventuales responsables afectados”*.

La conclusión a la que se llegó con respecto a las argumentaciones soslayadas en la sentencia para este extremo es que, en el momento de la publicación de la nota de prensa, el eventual actor perjudicado no estaba en condiciones de poder ejercitar de una manera eficaz su derecho y lograr su total efecto, teniendo en cuenta y en consideración las dificultades inherentes a la cuantificación del daño, a lo que nos referiremos también luego.

26 La sentencia de la Sección 28 de la Audiencia de Madrid del 3 de julio de 2017 (Roj: SAP M 9034/2017 - ECLI: ES: APM: 2017: 9034 – relativa al cártel del seguro decenal, resolución de la CNC del 12 de noviembre de 2009), con cita – entre otras– de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 25 de noviembre de 2016 y del 20 de octubre de 2015.

27 Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 25 de noviembre de 2016.

## 2. Responsabilidad solidaria matriz filial

### a) Responsabilidad solidaria de la sociedad matriz frente a la filial

Otra argumentación interesante que hace de esta sentencia un fallo que amplía conceptos y protección y que es progresiva es la cuestión de la que la responsabilidad del caso y la condena que hubo atañen también a la sociedad matriz, y no son válidas ni de recibo las justificaciones que pretendan desvirtuar ni desvincular a la sociedad matriz de su responsabilidad solo por el hecho de ser matriz.

Detengámonos un momento para establecer claramente lo que se entenderá en este trabajo por responsabilidad solidaria. El diccionario antes citado señala expresamente tres acepciones<sup>28</sup> de dicho instituto jurídico, ya sean la general, la penal o la administrativa.

La primera se define como: “*responsabilidad civil cuyo importe total se puede exigir a cualquiera de los causantes del daño, el cual podrá reclamar a los otros la parte correspondiente*”.

La penal se refiere a la “*responsabilidad civil cuyo importe total se puede exigir a cualquiera de los autores o cómplices del delito, el cual podrá reclamar a los otros la parte correspondiente*”.

Por último, la administrativa<sup>29</sup> se determina como “*responsabilidad sancionadora indirecta que obliga al cumplimiento o satisfacción de toda la sanción, no solo de la parte o cuota por la que se sea directamente responsable, sin perjuicio de la posterior acción de regreso contra los demás*”.

El tribunal logró constatar y reconocer que, en su condición de sociedad matriz, ejerció influencia decisiva sobre su filial, así como sociedad matriz (indirecta) sobre ella. Por ello, se deduce, “*a priori, su legitimación para soportar las acciones de reclamación de daños consecuencia de la infracción sancionada, sin necesidad de mayor razonamiento*”.

En el caso bajo examen, no hay ningún impedimento legal para establecer responsabilidad también a la casa matriz; de hecho, considero que es lo adecuado con arreglo a derecho, específicamente de conformidad con el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esto significa que el actor tiene el derecho y la posibilidad real de dirigir su acción contra quien aparezca como destinatario y comercialice los productos afectados por la infracción a través de sus filiales nacionales, a tenor de la estructura de ventas que tenga la empresa, ya sean distribuidores y concesionarios propios o empresas concesionarias independientes. La idea detrás de ello es de mera lógica, no queriendo desproteger al actor ni tampoco eliminar la posibilidad real de encontrar sustento jurídico y protección ante un daño, ni hacerlo imposible.

Precisamente, para evitar la falta de legitimación pasiva de quien no ha sido objeto de sanción (en la relación directa entre el comprador y la filial), se plantea la reclamación frente al responsable originario, como titular de la relación jurídica u objeto litigioso. Así, las empresas destinatarias de la decisión “*son una serie de sociedades de los grupos de los fabricantes, y ellas deben ser las demandadas si no se quiere incurrir en falta de legitimación pasiva, o en cualquier caso para*

28 Real Academia Española. (2020). Diccionario del español jurídico. Consejo General del Poder Judicial.

29 Ver Ley 40/2015, art. 28.3; sentencia STC 76/1990.

*poder beneficiarse del efecto vinculante de la Decisión en estas acciones de tipo consecutivo<sup>30</sup>”.*

Como podemos ir concluyendo, en este caso específico, estamos ante la responsabilidad solidaria<sup>31</sup>, y así la sentencia lo manifiesta con atino. El derecho, si es concebido como aquel garante de derechos, no puede obligar a lo imposible lo que se traduce como el exigir al eventual perjudicado que *“haga una labor de investigación y valoración de las conductas de las destinatarias de la infracción en función de sus modificaciones estructurales y concretos períodos en que, en cada momento, operaron bajo una distinta denominación”*.

Por ello, la doctrina calificada y la jurisprudencia han indicado que, en estos casos, opera la responsabilidad solidaria, entendida esta como la que afecta a los coinfractores de una actividad lesiva a la competencia; en virtud de lo cual, serán conjuntamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por esa infracción, siempre sin perjuicio de la eventual distribución entre codeudores. Esto es lo que se conoce como la relación externa, la primera; y la relación interna, la segunda.

Esto deviene de un análisis previo que ha sido parte de una discusión a nivel de Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>32</sup>, específicamente sobre las modificaciones estructurales, los términos de empresa y de unidad económica y la responsabilidad de las sucesiones empresariales que, por su importancia medular, me permitiré copiar textualmente el apartado 38 y el 46:

*38 En el caso de una situación de reestructuración empresarial, como la del litigio principal, en la que la entidad que cometió la infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia ya no existe, procede recordar que, cuando una entidad que ha cometido una infracción es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad sí, desde el punto de vista económico, existe identidad entre esta y la nueva entidad<sup>33</sup>.*

*46 Por tanto, si una empresa responsable del perjuicio ocasionado por una infracción de las normas de competencia de la Unión pudiera eludir su responsabilidad simplemente por el hecho de que su identidad*

30 López y García de la Serrana, Javier. (Julio de 2019). Novedades sobre las reclamaciones judiciales del “cártel de los camiones”. Las diversas posiciones de los tribunales españoles. Artículo Monográfico publicado en las Revistas Digitales de Consumo y de Responsabilidad Civil, editadas por SEPIN. Julio 2019.

31 Este principio ha sido sentado en la jurisprudencia reciente del TS por la sentencia 709/2016 del 25 de noviembre, en relación con las reclamaciones derivadas del cártel de los sobres de papel. Esta solidaridad impropia es alegada para determinar si la prescripción de la acción de daños para uno de los reclamantes afecta al conjunto de los demandados, y también para dilucidar hasta qué punto responden del daño los que no han tenido relaciones comerciales directas con el que reclama los daños. La respuesta a estas cuestiones, según la SJMerc n.º 3 de Madrid del 7 de mayo de 2018 (ECLI: ES:JMM:2018:162), en su fundamento jurídico 4º es: “no estamos ante una obligación solidaria sino ante una responsabilidad solidaria, que surge de una infracción conjunta [...]”.

32 Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que, en relación con los conceptos de “empresa” y “unidad económica”, es posible la extensión de la responsabilidad en el ámbito de la sucesión empresarial derivada de las modificaciones estructurales que es cuestión que se aborda en la sentencia apelada que cita, a su vez, la sentencia del TJUE del 14 de marzo de 2019, C- 724/17.

33 Véanse, en este sentido, las sentencias del 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007:775, apartado 42, del 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C: 2013: 801, apartado 22, y del 18 de diciembre de 2014, Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C: 2014: 2456, apartado 40.

*se ha visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, se pondrían en peligro el objetivo perseguido por este sistema y el efecto útil de dichas normas<sup>34</sup>.*

Por último, tras analizar si cabe extender esa responsabilidad, cerramos con que, conforme al concepto de empresa, se señala que:

*el concepto de infractor, en la aplicación privada del derecho de la competencia, debe imputarse también a una persona jurídica a la que pueda condenarse a un resarcimiento de daños, sin perjuicio de que, además de una consideración individual pueda ampliarse hacia otros entes que integran el concepto comunitario de empresa, como unidad económica de decisión, se concluye que en este caso se extiende a la filial aquí demandada la responsabilidad declarada en la decisión administrativa para la matriz, sin que ello comprometa el derecho al pleno resarcimiento, ni el principio de efectividad, al haber podido demandar en España a las sociedades infractoras<sup>35</sup>.*

**b) Sobrecostes<sup>36</sup>, intercambio de información sobre precios (ilícito por objeto) y acción consecutiva**

Llegados a este punto, es menester comenzar a analizar los vínculos entre la infracción sancionada con los precios de venta de los camiones en general y como efectivamente se

llegó a imponer un monto, en específico, por el daño causado.

Para ello, introducimos el concepto de sobrecoste. Esta cuestión, de una lectura expresa, nos indica rasgos generales de lo que significa, es un sobrecoste, un coste adicional mayor. Sin embargo, es menester entenderlo desde su óptica de nacimiento, la ingeniería civil. Así se le ha definido como: “*incremento de costo o sobrepasar el presupuesto, es un costo inesperado que se incurre por sobre una cantidad presupuestada debido a una subestimación del costo real durante el proceso de cálculo del presupuesto. Un sobrecoste es algo común en los proyectos de infraestructura, construcción de edificios y tecnología<sup>37</sup>.*”

También, se ha señalado sobre este precepto que:

*diferencia existente entre el costo final de la inversión necesaria para realizar un proyecto versus el estimado inicial del mismo con el cual se firma el contrato y que corresponderá a un estudio previo cuyo nivel será de perfil; factibilidad o estudio constructivo que será contrastado con la realidad en el momento de la ejecución de las obras. Los sobrecostos existen en todas las obras de ingeniería puesto que provienen de caracterizaciones aproximadas de los proyectos antes del inicio de los mismos, versus la realidad del terreno, el entorno y los factores de diverso tipo que se presentan durante la ejecución y si ellos son*

34 Véase, por analogía, la sentencia del 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007:775, apartado 41.

35 Cohen Benchetrit, Amanda. (1 de abril de 2017). La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia. Artículo publicado en la Revista de Jurisprudencia. Málaga, España.

36 Ver la Guía sobre el passing on de los sobrecostes; además ver análisis hecho por E. Sanjuan y Muñoz, “The Proof on the Quantification of the Damage in Assumptions of Defense of Competition (Spanish Law)”, (June 24, 2018). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3201779>

37 Delgado Sayán, Raúl. (11 de marzo, 2019). ¿Estamos hablando de un delito o de algo de común ocurrencia en obras públicas y privadas? Para Lampadía, Perú.

*necesarios y están incorporados en la obra no constituyen delito*<sup>38</sup>.

De hecho, se desprende de la Decisión de la Comisión que esta no establece ningún efecto ni vínculo entre la infracción sancionada y los precios de venta de los camiones en España, los cuales fueron realizados por la filial de dicha empresa española, la cual no fue destinataria de la decisión.

La Decisión fue muy clara al argumentar que la conducta sancionada consistió esencialmente en el *“intercambio de precios brutos paneuropeos en los que no participó IVECO ESPAÑA y de los que no hay constancia de incidencia en los precios de lista brutos españoles”*.

También se tocó el tema de los precios brutos y se agregó un elemento adicional: los descuentos que ha implementado la empresa en otros momentos. La Decisión de la Comisión no demostró que las conductas investigadas tuvieran algún efecto en los precios finales de venta de los camiones, de conformidad con la conducta investigada.

Sí se afirmó, por otra parte, que los precios brutos guardaban escaso o nulo parecido con los precios netos, y se añadió que IVECO aplicaba, con bastante frecuencia, grandes descuentos, *“que pueden superar incluso el 40%”*.

Se debe advertir, por la importancia que el tema amerita, que el cártel de los camiones *“no es un cártel duro desde el punto de vista de la ciencia económica ni desde el punto de vista de la propia Decisión de la Comisión, no se trata de un cártel de fijación de precios sino de intercambio de*

*información sobre incrementos de precios brutos, que no afecta al precio final”*.

Este tema es muy relevante para comprender, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad de las empresas y la comisión de un daño en virtud de una acción prevista en un cártel, si bien no de precios, sí de intercambio de información.

Podría perfectamente darse en un supuesto de incremento de los precios brutos. Pero ello no conllevaría por sí solo y de manera necesaria un incremento del precio neto. El producto objeto del cártel *“no es homogéneo, sino heterogéneo, y ello dificulta la eficacia del propio cártel; no se acredita la relación causal entre las conductas sancionadas y el sobrecoste aplicado, máxime cuando cada país tiene sus listas de precios brutos y el intercambio de información se centra en Alemania”*. Esto es lo que lo hace complicado, pero a la vez susceptible de estudio y de desarrollo ulterior.

Al incorporar un país distinto del que hemos estado hablando, queremos introducir de manera muy breve y con ocasión de lo dicho cómo ha analizado Alemania este tema. Con respecto a ello, han sido varias las resoluciones dictadas por tribunales alemanes<sup>39</sup>, y entre ellos, vemos que han desarrollado la temática introduciendo la tesis conceptual de:

*la incorporación de un elemento para verificar la existencia de procedimientos de reclamación de daños y perjuicios contra los fabricantes de camiones destinatarios de la Decisión de la Comisión, en las que se ha estimado la reclamación de adquirentes de camiones de 18 toneladas, con sustento en la*

38 Delgado Sayán, Raúl. (11 de marzo, 2019). ¿Estamos hablando de un delito o de algo de común ocurrencia en obras públicas y privadas? Para Lampadia, Perú.

39 Entre ellas, constan tres de la Corte General de Hannover del 16 de abril de 2018, una cuarta del 15 de octubre del mismo año y dos de la Corte General de Stuttgart del 30 de abril y del 12 de noviembre de 2018.

**aportación de la correspondiente factura de compra**, en las que se ha apreciado el efecto de los acuerdos colusorios en el mercado y el carácter vinculante de la Decisión de la Comisión (el resaltado es propio).

Así podemos notar cómo, en otras legislaciones y ordenamientos, a pesar de ser miembros de la Unión Europea y tener ordenamientos jurídicos similares, se introduce el elemento de la aportación de la factura de compra para hacer esa relación entre el daño sufrido y la acción realizada. Con ello se verifica la existencia de dichos procedimientos contra fabricantes de vehículos para reclamar daños y perjuicios.

Pero ¿qué ha sido y dónde se ha centrado la defensa de las empresas demandadas en este caso específico? La parte demandada soslayó en su escrito de contestación que el cártel sancionado no es un cártel de fijación de precios, sino que la conducta consistió en intercambio de listas de precios brutos e información sobre precios brutos, cuestión que ya señalamos, agregando que no tiene incidencia en el mercado y no ha producido como efecto sobreprecio, ni, consecuentemente, perjuicio económico al demandante por la compra del camión que titula. Lo que ello significa al resumir sus dos argumentos es que no hubo sobreprecio ni perjuicio porque no es un cártel de fijación de precios, sino un intercambio de información, ello no ocasiona daños.

Sin embargo, la sentencia nos brinda una luz para resolver la cuestión. La sentencia concluye que, si bien del cártel no resulta que hubiera fijación de precio, sino intercambio de información, esto se hizo con la finalidad de fijarlos, introduciendo la teoría finalista o del fin que es de las más razonables y, a la vez, comúnmente es utilizada, en estos casos, cuando se analizan dos tesis predominantemente diferentes y debe ser la persona juzgadora la que, al echar mano de ella, decida sobre la cuestión.

Añade también el elemento del tiempo, ya que, para construir su argumento, señala que en:

*un período de cartelización tan alto (14 años) ese intercambio informativo constituye instrumento idóneo para la progresiva alineación de precios, lo que, junto con la presunción que resulta de la directiva, le induce a concluir en la existencia de elementos de prueba suficientes de su incidencia en los precios por la duración del cártel e intercambio de información para la limitación del calendario de introducción de tecnologías acordes con las nuevas normativas en materia de emisiones.*

De esta manera, no se deja margen a la discusión y, con buen tino, se desvirtúa el argumento que la parte demandada pretendía desarrollar.

La argumentación de fondo es que efectivamente sí hay una incidencia de los precios brutos hacia los precios finales, y esto afecta a una persona en su esfera patrimonial, causando un daño. De hecho se contienen apreciaciones sobre la influencia en los precios de venta a los consumidores de la coordinación anual de los precios de las listas de los fabricantes (con incidencia primero, en el nivel fijado para los mayoristas, y después para el destinatario final del producto), y se aprecia la posibilidad de que los incrementos coordinados de los precios de catálogo repercutan en los precios pagados por mayoristas y consumidores finales.

En el párrafo 27 de la decisión de la comisión, se describe el proceso de fijación de precios en el sector de los camiones, esto para fortalecer la argumentación mediante elementos objetivos. Su punto de partida es el “*precio de lista bruto inicial fijado en la sede central (objeto de la conducta sancionada), al que sigue la fijación de precios de transferencia a través de las filiales de*

*distribución, ulteriores precios a concesionarios – en su caso –, y finalmente los precios netos de venta a clientes, que, según se indica reflejan descuentos sustanciales sobre el precio de lista bruto inicial”.*

Sobre la relación de causalidad y los indicios del proceso, debemos advertir y apuntar que, al acreditarse la compra del vehículo dentro del período en que se dio el cartel, en su área de influencia geográfica y en el marco de la distribución de una de las empresas afectadas, existen suficientes indicios para considerar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta sancionada y su incidencia en el precio de adquisición del camión, por lo que el daño producido sí debe ser objeto de responsabilidad y, por ende, de indemnización.

**c) La acción *follow on*<sup>40</sup> y la acción *passing on*<sup>41</sup>**

El siguiente argumento esbozado por la Comisión introduce dos conceptos muy interesantes y que se deben desarrollar ampliamente, los cuales corresponden a la defensa del *follow on* y al *passing on* junto con el objeto de ambos. Para desarrollarlos, se añaden a este el tema de los sobrecostes y la famosa frase de “aguas abajo”.

Así, con sustento en que “*cualquier supuesto sobrecoste ha sido trasladado por el demandante a sus clientes aguas abajo*”, se afirman la exigencia y la existencia del daño y una referencia a la amortización fiscal del sobrecoste.

Íntimamente relacionado con este tema, tenemos la noción introducida del *follow on*<sup>42</sup>. La Comisión identifica la acción ejercitada como *follow on*<sup>43</sup> y determina la normativa aplicable al caso en relación con el momento en que se produjeron los hechos, anteriores a la directiva 2014/104.

En el caso de las acciones de daños y perjuicios derivados de las actuaciones ilícitas, cuestión que ha sido compleja de desentrañar, resultan ser clave para la valoración de las pruebas en general y, en particular, de los informes periciales, los parámetros que se fijan en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 7 de noviembre de 2013, la cual hemos desarrollado previamente.

Con ocasión de la defensa del “*passing on*<sup>44</sup>” utilizada como argumento por la parte demandada en el denominado cártel del azúcar<sup>45</sup>, se introdujo la imposibilidad de realizar una “*reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación de no haberse producido la conducta ilícita*”.

40 P. Vidal; A. Capilla y C. Gual. (2017). “El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 47, pp. 39-53.

41 R. Sarazá Jimena. (2018). “El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”. En Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia. Ed. Tirant Lo Blanch CGAE, Valencia, p. 16

42 I. Sancho Gargallo. (2018). “El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de Competencia”. En Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia. Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia, p. 107.

43 P. Martorell Zulueta. (2018). “Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral”. En Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia. Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia pp. 78, 79 y 87, respectivamente.

44 Díez Estella, Fernando. (2019). Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar. Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil Centro Universitario Villanueva, ORCID ID: 0000-0002-5011-0051.

45 Cuestión ampliamente discutida, al respecto ver, Francisco Marcos. (2017). Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar. CPI, Competition Policy International. Profesor IE Law School.

Esta es la cuestión que nos interesa para nuestro caso, ya que el juzgador de antemano, sabiendo que la situación que se pudo haber producido es imposible de reproducir, debe ir más allá y no quedarse con un argumento tan pobre y débil, jurídicamente. Esta situación deriva de una condición lógica, constituyéndose en un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en “*proyecciones de lo que habría sucedido si aquella no hubiera tenido lugar*”.

Concluyendo, estamos ante una acción judicial que se ejerce después de que la *Comisión haya declarado y constatado en su decisión que se ha producido una conducta antitrust*, con reconocimiento de los hechos por las sociedades integrantes del cártel:

*Se trata por ello de acciones de tipo consecutivo o follow on, según las denomina la doctrina científica. Pues bien, en este tipo de acciones, existe un efecto vinculante de la Decisión de la Comisión para el órgano jurisdiccional nacional, en cuanto a la admisión de la existencia de una conducta prohibida.*

*Así se desprende de lo dispuesto en el art. 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado: Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los arts. 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión<sup>46</sup>.*

### 3. Principios de equivalencia y efectividad

#### a) La doctrina *ex re ipsa*

Con esto quiero cerrar el trabajo, ya que considero que esta doctrina es sumamente relevante y quisiera profundizar su estudio.

El Tribunal Supremo español estimó que era correcta la presunción de existencia del daño cuando se producía una situación en que su existencia “*se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas*”. *Se produce una situación en que habla la cosa misma (“ex re ipsa”), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa y se basa en ella<sup>47</sup>”.*

En la sentencia del 1 de septiembre de 2015 (ROJ: SAP Z 1823/2015 - ECLI:ES:APZ: 2015: 1823), la Audiencia de Zaragoza, sección quinta, se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la indemnización correspondiente a los casos de daños o perjuicios causados como consecuencia de actos de competencia desleal, y la aplicación, por lo general, salvo ciertas excepciones de la doctrina *ex re ipsa*.

Ante tal panorama, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

*1) en principio, se presume la existencia del daño cuando deriva de actos de los que por la propia razón de las cosas el daño ha de haberse causado,*

46 Reglero Campos, L. Fernando y Badillo Arias, José Antonio (coordinador). En Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro Responsabilidad Civil y Seguro. Aranzadi, n.º 67, tercer trimestre.

47 Así resulta, entre otras, de la sentencia de la Sala Primera del 17 de julio de 2008 (Rec. 2268/2001) o, más recientemente, de la del 21 de octubre de 2014 (ROJ: STS 3936/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3936).

2) se requiere que tales actos o conductas sean de tal entidad o naturaleza que deba entenderse que producen necesariamente el daño, en cuyo caso, el afectado solo ha de probar el hecho del comportamiento desleal y la relevancia del mismo; y,

3) La aplicación debe hacerse con cautela y prudencia<sup>48</sup>: la flexibilidad probatoria no obsta al hecho de que a quien reclame la indemnización de unos daños y perjuicios corresponda su prueba inicial, o cuando menos la exposición razonada y convincente de los hechos que permitan valorarlo en su justa medida, conforme a jurisprudencia mantenida constantemente, sin tener que pasar por el reconocimiento de cantidades por esta vía de indemnización claramente fuera de lugar; que carezcan del debido fundamento, sin prueba suficiente que permita con cierta claridad precisarla<sup>49</sup>.

Esto también ha sido analizado por parte de la Audiencia de Alicante, sección octava, la cual revisó el tema de la dificultad probatoria con que “en ocasiones, se encuentra la parte que reclama, y así lo indica, cuando toma en consideración que la iniciativa probatoria ha partido del demandante que ha contado con unas fuentes de información limitadas y condicionadas por el propio demandado<sup>50</sup>”.

Adicionalmente, la aplicación al caso de la doctrina *ex re ipsa* resulta ser de total relevancia e importancia con la cautela y prudencia que deriva de las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materias cercanas a las que hemos estudiado, y es interesante adicionalmente, porque incluye una serie de parámetros porcentuales:

*Los estudios estadísticos de la guía de la comisión ponen de relieve el altísimo porcentaje en el que los cárteles producen efectos, un 93%. En la propia nota de prensa de la Comisión publicada el 19 de julio de 2016, en el último de sus apartados, se hace expresa referencia al ejercicio de acciones en reclamación de daños y perjuicios respecto de los afectados por las conductas sancionadas.*

La cautela que se señala *supra* impone la aplicación de la doctrina *ex re ipsa* (como, cuando proceda la apreciación judicial del daño a que se refieren la directiva y la norma transpuesta) y no permite equiparar los supuestos en que se ha cumplido con la efectiva carga de la prueba, con aquellos otros en que la parte, pese al intento realizado (que puede abrir la puerta a la ponderación judicial), no lo ha conseguido por errar en el método, en el objeto o en la identificación de los elementos (datos y bases) que le hayan permitido expresar unas conclusiones válidas, aun en términos de probabilidad.

Como vemos, son dos cuestiones distintas. No es lo mismo lo que hemos venido exponiendo, en el sentido de la dificultad de obtener y suministrar pruebas por ser la parte más débil o porque, en la práctica, le sea muy difícil, sino que, en el caso de que la supuesta obtención de las pruebas no ha sido por una imposibilidad material, sino más bien ha sido por un error en el método, en el objeto o en la identificación de los elementos, entonces la conclusión y su efecto directo señalan que no sería admisible la aplicación de la doctrina ni servirá para la apreciación del daño.

Ahora bien, ¿cómo se expone esto en la demanda? El informe emitido no trae intrínseco una

48 Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de septiembre de 2014.

49 Entre otras, ver sentencia del Tribunal Supremo del 8 de abril de 2014.

50 Sentencia del 31 de mayo de 2019, ROJ: SAP A 2183/2019 - ECLI:ES:APA:2019:2183.

“*cuantificación alternativa del daño*” a pesar de que las sociedades demandadas, que se entiende que han infringido un acto de competencia, de acuerdo con la Decisión, “*se encuentran en una posición de prevalencia y de facilidad probatoria que no tiene el perjudicado*”. Las empresas demandadas en su escrito de defensa rechazan la argumentación de la existencia de un “*sobrecoste repercutido y reiteran que la prueba del daño y de su importe es carga de la parte actora*”.

Incluso indica con atino con respecto a los porcentajes y a la presunción de la existencia del daño que: “*Sin embargo, no analizaron que en un ámbito en el que, en los estudios de la Comisión se estima que en el 93% de los casos de cartelización se producen efectos de diversa índole, es difícil vencer la presunción de la existencia de daño*”.

El razonamiento de base en esta sentencia y que agrega validez a esta es que tal presunción históricamente ha jugado a favor de la parte actora y no se desvirtúa por la simple afirmación de la inexistencia de sobrecoste, de manera que “*cualquier entidad sancionada por la infracción de las normas de la competencia siempre quedaría dentro de un margen residual [...]*”.

Aunque se indique que, si se ha producido un hipotético incremento en los precios brutos, ello no implicará necesariamente un incremento en los precios netos. No se desconoce, sin embargo, la probabilidad de la existencia de efectos. Tampoco se desconoce que la utilización de los métodos de la *Guía* dependa de los datos disponibles, los que se tengan a mano y hayan sido arrojados por el propio proceso.

Esto nos sitúa en el plano de la disponibilidad y facilidad probatoria de la que hemos hablado,

será imprescindible que el juez o la jueza y el conflicto como tal se circunscriban y se traben la litis, con base en la información y documentación disponible junto con la facilidad de obtener y aportar pruebas. En este supuesto, se deberá rechazar la conclusión *a priori* de la inexistencia de daño, como consecuencia irrefutable de lo anterior.

Es menester indicar que lo antes dicho no trata de sustituir la pericia por la discrecionalidad bajo ningún caso, no se debería intentar con la argumentación desvirtuar el criterio que se ha utilizado, con el riesgo que ello entraña de “*banalización del proceso y de supresión del principio de carga de la prueba del daño que incumbe al perjudicado*”.

En supuestos en los que, por la naturaleza del daño, es complicada su cuantificación; por ejemplo, la pérdida de oportunidad en la responsabilidad de determinados profesionales, por ser el daño hipotético e incierto, el Tribunal Supremo ha declarado desde hace ya algunos años que “*si bien las dificultades que presenta la cuantificación no impide que el juzgador haya de buscar los medios adecuados para alcanzar una correcta compensación por los perjuicios sufridos, esa indemnización no puede consistir en lo que se hubiera podido percibir efectivamente en el proceso del que deriva el daño*<sup>51</sup>”.

El Tribunal Supremo incluso ha ampliado dicha argumentación al punto de afirmar que “*la aproximación al alcance de los posibles daños no debe pretender sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello, tarea imposible*<sup>52</sup>”.

Por su parte, se ha señalado y declarado que “*no es de aplicación el criterio de la libre*

51 Sentencia del 16 de diciembre de 1996 del Tribunal Supremo.

52 Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de julio de 2006.

*discrecionalidad del juzgador, propia de los daños morales, a un daño que no tiene naturaleza moral, sino patrimonial, por más que lo incierto de su cálculo obligue a un juicio de valoración consistente en una previsión probabilística, formulada con la debida prudencia [...]”.*

En este caso, se introducen dos términos interesantes: primero, la diferenciación que se hace de daño moral y patrimonial, al afirmar que es precisamente un daño patrimonial, y, segundo, la incertidumbre que surge del cálculo con la consecuente obligación de juicio de valoración y previsión de probabilidad.

Así aplicando estos criterios a la situación que hemos analizado, *“no es posible equipar la cuantificación judicial con la equivalente que resultaría de una prueba pericial correctamente planteada”.*

#### **b) Los peritajes y los contrainformes**

Ahora bien, entonces, cabe preguntarnos, ¿qué hacer ante este escenario de imposible dificultad probatoria? Lo ideal es recurrir a un informe pericial que parta de una hipótesis razonable y que sea técnica, fundamentada en datos que han adquirido intersubjetividad. Lo que se busca con un peritaje es que su objeto sea la cuantificación del perjuicio derivado de la infracción.

Al hablar de la persona perita como tal, debemos siempre tener en cuenta su cualificación, su conocimiento del mercado afectado, el método elegido y la fundamentación de sus conclusiones.

Lo que se quiere con el informe pericial, que debe estar necesariamente motivado y justificado, es que aporte conocimientos técnicos, científicos y prácticos al caso para permitir que el daño sea resarcido. El resultado y el fin en resumen es que el ejercicio del derecho a solicitar daños

y perjuicios, garantizado por el tratado, no sea excesivamente difícil o imposible en la práctica.

La persona perita al realizar su examen debe basarse en cuestiones correctas y concretas (teniendo presentes la existencia y naturaleza del concreto cártel que examina y su incidencia en el mercado), utilizando un método adecuado e hipótesis de trabajo razonable y razonada técnicamente, sustentada sobre datos que puedan ser constatables, no erróneos, como indicamos antes, definiendo y delimitando el período temporal y debe contener las modulaciones necesarias, incluyendo variación de costes, desprecio de factores irrelevantes y aplicación de las oportunas actualizaciones.

Bajo esta argumentación, debemos dejar claro que lo que se busca es que se aporte un criterio probable y no cierto, cuando dicha certeza sea imposible de obtener.

La sentencia es clara al afirmarlo:

*sin perjuicio de los soportes necesarios para justificar su opinión técnica sobre lo controvertido, y de la complejidad inherente a las cuestiones examinadas, lo que debe aportarse al Tribunal son sus conocimientos aplicados al caso (derivados de sus máximas de experiencia) que permitan el resarcimiento del daño, de acuerdo con lo que constituye su función en el proceso judicial, esto es, aportar los conocimientos científicos, técnicos o prácticos que requiere el asunto sometido a la decisión de los jueces”. Ello no implica una exigencia en términos de certeza cuando tal certeza no es posible, pero si una justificación completa y adecuada en términos de probabilidad.*

Con respecto a los contrainformes, cuando estos sean presentados en un caso precisamente para desvirtuar a una persona perita que no ha seguido

ni obtenido las características y cualidades que hemos señalado antes, es menester indicar que no bastará con que estos *“se limiten a cuestionar la exactitud y precisión del que pretenden traerse abajo, sino que habrá de justificar una cuantificación alternativa mejor fundada”*.

#### Conclusiones

Después del análisis que se hace en este trabajo sobre la sentencia, la cual es su piedra angular, basada en la Decisión de la Comisión, queremos poner de manifiesto el objeto y el interés de aportar un grano de arena a la discusión teórico-jurídica que gravita sobre los temas en cuestión.

Como se indicó al inicio, de manera introductoria, para efectos de este trabajo, resultaba muy interesante y relevante ver cómo la responsabilidad civil por daños y perjuicios que, tanto en mi país<sup>53</sup> como en el vuestro, nace a la vida jurídica cuando se produce un daño, puede extenderse incluso en los casos de violación a las reglas de la competencia.

Como vimos, en este caso, se condenó a una empresa que había intercambiado información en un cártel (supuesto de daño a la sociedad como un todo) por ser prohibido y violatorio del derecho de la competencia. Sin embargo, una persona alegó que había sufrido un daño precisamente como consecuencia de tal actuación prohibitiva y violatoria, al haber comprado un camión de dicha empresa.

En la sentencia, con buen atino, se le dio la razón al actor y se le reconoció el derecho de reclamar los daños y perjuicios junto con la introducción de otros elementos que fueron analizados en el presente caso y que valía la pena mencionar por su importancia en la discusión jurídica y para

entender cómo se arribó a la imposición de la condena monetaria en el monto señalado.

Debemos manifestar que esta no es la única sentencia que ha tratado el tema ni tampoco lo único que se ha escrito sobre ello. Por ello, es necesario acudir a varias referencias a otras sentencias para dotar de sustancia el trabajo y la argumentación que se introduce en este. Sin embargo, consideré interesante analizar esta sentencia.

De lo expuesto podemos arribar a las siguientes conclusiones: en primer lugar, debemos advertir la naturaleza del cártel donde la conducta sancionada no fue la fijación de precios netos, sino el intercambio de información en relación con las listas de precios brutos, cuestión que trajo a colación mucha discusión y una argumentación para evitar la condena por parte de la demandada; además, las características del mercado de camiones que como se expuso resulta ser altamente cíclica; lo heterogéneo del producto final con la enorme posibilidad de variantes que inciden en el precio de venta de cada camión; y la política interna propia consistente en grandes descuentos que son aplicados a los compradores de camiones en los precios de venta sobre el precio de lista bruto inicial.

Podemos concluir también sobre lo meramente procesal en el sentido de que la manifestación tardía del daño derivada del desconocimiento del cártel, la dificultad probatoria y el desequilibrio en la posición de las partes fueron insumos utilizados de manera sobria para rechazar el argumento de daño cero a que se refiere la parte demandada, quien no ofreció ningún monto ni cuantificación alguna, limitándose a negar cualquier sobreprecio, daño o incidencia de la conducta infractora en el comportamiento

53 Código Civil de Costa Rica, artículo 1045: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”.

del mercado, la eventual incidencia de crisis económica y la ausencia de datos para valorar sus efectos en el amplio periodo de cartelización.

Así, estoy esperando en que el derecho siga encontrando soluciones innovadoras a nuevos casos planteados, teniendo una mente abierta para dilucidar cuestiones ambivalentes donde los asuntos planteados inicialmente no son de fácil regulación o atención.

Se tiene la fuerte convicción de que el derecho seguirá innovando y aplicando nuevos criterios bajo nuevos institutos para tratar de preservar y aumentar la protección al derecho a la competencia, buscando siempre el mayor bienestar posible para la sociedad, entendido esto como un todo, como el conjunto de personas que habitan en un sector y que desean beneficiarse de ese entorno y, a la vez, conocer que están bajo un Estado de derecho, sin indefensión y protección de su libertad, promoviendo, a través de ello, la riqueza y la igualdad.

## Bibliografía

Baño Fos, J. M. (20 de noviembre de 2013). El *dies a quo* del cómputo de la prescripción en las demandas de daños resultantes de infracciones del derecho de la competencia, en el blog Derecho mercantil. Disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/11/el-dies-quo-en-las-demandas-de-danos.html> (última consulta el 14 de diciembre de 2019).

Cohen Benchetrit, A. (1 de abril de 2017). La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia. Artículo publicado en la *Revista de Jurisprudencia*, Málaga, España.

Delgado Sayán, R. (11 de marzo de 2019). *¿Estamos hablando de un delito o de algo de*

*común ocurrencia en obras públicas y privadas?*, para Lampadía, Perú.

Díez Estella, F. y Pérez Fernández, P. (Julio 2014). La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución en el derecho de defensa de la competencia? *Revista Aranzadi* de la Unión Europea, n.º 7 (Año XL).

Díez Estella, F. (2016). Capítulo 9. Programas de clemencia y acciones de daños: una conflictiva relación. En I. Ruiz Peris (dir). *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*. Valencia: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 261 a 284.

Díez Estella, F. (2019). *Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar*. Profesor titular acreditado de Derecho Mercantil. Centro Universitario Villanueva.

López y García de la Serrana, J. (Julio 2019). Novedades sobre las reclamaciones judiciales del “cártel de los camiones”. Las diversas posiciones de los tribunales españoles. Artículo Monográfico publicado en las *Revistas Digitales de Consumo y de Responsabilidad Civil*, editadas por SEPIN.

Marcos, F. (2017). *Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar*. *Competition Policy International*. Profesor IE Law School.

Martorell Zulueta, P. (2018). *Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral en Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*. Editorial Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia.

Reglero Campos, L. F.; y, Badillo Arias, J. A. (Coordinador). En *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en*

*Responsabilidad Civil y Seguro Responsabilidad Civil y Seguro*. Editorial Aranzadi. N.º 67, tercer trimestre.

Sancho Gargallo, I. (2018). *El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades de competencia en acciones follow-on. Reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch – CGAE, p. 107.

Sanjuan y Muñoz, E. (June 24, 2018). *The Proof on the Quantification of the Damage in Assumptions of Defense of Competition (Spanish Law)*. Disponible en SSRN:.

Sarazá Jimena, R. (2018). El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia en Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones *del Derecho de la Competencia*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch CGAE, p. 16.

Vidal, P.; Capilla, A. y Gual, C. (2017). *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*. Actualidad Jurídica. Uría Menéndez, pp. 39-53.

## **Jurisprudencia**

FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV y CNH INDUSTRIAL NV.

Decisión de la Comisión Europea del 19 de julio de 2016, en el Asunto AT.39824- Camiones.

Sentencia del 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI: ES:TS: 2013: 5819).

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, del 20 de septiembre de 2001. Caso Courage, asunto C-453/99, y de la Sala Tercera del 13 de julio de 2006. Caso

Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04.

Sentencia del TJCE del 20 de septiembre de 2001- Courage C453/99-.

Sentencia del TJUE (Sala Quinta) del 5 de junio de 2014. (Caso Kone), en sus apartados 20 a 26 (ambos inclusive).

Sentencia BRT/SABAM, 127/73, EU:C: 1974: 6, apartado 16.

Courage y Crehan, EU:C: 2001: 465, apartado 26; Manfredi y otros, EU:C:2006:461, apartado 60; Otis y otros, C 199/11, EU:C: 2012: 684, apartado 41, y Donau Chemie y otros, C 536/11, EU:C:2013: 366, apartado 21.

C-295/04 a C-298/04) del 13 de julio de 2006, mejor conocida como “caso Manfredi”.

Sentencia del 20 de septiembre de 1999 (“Courage”).

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 29 de octubre de 2014 (ROJ: STS 5212/2014 - ECLI:ES:TS: 2014: 5212) en la que, con cita de la sentencia del 30 de marzo de 2010 (ROJ: STS 1866/2010 - ECLI:ES:TS: 2010:1866).

Sentencia del 5 de octubre de 2016 (ROJ: STS 4273/2016 - ECLI:ES: TS: 2016:4273) y en la sentencia del 7 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2854/2019 - ECLI:ES: TS: 2019: 2854).

Sentencia del STS n.º 326/2019 del 6 de junio.

Sentencia 721/2016 del 5 de diciembre.

STC 148/2007 del 18 junio.

Sentencias del 19 de octubre de 2009 y del 16 de marzo de 2010.

Sentencia de la Sección 28 de la Audiencia de Madrid del 3 de julio de 2017 (Roj: SAP M 9034/2017 - ECLI: ES: APM: 2017: 9034. Resolución de la CNC del 12 de noviembre de 2009.

Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 25 de noviembre de 2016 y del 20 de octubre de 2015.

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 25 de noviembre de 2016.  
Sentencia STC 76/1990.

Sentencia del Tribunal Superior n.º 709/2016 del 25 de noviembre.

Sentencia del Juzgado Mercantil n.º 3 de Madrid, del 7 de mayo de 2018 (ECLI: ES: JMM: 2018: 162).

Sentencia del TJUE del 14 de marzo de 2019, C-724/17.

Sentencias del 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007: 775, apartado 42; del 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801, apartado 22 y del 18 de diciembre de 2014. Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU: C:2014: 2456, apartado 40.

Sentencia del 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C: 2007: 775, apartado 41.

Corte General de Hannover del 16 de abril de 2018 y del 15 de octubre de 2018.

Corte General de Stuggart del 30 de abril y del 12 de noviembre de 2018.

Sentencia de la Sala Primera del 17 de julio de 2008 (Rec. 2268/2001) o más recientemente del 21 de octubre de 2014 (ROJ: STS 3936/2014 - ECLI:ES: TS: 2014: 3936).

Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de septiembre de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de abril de 2014.

Sentencia del 31 de mayo de 2019, ROJ: SAP A 2183/2019 - ECLI: ES: APA: 2019: 2183.

Sentencia de 16 de diciembre de 1996 del Tribunal Supremo.

Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de julio de 2006.

### **Normativa y documentos de interés**

Código Civil de la República de Costa Rica.

Real Academia Española. (2020). *Diccionario del Español Jurídico*. Consejo General del Poder Judicial.

Directiva 2014/104/UE (considerando 36).

*Guía sobre el passing on de los sobrecostes.*

Ley 40/2015 del 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, N.º 236 del 02/10/2015.



# PRECISIONES SOBRE EL DENOMINADO DAÑO MORAL: UN ENFOQUE CRÍTICO-REVISOR ACERCA DE SU TRADICIONAL ABORDAJE EN COSTA RICA

Dr. Luis Mariano Argüello Rojas\*

## RESUMEN

La propuesta investigativa que se encara se traduce en una invitación para variar el *statu quo* existente en Costa Rica acerca de la forma de comprensión habitual del daño moral. En esa línea, luego de repasar la senda jurisprudencial de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, donde se denota alguna inadvertida evolución de esta respuesta indemnizatoria, se matizará el análisis con profundos aportes que, en este particular, ha brindado el derecho comparado. Así, se hará hincapié en algunos tópicos concretos que han sido objeto de los más apasionantes debates jurídicos; pero lastimosamente nuestro país ha optado en los últimos años por quedarse al margen de estos.

**Palabras clave.** Derecho de daños, daños extrapatrimoniales, reparación integral, derechos de la personalidad, dimensión constitucional de la persona.

## ABSTRACT

The investigative proposal that is being addressed here translates into an invitation to change the existing status quo in Costa Rica from the usual way of understanding moral damage; Along these lines, after reviewing the jurisprudence of the First Chamber of the Supreme Court of Justice, where some inadvertent evolution of this compensation response is denoted, the analysis will be qualified with profound contributions that Comparative Law has provided in this particular; Thus, emphasis will be placed on some specific topics, which have been the subject of the most exciting legal debates, of which, unfortunately, our country has chosen in recent years to remain on the sidelines.

**Keywords:** damage law, non-pecuniary damages, comprehensive repair, personality rights, constitutional dimension of the person.

Recibido 28 octubre de 2020.

Aprobado 4 de marzo de 2021.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia. Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica (UCR). Es licenciado en Derecho con énfasis en Derechos Humanos por la UCR. En el 2011, fue medalla de honor y obtuvo el primer promedio del Sistema de Estudios de Postgrado en Derecho de la UCR. En el 2019, obtuvo el primer promedio en el Posgrado cursado en la UNA. En general, todas sus graduaciones han sido con distinción. Desde el 2012, es juez de la república, donde ha desempeñado su cargo en la Jurisdicción Civil y Contencioso-Administrativa. A partir del 2015, es profesor de Derecho en la UCR (Sede de Occidente). Es autor de diversos artículos de investigación publicados en revistas jurídicas especializadas. Ha fungido como director de varios trabajos finales de graduación presentados en la UCR. Es investigador jurídico, conferencista y miembro de la Asociación Costarricense de la Judicatura. Correos electrónicos: [luis.arguellorojas@ucr.ac.cr](mailto:luis.arguellorojas@ucr.ac.cr) / [arguellomariano@gmail.com](mailto:arguellomariano@gmail.com).

*Es sorprendente comprobar como hasta hace poco tiempo atrás solo se reparaban los daños objetivos o daños a las cosas, es decir, aquellos daños cuyas consecuencias podían resarcirse en dinero. En raras oportunidades, se reparaba el daño “moral” entendido como dolor o sufrimiento. Se desconocía y, por consiguiente, no se reparaba, el daño a la persona en sus múltiples expresiones y cuando se empezó a tomarla en consideración en su condición de víctima de un daño, se atendía no al ser humano en sí mismo, sino tan sólo al productor de la renta, al homo faber.*

**Carlos Fernández Sessarego**

*No es exagerado afirmar que la determinación del concepto de daño moral es uno de los problemas más complejos de toda la responsabilidad civil.*

**Carmen Domínguez Hidalgo**

**Sumario:** **I.-** Introducción. **II.-** Incógnitas y respuestas sobre el daño moral. **II.A.-** ¿Cuál es el origen histórico del daño moral? **II.B.-** ¿Cuál es la división de los daños y cuál es la certera ubicación del daño moral? **II.C.-** ¿Existe daño moral subjetivo y objetivo? **II.D.-** ¿Se debe probar el daño moral? **II.E.-** ¿Cómo se construye la causalidad en el daño moral? **II.F.-** El criterio de atribución en el daño moral, ¿puede ser subjetivo u objetivo? **II.G.-** ¿Es ajeno el daño moral a la responsabilidad civil contractual? **II.H.-** ¿El daño moral es afectación al proyecto de vida? **II.I.-** ¿Cuál es la diferencia entre el daño moral, el daño psicológico, el daño biológico y el daño estético? **II.J.-** ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la respuesta indemnizatoria en el daño moral? **II.K.-** ¿El daño moral es transmisible? **III.-** A modo de conclusión. **IV.** Fuentes consultadas.

## **I. Introducción**

La presente investigación se ocupa de **L**incursionar en una temática que sinceramente está llena de profundas imprecisiones, apresurados credos, automatizados prejuicios y múltiples equívocos. En rigor, resulta palpable advertir que se habla mucho de daño moral, pero se reflexiona muy poco; y es que la ausencia de una línea de abordaje “científica” o al menos uniforme, en cuanto a los verdaderos rasgos y alcances esenciales en los cuales presenta su matriz operativa, así como una lectura anclada en ciertas concepciones acriticas heredadas de una vieja tradición jurisprudencial hacen que (en forma prácticamente arbitraria) cada quien tenga su propia *creencia* de lo que *debe ser* el daño moral. El fenómeno denunciado a la postre acrecienta un desigual tratamiento entre las personas envueltas en una contienda litigiosa que no hace más que propiciar una atmosfera de “neblinosa” inseguridad jurídica, por no decir que más bien constituye una especie de “lotería judicial”.

Por esta razón, en los siguientes párrafos, se tratará, en lo conducente y en forma más que sintética, de incursionar en algunos puntos sensibles dentro de la disciplina del daño moral. Para tal cometido, se trazará una metodología de contenido comparativo que permite evidenciar desde el plano hermenéutico, la interpretación brindada en el marco del derecho comparado a muchas de las interrogantes que aquí se presentan. La indagación así expuesta, -y sin tener claro está, la intención ni por asomo de tener la verdad en nuestro dominio- puede ser la senda para despejar un tanto la maleza que ha venido creciendo en los últimos años acerca de la concepción del daño moral.

No obstante, desde ya quedó dicho que nuestra postura teórica en mucho se ve influenciada por ciertas innovaciones que en esta temática ha presentado la doctrina italiana, y es que el peso histórico de una tradición jurídica no tiene que ser mantenido cuando esta ya no responde a las exigencias del presente.

Por tanto, nuestro afán sin caer en abstracciones estériles ni pseudodogmáticas banales es orientar la solución casuística hacia lo que mejor resulte para *optimizar* las condiciones de vida del ser humano, y para tal cometido, la tutela plena de las diversas manifestaciones de sus derechos como persona ha sido la ruta escogida. Sin embargo, de previo, resulta imperioso indagar en lo que tenemos, para luego sentar parámetros más idóneos de lo que nos hace falta.

## **II. Incógnitas y respuestas sobre el daño moral**

Explicitado lo anterior, con el objetivo de afinar y/o precisar la fisonomía que enmarca el contorno del daño moral, se ha optado metodológicamente por estructurar la investigación articulando una serie de incógnitas vitales que acompañan a esta forma de respuesta indemnizatoria y que, precisamente, han surgido con ocasión de la lectura comparativa que se ha realizado entre la numerosa jurisprudencia costarricense -utilizado el vocablo en sentido lato- y nociones más progresivas que derivan de la apasionante dogmática contemporánea del derecho de daños.

### **II.A. ¿Cuál es el origen histórico del daño moral?**

La primera advertencia que debemos realizar es que el daño moral en su concepción originaria y, por ende, -según se acotará más adelante- restringida, no fue abordado por el derecho romano. Antes bien, el debate doctrinario parece aceptar con

meridiana homogeneidad que respecto de daño moral propiamente dicho, se comienza a hablar con ocasión del reconocimiento del “precio del dolor” (*pretium doloris*) que se realiza en función de una adaptación latina que, como indica el doctor de la Universidad de Salamanca, el Prof. Barrientos Zamorano (2008), se genera con ocasión de la introducción del derecho canónico “en la institución del Derecho germánico antiguo “Wergeld” o “rescate de la sangre” o “dinero del dolor” [...] desde la cual nació el concepto moderno del Derecho alemán *Schmerzensgeld*” (p. 86).

Sin esquivar otros antecedentes importantes, como por ejemplo, *Las siete partidas* de Alfonso X El Sabio (1221-1284), donde se contempla en alguna de sus disposiciones una contundente noción de extrapatrimonialidad al recoger que el concepto de daño sería “el empeoramiento o menoscabo que un hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro” (Domínguez, 1998, p. 30). Lo cierto es que la concepción germánica citada en el párrafo anterior, luego de su recepción en la península itálica y territorios francos mediante el influjo de la doctrina canonista (que naturalmente movió en buena medida a los autores del Código Civil Francés de 1804 y, por ende, a todas las ordenanzas que de aquel derivaron) será la tradición jurídica que impulse la impronta histórica del *pretium doloris*, aspecto en el cual, podemos servirnos de la agudeza de Díez Picazo (2011) para situar huellas concretas y evidenciables de este derecho a nivel normativo por lo menos desde el siglo XV (*Constitutio carolina*), y más aún, en 1653, pues es el año que recoge una decisión referida por el jurista Mevio donde se concedieron daños morales a un padre por la muerte de su hijo.

Asimismo, la noción de daño moral aparecerá indefectiblemente unida para el clásico entendimiento jurisprudencial costarricense, con un precepto adaptado por la jurisprudencia

anglosajona en el siglo XIX de *in re ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que viene a significar en su dimensión aplicativa que el daño moral derivaría de lo que los “mismos hechos” o “estado de cosas” revelan o departen sobre el particular; sin soslayar eso sí, que bajo nuestra óptica aquella adaptación aplicada por los ingleses para daños producidos por caída de cosas parece encontrar alguna curiosa cercanía con el *dolus re ipsa* tomado de un pasaje de Ulpiano (Campos, 2014, p. 95) y, más aún, con las implicaciones cuasidelictuales de lo denominado como: *positum et suspensum* (Díez-Picazo, 2011, p.75) que tuvo su apogeo en Roma.

Sea como sea, se debe insistir que el hecho de que los juristas europeos utilizaran el latín para significar esta innovación indemnizatoria no significa naturalmente que tuviera propiamente origen romano. Es más conviene tener presente, de la mano de la profesora Esther Domínguez (2007) que, amén del aporte de la doctrina canónica, es gracias a la influencia de iusnaturalistas del talante de Grocio y Puffendorf, como el jurista Wolff logra sintetizar que todo el que cause un daño por dolo o culpa está obligado a repararlo, siendo que aquella reparación además del *lucrum cesans* y el *dammum emergens* deberá tener en cuenta también el *pretium doloris*.

Ahora más allá de lo indicado, lo que desde nuestra modesta perspectiva sí tuvo una particular y hasta cierto punto inadvertida significación en Roma fue la crucial división entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, pues si bien, en la *Lex Aquilia* (aparentemente del año 286 a. C.), el daño se entiende netamente en función de una pérdida económica de contenido patrimonial, lo cierto es que “los daños no patrimoniales conforman históricamente el ámbito jurídico de la *iniuria*” (Castresana, 2015, p. 262). Con lo cual, mediante esta institución, se logra trazar con toda nitidez aquella división esencial entre dos géneros de

daños que, lastimosamente en nuestro tiempo, no siempre se ha tenido del todo clara.

Con todo, incluso algún autor (Iglesias, 2010) ha visto en la concepción concreta de la *iniuria*, un delito civil de “ofensa contra la integridad personal o moral de una persona” (p. 318). Sin embargo, se debe insistir que esto no encarna que aquella noción sea un equivalente de lo que siglos después se entenderá por daño moral, según se ha explicado líneas pretéritas.

Valga la ocasión para comentar muy sumariamente que aunque en Roma se reconoció la acción contra afectaciones extrapatrimoniales en su seno, vibró también (como acontece ahora) el extender los moldes a lo que arquetípicamente se entendía por *iniuria*. Así nos informa un jurista de la talla de Fritz Schulz (1960) que:

Originariamente, la cláusula edictal se refería tan sólo a lo que fue considerado como *iniuria* en esta época, esto es, las lesiones causadas en el cuerpo de un hombre libre (las injurias causadas a un esclavo se hallaban previstas en la *Lex Aquilia*). El pretor (tal vez gradualmente) añadió otros casos, ampliando así el viejo concepto de *iniuria*. [...] Los juristas clásicos no se contentaron con una interpretación literal de las reglas del edicto. Discutieron también otros casos de ofensa a la personalidad no previstos en aquella fuente y sugirieron la conveniencia de otorgar para ellos una actio *iniuriarum* (pp. 568-570).

En suma, es posible concluir preliminarmente que la discusión y el debate por la extensión de los alcances del daño extrapatrimonial siempre han estado latentes en nuestros genes jurídicos que se ubican en Roma. Asimismo, desde el mismo plano del desenvolvimiento histórico, resulta más acertado reconocer que lo *extrapatrimonial* es el género que nació primero, y lo propio del *daño moral* es una especie que fue reconocida de forma más que tardía, con ocasión de una

cultura predominantemente patrimonialista que acompañó a los civilistas durante muchísimos siglos.

Un ejemplo de lo anterior es incluso el caso costarricense, pues no es sino hasta el Código Penal de 1941 donde el daño moral encuentra su acogida frente a supuestos *ex delicto penal*. De este modo, nos recuerda Torrealba (2019) que no fue hasta con el paso del tiempo cuando la jurisprudencia civil llega a abandonar la noción restrictiva (durante décadas imperante) de que los “daños y perjuicios” únicamente abarcaban las facetas económicas o patrimoniales, para dar cabida a una noción más penetrante de extrapatrimonialidad y, por ende, sentar el reconocimiento pleno del daño moral.

## **II.B ¿Cuál es la división de los daños y cuál es la certera ubicación del daño moral?**

En una noción bastante ortodoxa y tradicionalista (por no decir que arcaica), se sostendría que la clasificación de los daños se presenta entre: *i.* materiales o patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y morales. Sin embargo, a nuestro modo de ver las cosas, esta bifurcación no capta en esencia que el daño puede tener connotaciones muy distintas y heterogéneas según se tenga primero presente que el *ente* que sufre el daño no encapsula los posibles efectos que derivan de él. Por lo tanto, cabe distinguir, en un primer momento, entre el daño ontológico o *evento* y el daño-*consecuencia*.

De esta forma, siguiendo en buena medida al profesor Fernández Sessarego (1997), comprendemos, en cuanto a la primera categorización, que el daño óntico puede ser subjetivo (si recae en personas) u objetivo (si incide en cosas o entes inanimados). Por otro lado, de acuerdo con sus consecuencias, si estas son cuantificables dinerariamente o no, estaremos en presencia de un daño patrimonial o bien

extrapatrimonial, lo cual llanamente incide en su respectiva técnica de valoración y liquidación.

Asimismo, desde un plano divergente, pero, a la vez, complementario, es importante relacionar que lo recién indicado también impactará en la noción conceptual que al respecto se tenga por daño moral, advirtiendo desde ya que las definiciones teóricas pueden tener tremendas implicaciones prácticas.

Con todo, valga señalar que, en nuestro país, no se ha abierto el debate en reconocer que al menos -en la doctrina y el derecho comparado (Femenías, 2011)- se han identificado cuatro formas distintas de reconducir lo que se entiende por daño moral. Así se podría enlistar que existen concepciones del daño moral como: *i.* *Pretium doloris*, *ii.* Todo perjuicio cuyo objeto no es un interés patrimonial, *iii.* Como lesión a simples intereses. *iv.* Lesión a intereses jurídicamente tutelados, derivando desde estas vertientes conceptuales sendas diferencias que terminan quiérase o no, condicionando aspectos de gran incidencia acreditativa dentro de los procesos judiciales, por ejemplo, a nivel pretensional, probatorio y argumentativo.

Bajo ese entendido, planteamos que los bienes jurídicos de la personalidad -*rectius: intereses no ilegítimos*- que pueden ser afectados producto de un hecho dañoso, no se limitan (para los efectos de nuestro estudio) a un plano meramente moral. El ser humano no es solo moralidad o espiritualidad, cabría agregar: “no solamente de sentimientos y emociones viven las personas”. Antes bien, nuestro ser humano, que resulta ser el protagonista principal del derecho, presenta una unidad sicosomática que, al entrar en relación con su autonomía de la voluntad (sistema de libertad), viene a articular lo que se entiende por “daño a la persona”, noción epistemológica que presenta connotaciones más complejas y estructuradas que el limitado daño moral, lo cual

repercute en un análisis más exhaustivo y, por ende, particularizado de la figura.

Bajo este umbral y, sabiendo de antemano las críticas que nos pueden lanzar, nos inclinamos por patrocinar un concepto restringido de daño moral que lo ubica dentro de una categoría más amplia de daños a la persona y, por tanto, termina siendo una especie más (pero no la única) del género de daños extrapatrimoniales. Optamos, consecuentemente, por abandonar la tradición francesa para postular una adherencia más cercana a la citada doctrina italiana del “daño a la persona”, la cual efectivamente engloba, corrige, orienta y reconduce el daño moral a su correcta dimensión, por cuanto los daños a la persona serán a nivel de cuerpo (daño a la salud o biológicos) o bien a nivel de psiquis (psicológicos o morales), ya que, cuando se trascienda la dimensión de lo psicosomático, se ingresará en el campo de la libertad de autodeterminación del ser humano y allí las afecciones serán, por ende, a su “proyecto de vida”.

En suma, bajo esta línea, cabría distinguir al menos entre daño moral, daño psicológico, daño biológico, daño estético, daño al proyecto de vida, a la vida en relación entre otros que operan en una superficie distinta, y que, por ende, presentan ciertas características y elementos autónomos que les permiten hacer perfectamente diferenciables, lo cual no es mero caprichoso académico, sino que coadyuvan en la función de garantizar una reparación integral plena del ser humano que sufre afectaciones de estas características.

En síntesis, dentro de los daños extrapatrimoniales que se contraponen con los patrimoniales (*summa divisio*), ubicamos y potencializamos la categoría jurídica amplia del daño a la persona y, en aquella, es posible concretizar afectaciones particulares a la *psiquis*, donde, en forma especial, específica y autónoma, es dable situar al daño moral.

Por supuesto existen asiduos críticos a esta corriente de pensamiento que aquí exponemos. Así, se ha acusado a esta tendencia de multiplicar conflictos, debatir sobre meras cuestiones de lenguaje, trazar líneas separativas irreales, etc. Sin embargo, con esta escuela jurídica a la cual mostramos adherencia y que invitamos que sea al menos debatida en nuestro país, lo que realmente se busca es garantizar de forma más tuitiva el principio de reparación integral del daño que, para nuestro caso, tiene raigambre constitucional. Por tanto, con los cuidados hermenéuticos respectivos, es posible evitar enriquecimientos sin causa, siempre sentando parámetros certeros del razonabilidad y proporcionalidad.

Con todo, el propio numeral 41 de la Constitución Política permite una interpretación evolutiva que admite la implementación de esta categoría indemnizatoria, ya que si se repara bien, nuestro texto constitucional habla de reparación “[...] en su *persona*, patrimonio o intereses morales”, esto es, tal autonomía y carácter disyuntivo nos llevan a pensar que la persona y su tutela integral son algo más que sus intereses morales. Por este motivo, se debe distinguir donde el propio texto constitucional así lo realiza.

## II.C. ¿Existe daño moral subjetivo y objetivo?

En Costa Rica, ha sido tesis tradicional que la jurisprudencia establezca una división entre algo que entiende que es daño moral *subjetivo* frente a otro que tendría connotaciones más *objetivas*, de allí, que dada esta bifurcación de categorías indemnizatorias, existiría la posibilidad de que incluso las personas jurídicas puedan ser acreedoras o beneficiarias de daño moral en su modalidad objetiva. Sin duda, estamos frente a una formulación lingüística que responde a una noción doctrinal más que debatible, y de la cual, se justifica lanzar algunas reflexiones respetuosamente críticas para valorar

la consistencia epistemológica de su noción conceptual.

Veamos, en el voto n.º 1569-F-S1-2017 del 6 de diciembre de 2017, haciendo hincapié de múltiples precedentes (por lo cual, se estaría frente a una doctrina jurisprudencial) que data incluso de 1992, la Sala Primera de la Corte de Justicia indica que:

El daño moral (llamado en doctrina también incorporal, extrapatrimonial, de afección, etc.) se verifica cuando se lesiona la esfera de interés extrapatrimonial del individuo, empero como su vulneración puede generar consecuencias patrimoniales, cabe distinguir entre daño moral subjetivo “puro”, o de afección, y daño moral objetivo u “objetivado”. [...] El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valiables (vg. el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). Esta distinción sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio.

Como es de notar, este extracto jurisprudencial resulta objetable desde diversas aristas; en primer lugar, emparenta daño moral con daño extrapatrimonial, siendo improcedente equiparar la especie con el género -incluso por razones históricas, según se apuntó arriba-, por cuanto, más allá de la equivocidad jurídico-formal de la simetría de estas categorías, lo cierto del caso es que la reducción encorsetada de un ámbito de aplicación pensado en esos términos podría suponer que se dejan por fuera otras afectaciones extrapatrimoniales que, no siendo morales, sí resultan indemnizables por suponer *daños a la*

*persona* en su contenido netamente sustancial y existencial.

En esta misma línea de pensamiento, el tratadista colombiano Javier Tamayo Jaramillo (2015) menciona que no se puede asimilar todo daño extrapatrimonial como moral, por cuanto “es preciso conservar esta última definición únicamente para los perjuicios que afectan sentimientos íntimos de la víctima, o los provenientes de dolor físico producido por una lesión” (p. 485).

Y es que precisamente esta noción restringida, técnica e históricamente acertada de entender propiamente el daño moral resulta compartida desde la presente noción investigativa. De este modo, resulta lógicamente perceptible que se opte por rechazar la posibilidad de incluir la noción de daños morales objetivos, pues el daño moral únicamente puede ser *subjetivo* y sufrido por personas de carne y hueso. Por esta razón, la decisión de extenderlos a supuestos “objetivos” de significación monetariamente cuantificable se trata de una severa incorrección, puesto que, en realidad, se nubla el contenido esencial que gravita sobre este.

Además con severidad, si una acción dañosa genera una pérdida de clientela o un desprestigio profesional que supone la ruptura de contratos de contenido económico, pues allí lo que existe son menoscabos patrimoniales que deberán ser reconducidos mediante la categoría de daños materiales y perjuicios, siendo incluso plenamente consistente la tipología de probanzas que, para su acreditación y cuantificación, estos requieren.

La postura aquí asumida de rechazo de los denominados daños morales objetivados (que se insiste: no son más que meros daños o perjuicios de *consecuencia* patrimonial, aun cuando provengan de afectaciones o *eventos* extrapatrimoniales), incluso es compartida a

nivel de la doctrina nacional, por ejemplo, Rivero (2001) indica: “la distinción entre daño moral objetivo y daño moral subjetivo, aun cuando es sostenida por cierta doctrina, en el fondo lo que hace es confundir el daño moral con otros tipos de daños indemnizables” (p. 114). Por su parte, Torrealba (2011) menciona: “los efectos patrimoniales resultantes del agravio a cualquier tipo de bienes jurídicos -sean patrimoniales o no-, son simplemente, daños económicos” (p. 663). Por último, el destacado juez, León Díaz (2019) puntualiza: “Tratándose de daño moral en sentido estricto (dejando la desafortunada categoría del llamado daño moral objetivo) [...] podría deducirse el dolor, la angustia, el sufrimiento, la desesperación, la pena y los aspectos que pueden considerarse daño moral” (p. 24).

Asimismo, valga decir como razón de cierre para este apartado que la dimensión social del ser humano o, eventualmente, su vida en relación no tiene por qué significar una objetivación o cosificación de su dimensión subjetiva, como al parecer entiende la cita jurisprudencial aludida líneas pretéritas.

El ser humano nunca deja de ser ente óntico-existencial por más inmerso que esté en el tejido social con el que interactúa. Además, el excluir la denominación de daños morales objetivos también genera que las personas jurídicas queden destronadas de esta tipología indemnizatoria. Para afectaciones reputacionales de las empresas o entidades jurídicas, se deben realizar otras precisiones teóricas, procesales, probatorias etc., las cuales simplemente resultan extrañas a la noción de daño moral<sup>1</sup>.

Finalmente, si la jurisprudencia costarricense opta por mantener su línea en cuanto a la procedencia de daños morales objetivos, debe

construir una justificación con mayores elementos argumentativos que permitan superar las críticas y afinar las concepciones, sin sortear el peligro que este último camino podría generar, si no se tienen los cuidados teóricos respectivos.

#### II.D. ¿Se debe probar el daño moral?

Dentro del ámbito del derecho de daños, conviene precisar que, para el surgimiento de la respuesta indemnizatoria, deben configurarse al menos cuatro elementos: *i.* Hecho generador antijurídico. *ii.* Daño. *iii.* Nexo causal. *iv.* Factor de atribución. Siendo practicable proyectar una “especie de cuadro” (Pizarro, 2020) donde la consistencia y longitud que se tengan de cada una de una sus bases y costados sean su extensión o limitación, hará igualmente viable que ingrese una noción amplia o bien restringida de los contenidos indemnizables, ya sea que estos respondan a una función resarcitoria o bien preventiva de la responsabilidad civil, sin soslayar en la improcedencia o bien resistencia que, en tesis de principio, se sigue teniendo en nuestro sistema jurídico, respecto de los denominados daños punitivos.

Luego, teniendo en cuenta este rudimento conceptual elemental, se logra percibir en la jurisprudencia costarricense varias tesis que abordan de forma *heterogénea* los requerimientos probatorios para asistir al surgimiento jurisdiccional de un daño moral; quede dicho, como en realidad las pequeñas variantes, pormenorizaciones y matizaciones que se pasarán a explicar no responden a una cuestión meramente academicista o que represente un “juego de palabras,” sino que tienen ondas consecuencias prácticas, pues en síntesis, el seguimiento de una u otra perspectiva puede generar que se reconozcan o rechacen indemnizaciones por daño moral, o

1 En sentido contrario, se puede consultar el laudo arbitral Shell vrs. Color Visión de las diez horas del cinco de junio de dos mil dos, citado por Torrealba (2019, p. 19).

bien, que lo otorgado a nivel de *quantum* sea un monto compensatorio que cumpla algo menos que una función meramente simbólica.

En primer lugar, se percibe una *tesis flexible* que sostiene que se puede el daño moral probar sin más de forma *in re ipsa*. Esto supone que, invocada y pretendida esta tipología de reconocimiento indemnizatorio, de los mismos hechos del juicio reflejados en la sentencia, la persona juzgadora o entidad arbitral podría presumir o derivar su generación, aparejando un consecuente otorgamiento y cuantificación de una condena por daño moral.

De este modo y a guisa de ejemplo, se podría traer como partidaria de esta corriente la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, n.º 481-F-S1-2019 del 30 de mayo de 2019, donde se establece, entre otras consideraciones, que el daño moral “no requiere una prueba directa y queda a la equitativa valoración del juez”. También reconoce que “los tribunales están facultados para decretar y cuantificar su condena”, más aún de forma sentidamente categórica -y con una noción que, a nuestro juicio causa justificadas dudas- se afirma “este tipo de daño no obliga al liquidador a determinar su existencia porque corresponde al ámbito interno”. No obstante, se matiza el criterio indicando que: “se deduce a través de las presunciones inferidas de indicios [...] por eso se dice que la prueba del daño es *in re ipsa*”. Finalmente agrega “tampoco se debe probar su valor porque no tiene un valor concreto”.

Como es de notar, la carga probatoria que pesa sobre la víctima, con este criterio jurisdiccional, es bastante liviana y flexible, por lo que las preocupaciones no deberían centrarse tanto a nivel probatorio. Sin embargo, cabría no descuidar que, aunque se diga que el daño moral no requiere “prueba directa,” luego se hace alusión a que la presunción de *in re ipsa* derivaría de indicios, y aquellos (desde donde tenemos conocimiento) ingresan al contradictorio

mediante la práctica de los medios probatorios, ya que este es un detalle no menor que habría que tener particularmente presente aun bajo el patrocinio de esta noción flexible.

Luego, tenemos una *tesis intermedia* donde el tema probatorio adquiere una relevancia relativa de cara a la acreditación del daño moral. Bajo esta orientación, para la configuración de esta tipología indemnizatoria, resulta relevante fijar probatoriamente el nexo causal. Esto significa, en clave de *causalidad adecuada*, que es la teoría de causalidad más seguida en Costa Rica, según se denota del mismo estudio jurisprudencial (Alferillo, 2017), se deberán traer al proceso medios probatorios que permitan construir el vínculo factual que une a la conducta antijurídica con el daño pretendido, evidenciando que (en las circunstancias específicas acreditadas) existe una alta probabilidad de que el segundo sea efecto causal de la primera.

Al respecto, es factible encontrar múltiples pronunciamientos jurisdiccionales que hacen resonancia de esta perspectiva. Así para citar ejemplos, se podría poner énfasis en lo dispuesto en el voto 1131-f-S1-2019 del cuatro de julio del dos mil diecinueve por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, cuando sentenció lo siguiente: “Esta Cámara en ocasiones anteriores ha dispuesto sobre el daño moral subjetivo [...] Su otorgamiento no guarda una estrecha relación a factores probatorios (salvo que se refieran a la relación de causalidad)”.

En esta misma orientación, se ha indicado también por el mismo órgano de casación en el voto n.º 000820-F-S1-2012 que, en ocasiones, el daño moral se puede “inferir con fundamento en la prueba de los indicios”, ya que precisamente, a nuestro juicio, tal *inferencia* podría construirse en la cabeza de la persona juzgadora y reflejarse así en la sentencia como el *punte* causal cimentado probatoriamente con elementos indiciarios, pues

naturalmente la prueba directa en esta materia pocas veces resultará cabalmente revelada.

Sin duda, los partidarios de la *tesis intermedia* no se contentan simplemente con una invocación del *in re ipsa* por la parte demandante o actora, por lo cual aquella no está del todo exenta de preocupaciones probatorias, si bien el daño moral propiamente dicho quedaría relevado de prueba, pues pertenece al fuero interno del ser humano. Lo cierto es que al menos la conducta antijurídica y el nexo causal sí deberían ser acreditados probatoriamente, pues para construir inferencias mentales ceñidas en el criterio valorativo de la experiencia -que es una regla de la sana crítica racional- se requiere de ciertos tipos de hechos probados, los cuales se podrían configurar mediante la respectiva prueba indiciaria para sentar un juicio lógico que permita inferir como probable un daño moral en una presunción humana que prescribe que ciertos tipos de sufrimientos, afecciones y preocupaciones son normales frente a determinadas circunstancias factuales acreditadas.

Al respecto, un modelo de caso que se correspondería con esta corriente sería que frente a un hecho antijurídico -v. gr. fallecimiento de una madre por negligencia médica- que se dice produjo daños morales de magnitudes importantes en el reclamante. Este tendría que acreditar probatoriamente que su dolor, angustia, tristeza y dolor etc. se *manifestaron* entre otros aspectos (circunstancias específicas) por un paulatino descenso de su actividad laboral (prueba documental de rendimiento laboral), problemas maritales (testimonio de la esposa) y contrariedades de nutrición (prueba científica) que supondrían factualmente la construcción del nexo causal e inferencia probable mediante la respectiva prueba de indicios.

Asimismo, conviene apuntar que lo que se ha venido a denominar y ejemplificar en esta investigación

como postulados de una *tesis intermedia* no es del todo ajeno al ámbito del derecho comparado. Así se hallan en reconocida doctrina foránea algunas construcciones intelectuales que, sin poner el acento propiamente en la relación de causalidad, terminan equiparando -desde la óptica de las presunciones- tales exigencias probatorias que ayudan a racionalizar la adjudicación de daños morales. Al respecto se ha indicado:

La prueba basada en presunciones, es sin lugar a dudas una herramienta probatoria importante al momento de acreditar el daño moral. Ahora, como hemos indicado anteriormente, es imperativo que las partes proporcionen los antecedentes necesarios al sentenciador, que le permitan a través de hechos conocidos y probados, arribar a otros desconocidos que se han de presumir. El juez, podrá perfectamente utilizar ese medio probatorio respetando el silogismo básico que su utilización presupone, en donde la premisa mayor estará constituida por el hecho ilícito, la premisa menor por todos los antecedentes que permiten acreditar efectivamente se ha padecido un daño moral, y la conclusión será en definitiva la existencia de un daño moral. [...] de manera que los jueces no pueden unir la premisa mayor a la conclusión inmediatamente, porque suponen que la pérdida de un familiar o miembro provoca un perjuicio no patrimonial, antes por el contrario deberán elaborar la premisa constituida por todos aquellos antecedentes de los que puedan deducirse mediante un proceso racional de acreditación probatoria, la existencia efectiva del daño moral en cuestión. (Femenías, 2011, p. 43).

De esta manera, mediante prueba indirecta e indicios probatorios (Peyrano, 2018), se puede construir -ya sea en clave de relación de causalidad o depuración de silogismos lógicos- el necesario puente que una al hecho generador antijurídico con el daño moral alegado, lo cual, a la postre, genera mayores condiciones para su otorgamiento, instituyendo por derivación

en una mayor probabilidad de una correcta fundamentación del fallo (sentencia o laudo), y, por ende, de mayor garantía del derecho de defensa para quien resulte condenado por un daño de esta naturaleza.

Por último, se percibe paulatinamente en Costa Rica el surgimiento de una *tesis restrictiva* florecida principalmente a nivel de la jurisdicción ordinaria. Para los gregarios de esta corriente, debe probarse el daño moral siempre, lo cual no se limita simplemente a cuestiones del hecho generador antijurídico o del nexo causal, sino también del daño como tal; y es que, si bien, esta posición de exigencia probatoria sobre el daño moral no es en modo alguno desconocida a nivel doctrinal (Domínguez, 1998), lo cierto es que el problema que se tiene en nuestro país es que quizá comparten la conclusión, pero no se justifican correctamente los caminos para alcanzarla.

Así, a guisa de ejemplo, en el voto 2019-000202 de las catorce horas y veinticinco minutos del ocho de octubre de dos mil diecinueve, el Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Cartago ha indicado que:

En otro orden de ideas, jurisprudencial y doctrinariamente se ha permitido menor rigurosidad para demostrar el daño moral subjetivo, por sus propias características, por tratarse de una afrenta que se desarrolla en la esfera íntima del afectado, por eso se habla de daño “*in re ipsa*”. No obstante que estamos de acuerdo con esa posición, consideramos, que efectivamente, la pretensión del actor quedó ayuna de elementos probatorios que acreditaran la existencia del daño. En efecto, el actor no aportó ninguna prueba de su molestia o sufrimiento. Si es claro que la demandada fue algo impaciente con la inscripción de su escritura, pero sólo ella sabe las razones que tenía para la premura. Además, la conducta que se le achaca y que se logró demostrar es que, acudió a los órganos que

la ley le concede, al considerarse defraudada por el profesional en quien confió la escritura de su interés, actuación que no se le puede reprochar. Por su parte, no aporta el licenciado [...], ni una sola prueba de las perturbaciones que pudo haber sufrido, no ofreció prueba testimonial de personas que narraran los signos propios de la molestia alegada, no aportó dictámenes médicos, comprobantes de compra de antidepresivos, en fin elementos probatorios que acreditaran hechos tangibles de los que se pudiera deducir su molestia o su sufrimiento. Al fracasar en su intento de demostrar el daño reclamado, sobra analizar el supuesto nexo causal, lo cierto es que el actor no pudo cumplir con la carga probatoria, por lo que esta Cámara se decanta por mantener lo resuelto en primera instancia.

Si bien en la presente postura jurisdiccional no se logra percibir con nitidez qué se entiende propiamente por *in re ipsa*, pues aunque se indica que se comparte, luego se dan razones argumentativas que, en recto sentido, no se corresponden con esta. Lo cierto es que traza un precepto de fundamental importancia que parece resumirse en que el daño moral tiene que ser probado, pues a tono con la sentencia, se requiere de: “elementos probatorios que acreditaran la existencia del daño”, pues bajo el auspicio y enclave en las clásicas nociones de carga probatoria, “el actor no aportó ninguna prueba de su molestia o sufrimiento”. Así, a criterio de esta línea investigativa, en esta sentencia, se percibe una arista interpretativa y argumentativa de entender el daño moral que, en realidad, no se corresponde con los postulados asimilados en forma más clásica. Esto en modo alguno merece reproche, pero sí amerita cavilación, estudio y, ante todo, respetuoso examen.

Finalmente, es necesario destacar cómo la línea de reflexión crítica que ha intentado perfilar el presente artículo se comparte y/o corresponde con algunas nociones interpretativas expuestas

por el juez Garita Navarro con ocasión de fallos emitidos dentro de su sección en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, donde en lo medular, consideramos que se viene a desarrollar más específicamente (especie de versión 2.0) lo que se ha denominado como tesis intermedia en la presente investigación. Así en el voto 80-2019 se indicó -entre otros valiosos aspectos- que lo abstracto e indeterminado del daño moral subjetivo permitían que quien lo reclamaba, o bien quien lo refutaba podía ofrecer elementos de prueba dirigidos a establecer parámetros sobre el nivel de afectación concreta o la intensidad que había generado determinada circunstancia lesiva en esa esfera emocional o interna de una persona física (lo cual viene a solidificar o debilitar quiérase o no, la necesaria causalidad adecuada para el surgimiento del daño y su cuantificación). De este modo, una cosa es que el daño como *consecuencia* pueda inferirse sobre la base de indicios y reglas de experiencia humana, y otra muy diversa es la intensidad de ese padecimiento.

De esta manera, bajo esta corriente argumentativa respecto de la eventual magnitud del reclamo, debe operar la apertura probatoria, sin que la regla *in re ipsa* pueda constituirse en argumento legítimo para negar la posibilidad de las partes de ofrecer pruebas sobre ese aspecto concreto. No obstante, la falta de esos elementos de prueba no puede llevar a negar la reparación, cuando los indicios determinan la posible ocurrencia de una afectación anímica. En ese sentido, la acreditación de ese nivel especial de intensidad confiere a quien juzga la relación dañosa, mejores parámetros para comprender las implicaciones de la lesión en el caso concreto y adaptar de mejor modo las reglas de experiencia humana a las condiciones concretas sometidas a su análisis

Finalmente y, para que no se quede nada que decir, valga advertir que sí se insiste en que existe algo que se denomina “daño moral objetivo” o bien

“daño moral impropio” que se asocia en esencia con consecuencias de carácter patrimonial, este naturalmente estaría sujeto plenamente a las reglas tradicionales de carga probatoria, lo cual más que constituir una excepción de la regla, simplemente evidencia que no es en rigor un daño moral.

## II.E. ¿Cómo se construye la causalidad en el daño moral?

Como ya se dejó entrever en el apartado anterior, la postura por la cual se inclina la presente reflexión pasa por fijar probatoriamente el nexo causal a efecto de determinar la procedencia de reclamos por daño moral; en tal carácter, la causa eficiente, sea la acción u omisión dañosa de la cual se deriva el pretendido daño, debe estar plenamente acreditada, por cuanto para el hecho generador como tal, no tendría por qué existir mayor relajamiento probatorio.

Asimismo, propiamente el elemento del nexo causal debe construirse de forma apropiada mediante la composición de diversos indicios probatorios que, bajo el patrocinio del aligeramiento demostrativo del daño que supone la máxima del *in re ipsa*, permita dar sustento factual-derivativo a la inferencia acreditativa de forma más certera y racional, lo cual a la postre no solamente genera una mejor motivación argumentativa de los criterios (v. gr. a nivel de la entidad monetaria otorgada según la intensidad de la afectación), sino también permite resguardar de forma más directa la tutela judicial efectiva y, por supuesto, el derecho de defensa.

Dicho en términos más sencillos, la inferencia que, a fin de cuentas, genera la máxima *in re ipsa* debe apoyarse en la comprobación de circunstancias fijadas y específicas que respalden la adecuación del daño en función de causas antecedentes que así lo concreticen, pues en términos clarificadores, se asume la ocurrencia del daño si como basamento

necesario y suficiente existe solidificación probatoria en el nexo causal. De esta manera, si bien es difícil determinar cuánto sufrió una persona por una determinada conducta dañosa, lo cierto es que cuando las “cosas hablan por sí mismas”, se permite debido a *circunstancias particulares* inferir que aquel daño ha sido producido en razón de una esfera de dominio que le es atribuible, sea subjetiva u objetivamente, a un determinado centro de imputación jurídica, según sea una persona física o bien jurídica.

En esa orientación, se considera que un antecedente de valiosísima significación que se enmarca en esta corriente es el voto n.º 716-2019 del 31 de octubre del dos mil diecinueve dictado por el Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, Sección Segunda, con ocasión de la muerte de un perro de exhibición llamado “UBO”, pues en aquel pronunciamiento se profundizó de forma poco común en nuestro medio, en los verdaderos alcances de la máxima *in re ipsa* y es que amén de que aquel fallo se dispuso una responsabilidad civil de forma concurrente tanto contractual como objetiva por relación de consumo contra el veterinario que aplicó una anestesia previa al perro, lo cierto es que para los efectos del presente estudio, se terminaron tomando en cuenta los testimonios rendidos durante el proceso para justificar el otorgamiento del daño moral, naturalmente el análisis expuesto en el considerando IX de aquella valiosa sentencia, revela la significativa importancia de la acreditación de antecedentes y circunstancias que construyan el puente causal entre el hecho generador y el daño liquidado por concepto por daño moral.

## **II.F. ¿El criterio de atribución en el daño moral puede ser subjetivo u objetivo?**

Tanto bajo la dimensión atributiva subjetiva como objetiva, puede mediar la acreditación de un daño moral. En esta orientación, es por lo demás lógico

que, dentro de la extensión de la responsabilidad civil con culpa o dolo, quien comete un menoscabo en “los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria” (Bustamante, 1997, p. 237) deberá asumir las consecuencias de su accionar y/o omisión dañosa, más aún -y para que no quede margen de duda al respecto- dentro de los linderos de la responsabilidad civil objetiva y el ámbito de cobertura de los postulados que lo integran (v. gr. teoría del riesgo creado, obligación de seguridad, prestación de servicios públicos etc.), se incluyen tanto las lesiones de naturaleza material como aquellas de contenido extrapatrimonial, no en vano, la reforma del derecho de daños en Alemania acontecida en el dos mil dos, según nos informa el notorio autor López Casal, precisamente se orientó en dar certero reconocimiento de aquella posibilidad, por ejemplo, para el caso de la “responsabilidad por productos defectuosos” (2015, p. 80).

Recuérdese brevemente que, si la responsabilidad objetiva tiene por sustento rector propiamente el daño y no en otros elementos, como el dolo o la culpa es coherente que -desde la perspectiva y posición de la víctima- la procedencia indemnizatoria por daño moral resulte admitida. De este modo, a guisa de ejemplo, para el caso de las relaciones de consumo (donde pueden mediar o no contratos) o bien bajo el cobijo de las relaciones jurídico-administrativas (Jinesta, 2005), es perfectamente dable la existencia de esta tipología indemnizatoria, máxime que, a fin de cuentas, el numeral 41 de la Constitución Política no distingue entre regímenes de responsabilidad a la hora de sentar en forma universal el derecho fundamental a la reparación integral para daños que hayan recibido “todos [...] en su persona”, así como también de forma particular en sus “intereses morales”. Con todo, bajo una dimensión más normativista, el propio numeral

197 de la Ley General de la Administración Pública contempla el reconocimiento pleno del daño moral producto de la responsabilidad civil objetiva de la Administración pública.

En suma, bajo la cobertura atributiva subjetiva u objetiva, puede reconocerse la procedencia por daño moral, sin dejar de advertir que inclusive la máxima *in re ipsa loquitur* tiende quizá inadvertidamente a potencializar una mayor objetivización a nivel del marco comprensivo de la responsabilidad civil. De esta forma, cuando se sitúa tal regla operativa a nivel factual-probatorio, es precisamente porque producto del daño, las cosas hablan por sí mismas (v. gr. impacto corporal producto de la caída de un artefacto de una segunda planta, muerte del perro en razón de una anestesia, atrofia muscular general luego de una operación médica de rutina etc.), lo cual “permite al juez *inferir* negligencia, en ausencia de pruebas directas” (Bullard, 2005, p. 221), y ello prácticamente se traduce en dar sentado el juicio atributivo (con la inversión probatoria que esto genera) en contra del aquel o aquellos que aparecen como causantes del daño, a efectos de evitar el efecto *smoking out* (se hicieron humo) a nivel del régimen probatorio.

## **II.G. ¿Es ajeno el daño moral a la responsabilidad civil contractual?**

En los círculos académicos y forenses, existen diversos protagonistas que, con no poca vivacidad de respuesta, niegan contundentemente cualquier posibilidad de reconocimiento por daño moral en supuestos de incumplimiento contractual, restringiendo aquella posibilidad para escenarios únicamente de responsabilidad aquiliana o extracontractual. Para respaldar su postura, parten de una noción esencialmente patrimonialista que los lleva a negar que, en ocasión del incumplimiento de una obligación contractual, se puedan afectar bienes o intereses extrapatrimoniales, por cuanto el contenido de

la prestación debida por antonomasia no los contempla.

No obstante, es dable construir racionales y sensatos y propuestas convincentes que desacreditan esa forma de pensar. En esta orientación, en casos de responsabilidad civil contractual, es posible nuevamente plantear la distinción entre el daño *evento* y daño *consecuencia* o, lo que es lo mismo, entender -con la sensibilidad jurídica que requiere el contexto en el cual se desenvuelve la sociedad del siglo XXI- que es perfectamente factible que producto de un incumplimiento contractual, se puedan perturbar intereses extrapatrimoniales del afectado y más puntualmente generar sentimientos de angustia, tristeza, dolor y desesperación producto de aquella defraudación de la conducta contractual esperada, la cual no se limita meramente a la cuestión netamente patrimonial que se dejó de cumplir.

Así y, entre tantos ejemplos posibles, valga reseñar que, en materia civil, se ha reconocido daño moral producto del incumplimiento grave de un abogado en un contrato de servicios profesionales en razón de todas las afectaciones emocionales que produjo a su cliente (Tribunal Colegiado Civil de San Ramón, voto n.º 000050-2020).

También se determinó el surgimiento de daño moral contra un veterinario por la muerte de un perro en razón del incumplimiento de un contrato que impone particulares obligaciones de seguridad (Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, Sección Segunda. Voto n.º 716-2019).

En igual sentido, se han esgrimido escenarios donde el incumplimiento de un contrato de construcción genera afectaciones emocionales en razón del sufrimiento y estrés generado en la víctima al ver frustradas las expectativas depositadas en la empresa constructora contratada.

(Tribunal Colegiado Civil de San José, Sección Extraordinaria. Voto n.º000208-2019).

En general, existe amplia jurisprudencia, por ejemplo, a nivel de contratos de consumo (desde defraudaciones bancarias hasta indemnizaciones por productos defectuosos etc.) donde se ha reconocido este tipo de partida indemnizatoria.

Incluso, bajo un asidero amplio que promulga la unificación de la responsabilidad civil o bien al menos reconoce perfectamente supuestos donde es procedente el concurso de pretensiones asociadas con regímenes contractuales diversos, cabe señalar que el daño moral presenta consecuentemente rasgos de autonomía, siendo dable su acaecimiento en casos contractuales como extracontractuales.

Por esta razón, de la mano de la doctrina más autorizada sobre estas temáticas -por ejemplo la posición de Bustamante (1997, p 250)-, la presente investigación se inclina por defender su presencia en ambos tipos de regímenes resarcitorios; al respecto, la profesora Domínguez Hidalgo (1998) ha señalado: “la procedencia o no de esta partida indemnizatoria no puede hacerse depender del origen o fuente de la responsabilidad civil, pues la noción de daño moral es idéntica en uno u otros de sus ámbitos” (p. 54).

Así, el hecho de que el causante de una afectación moral se encuentre previamente ligado por un vínculo contractual, no tiene por qué resultarle en una especie de blindaje o escudo protector para excluirse de la respuesta indemnizatoria. Dicho en otros términos, si con ocasión de un contrato, sea en razón de su incumplimiento total, sea con ocasión de su prestación defectuosa, una víctima sufre afectaciones internas de corte emocional, tiene derecho a exigir reparaciones civiles producto de daño moral, no existiendo sinceramente nociones jurídicas de peso que excluyan tal posibilidad.

## **II.H. ¿El daño moral es afectación al proyecto de vida?**

Dados los tiempos que enmarcan el devenir del siglo XXI, dentro del entorno propio de nuestro campo de conocimiento, es dable y fundamental valorar como opción preponderante una dimensión más humanista y menos patrimonialista de proyectar las heterogéneas dimensiones del derecho de daños. Bajo esa convicción, insistir en la categoría del daño moral como especie de “varita mágica” o “cajón de sastre” donde de forma altamente genérica, desordenada e imprecisa, se suelen aglutinar todas las diversas formas en las cuales se puede afectar a un ser humano (en su proyección extrapatrimonial), no parece el camino metodológicamente más aconsejable, y no lo es, por la sencilla razón, de que no es dable calificar y/o tratar como “moral” algo que excede ese ámbito, bien porque lo supera, restringe o simplemente porque opera en planos diametralmente distintos. Se debe insistir: no solo de moralidad vive el ser humano.

Pues bien, tal y como afirma el profesor Carlos Fernández Sessarego (2001): “si no se comprende lo que es la persona tampoco será posible entender la naturaleza y función del derecho” (p. 5). Por este aspecto, resulta descartable equiparar la categoría de daños morales con aquellas afecciones que impactan al ser humano en su esfera existencial. El ser humano no solamente es cuerpo o mente, también es un ser “en, con, de, por y para” la libertad, donde para parafrasear la sintética fórmula de Jean Paul Sartre (1993), aquellas personas que tanto nos preocupan e interesan están condenadas perpetuamente a ser libres.

En apretada síntesis, coincidimos nuevamente con las enseñanzas del maestro suramericano, cuando refiriéndose a la concepción que nos ocupa, recuerda que los daños al proyecto de vida suelen ser las afectaciones más grandes que se pueden causar a las personas, por cuanto

aquel daño “impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido [...] en tanto, el ser humano, libre y coexistencial, es un ser temporal” (Fernández, 2003, pp. 660, 668).

En complemento, existen hechos dañosos, cuya causalidad genera daños de especial intensidad que no atañen ni pueden reconducirse propiamente al cuerpo, ni a la psique ni mucho menos a las emociones, sino que condicionan la *libertad auto-determinativa* del ser humano. Luego de aquel daño, su vida nunca más volverá a ser la misma, puesto que su libertad individual, vida y futuro (v. gr. a nivel laboral, académico, recreativo, afectivo, artístico, deportivo etc.) toman otro camino luego de aquella situación que, naturalmente si es para mal, debe ser objeto de una particular e independiente indemnización.

Finalmente, y sin caer en falacias de la autoridad, si algún buen positivista o formalista jurídico duda seriamente acerca de la autonomía de esta categoría indemnizatoria e insiste en equipararlo con el querido, pero lastimosamente incomprendido daño moral, conviene advertir que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado una significación emancipada y carta de ciudadanía a esta categoría indemnizatoria. Este aspecto se puede verificar por ejemplo en los casos *Loaiza Tamayo vrs. Perú* de 1998, “*Niños de la Calle*” vrs. Guatemala de 1999 y *Cantoral Benavides vrs. Perú* del 2000, entre otros; por lo cual, el mismo respeto y exigencias del control de convencionalidad deben aparejar a brindar un tratamiento similar en Costa Rica, de cara al reconocimiento pleno de esta tipología de respuesta indemnizatoria que, sin duda, por sus especiales contornos, deberá ser objeto de una investigación autónoma que no se puede emprender en el presente texto.

## II.I. ¿Cuál es la diferencia entre el daño moral, el daño psicológico, el daño biológico y el daño estético?

En el argot forense, se suelen confundir ciertas categorías indemnizatorias que, presentando rasgos autónomos, son indebidamente equiparadas. Ahora, el problema no es meramente una figuración dogmatizante o de gustos teórico-conceptuales, sino que encierra ondas repercusiones pragmáticas dadas las implicaciones pretensionales, probatorias y de alcance pecuniario que supone reconducirlo en una u otra categoría.

De esta manera, haciendo eco de lo expuesto, en el voto n.º 1366-F-S1-2017 del 6 de noviembre de 2017, donde entre otros, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia hace referencia a las resoluciones n.º 662-F-S1-2010 y 196-F-S1-2012, donde se ha trazado en un primer momento una nítida distinción entre el daño moral subjetivo y el psicológico. Así el primero se asociaría con una “afectación de las condiciones anímicas del sujeto”, mientras que el segundo estaría representado por una: “situación traumática que requiere constatación científica para su acreditación”.

Sin duda, se está en presencia de un tema sumamente relevante, pues incluso supone interesantes repercusiones respecto a escenarios discutibles en torno a la congruencia procesal y el papel que debe ocupar un tribunal de justicia en la solución efectiva de los conflictos, v.gr., ¿qué debe hacer un tribunal de justicia, si en un proceso jurisdiccional se solicitó en la pretensión procesal daño moral subjetivo, pero en realidad lo acontecido e, incluso, probado fue daño psicológico? ¿Se afectaría el derecho de defensa de la contraparte, si oficiosamente una persona juzgadora solicita ajustes en la audiencia preliminar para reconducir efectivamente la

pretensión procesal a la categoría indemnizatoria que deriva de la *causa petendi* de la demanda?

No es nuestro interés aquí trazar soluciones, sino avivar el pensamiento y el debate, dejando patente, eso sí, la importancia de tener claro el contenido esencial de categorías referidas para, en la medida de lo posible, evitar pasar de discusiones sustanciales a criterios procesales que, al fin de cuentas, puede pender en gran medida del “diferente istmo” (Argüello, 2020) en el que se ubique cada persona juzgadora.

Pues bien, trazada la línea divisoria que separa al daño moral y al daño psicológico, es necesario plantear otra separación más, la cual nace del correcto entendimiento de lo que supone proyectar al ser humano como una verdadera unidad psicosomática y, por lo tanto, más allá de la noción amplia de la psiquis (daño moral y psicológico), estará el soma (cuerpo), donde podríamos encontrar daños a la salud, estéticos y biológicos, los cuales consecuentemente también deben ser objeto de una indemnización autónoma.

En tal sentido, el profesor José Rodolfo León Díaz (2019) recuerda que la delimitación del contenido del derecho a la salud es un tema ampliamente debatido que va desde el derecho a la autodeterminación sexual, la posibilidad de acceder a sistemas de reproducción asistida, el aborto terapéutico, así como los actos de disposición del cuerpo encaminados en obtener una mejora estética que le permita a la persona un mejor desarrollo personal y social.

Por tanto -y en tesis de principio- todo daño generado con ocasión de una cirugía plástica no necesariamente supone un daño moral, pues opera dentro del ámbito propio del derecho a la salud, con las características independientes y

emancipadas que tal derecho ostenta, según se ha justificado en las presentes líneas investigativas.

Por último, el daño biológico se presenta como el daño asociado a la lesión como tal, v. gr., la pérdida de un ojo, la amputación de una extremidad, la extirpación de un órgano etc., esto es: “el daño biológico, en cuanto lesión en sí misma, acarrea una serie de consecuencias que afectan la vida misma de la persona, que modifican sus hábitos, que le impiden dedicarse a ciertas actividades de su vida ordinaria”. (Fernández, 1998, p.182).

De esta manera, la noción clara de un daño biológico entendido prácticamente como daño corporal nos permite trazar una diferencia más con el daño moral, pues terminan lógicamente operando con ocasión de predomios distintos del ser humano. Finalmente, en nuestra línea doctrinal, entendemos que todo daño biológico es al fin de cuentas un daño a la salud, pero no todo daño a la salud es *per se* un daño biológico, pues esta opera en un ámbito de bienestar más elevado que naturalmente no se limita *per se*, únicamente a las afectaciones corporales como tales, sino que contempla aspectos propios del tiempo libre, vida sexual y de relajamiento, por ejemplo, el denominado daño a la vida en relación.

## II.J. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la respuesta indemnizatoria en el daño moral?

De exposición plenamente sintética, es claro que la indemnización por daño moral o, en general, las afectaciones extrapatrimoniales no pueden cumplir una función estrictamente resarcitoria ni de equivalentes, sino de *compensación* y de *satisfacción*, y quizá a lo mucho de *prevención*<sup>2</sup>. *No obstante, lo que sí se quiere llamar la atención es que, en este ámbito, la reparación*

2 Por ejemplo, esta noción de funciones es presentada en el medio nacional por López (2015, p. 83) al exponer los aportes de la doctrina alemana.

*integral del daño causado debe potencializar su rango de principio constitucional, pues ante la imposibilidad de certezas francas e inmutables que surge a nivel de cuantificaciones, debe dar cuenta de su matiz citado para operar, prudente y proporcionalmente a nivel pragmático como un claro “mandato de optimización”, según la imperecedera advertencia que, en este particular, brinda el profesor alemán Robert Alexy (1993).*

## II.K. ¿El daño moral es transmisible?

De las incógnitas que mayores disputas genera a nivel doctrinario, es la concerniente con ocasión de la transmisibilidad o no que pueden generarse *inter vivos* o *mortis causa* debido al acaecimiento de un daño moral. Para tales efectos, lo primero que debe clarificarse es que, aun cuando se comprenda por daño moral aquella afectación extrapatrimonial que impacta al ser humano en sus derechos o bienes de la personalidad y que, bajo una proyección temporal, se traduce en sufrimientos emocionales (estrés, angustia, desesperación, abatimiento, desolación, etc.), lo cierto es que el derecho resarcitorio de carácter compensatorio y en su caso satisfactorio que nace es de envoltura meramente patrimonial. Dicho en términos más didácticos, no se puede equiparar, asociar ni confundir gratuitamente la naturaleza jurídica del *bien jurídico* afectado (v. gr. dignidad humana) con el *derecho* resarcitorio patrimonial (v.gr. indemnización por diez mil dólares) que nace producto de aquel *hecho* dañoso (v. gr. severa denigración en una relación afectiva de pareja) y que derivó causalmente en un determinado *daño* moral (v. gr. emociones de zozobra).

Pues bien, sentado algún basamento de arranque, nuestro enfoque teórico requiere un complemento adicional: ¿determinar cuál es la finalidad que está llamado a cumplir el daño moral de cara lógicamente a vislumbrar posibles hipótesis que den cabida o no, para su trasmisibilidad?

En tal orientación, se concuerda con el profesor Rodríguez Corría (2005), cuando en un magistral ensayo, menciona que la reparación por esta categoría indemnizatoria al final del día lo que busca es que el dinero venga a compensar el daño sufrido con otros bienes morales, lo cual naturalmente solamente podría realizarse por la víctima de forma personal, pues solamente quien sufre primero y disfruta después puede sentir el daño y la satisfacción.

Sea como sea, el justificante teleológico de que el daño moral persiga la satisfacción personal y subjetivante de la víctima no significa *per se* que el derecho resarcitorio como tal sea personalísimo y, por ende, imprescindiblemente intransferible, por la sencilla razón, de que el dinero -o bien otro género compensatorio o satisfactorio- que contiene la respuesta indemnizatoria es el instrumento para arribar a esta. De esta forma, es perfectamente posible que, una vez instaurada una demanda ante los tribunales de justicia, la víctima ceda sus derechos litigiosos por daño moral a un tercero, pues en el aquel momento, estará obteniendo y/o logrando reparar su dolor con patrocinio de su autonomía de voluntad, quedando pues asumida la aleatoriedad del derecho por el adquirente, quien, para todos sus efectos, asumirá las consecuencias que aquel negocio jurídico le puede aparejar, lo anterior, sin esquivar que aun admitida aquella cesión del derecho, el juicio al fin de cuentas siempre seguirá gravitando en buena medida, respecto de los alcances del daño sufrido a la víctima como tal.

Al respecto se ha indicado que: “en la decisión de transmitir el derecho puede estar en ocasiones la satisfacción de la víctima” (Minozzi, citado por Rodríguez, 2005, p. 249). En complemento, razones de necesidad, oportunidad o conveniencia pueden llevar desde el ángulo visual de la víctima a darse por satisfecha si transfiere su derecho resarcitorio por daño moral en aquel momento y por cierto determinado monto dinerario, aun

cuando sus expectativas indemnizatorias eran y debían ser incluso mayores a las convenidas, sin que ello implique -con las matizaciones concernientes- una limitación al derecho litigioso que, como tal, mantiene el adquirente frente al presunto responsable.

Por otro lado, respecto de la transmisibilidad *mortis causa*, es consecuente que atendiendo a la finalidad buscada con esta categoría indemnizatoria, el derecho resarcitorio por daño moral sea transmisible siempre que, al fallecer la víctima, previamente haya instaurado la correspondiente acción judicial para su reclamo. Con otras palabras, el daño moral se transmite con la muerte de la citada víctima, solamente si en la fecha de su deceso precisamente estuviera pendiente en los tribunales de justicia una demanda asociada con el hecho dañoso que justifica el daño moral, ante lo cual surgiría el fenómeno de la sucesión procesal y, por tanto, la acción podría ser mantenida por la sucesión de la persona causante, siendo factible plantear una especie de ficción (hasta cierto punto idealizante) de que la satisfacción del daño sufrido podría acontecer con la indemnización de sus herederos.

Asimismo, otra forma razonable para transmitir el daño moral sería vía testamentaria, siendo perfectamente posible que la persona que haya sufrido una afectación moral disponga su transmisión de esta manera, pues, en este otro contexto, estaría presente aquella manifestación de voluntad requerida para dar soporte al deseo de reclamar las afectaciones experimentadas.

Finalmente, y para culminar este bosquejo de modestas meditaciones, es preciso zanjar si la muerte como tal de una persona puede suponer el hecho generador idóneo para el surgimiento del daño moral. En este aspecto, cabría indagar si la sucesión estaría legitimada para reclamar por el dolor -aunque sea mínimo o instantáneo- que sufrió una víctima entre el hecho generador

y su muerte, aún más, habría que dilucidar si aquel derecho resarcitorio derivado del tal evento nacería o se transmitiría en cabeza de sus parientes o personas afectivas en su carácter de *iure proprio* o bien *iure hereditatis*.

Respecto de este aspecto y sin obviar la propia falsabilidad que puede emerger de la proyección de ciertas especies hipotéticas, nos inclinamos teóricamente por admitir que la muerte como tal de una persona no transmite hereditariamente derechos indemnizatorios que ingresen al causal hereditario a favor de la sucesión. En realidad, faltaría una voluntad externativa de corte satisfactorio o compensatorio de la víctima que así lo justificara.

No obstante, lo que sí aceptamos desde nuestra convicción jurídica es que la muerte por familiares o personas cercanas sí produce daños morales en carácter de *iure proprio*, lo cual supone: la total legitimación de los afectados para reclamar en forma directa y personal por los menoscabos afectivos y emocionales que aquella muerte produce.

Entre otros antecedentes, es conveniente remitirse en esta materia al interesante análisis que, sobre este aspecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia brindó en el voto n.º 001035-F-S1-18 del 28 de noviembre de 2018, donde reconoció daño moral a un grupo de hermanos (ahora huérfanos) en razón de la muerte de su señora madre. El criterio de otorgar sumas indemnizatorias diversas reviste particular interés, según los accionantes hubieran presenciado o no en forma directa el siniestro, pues lamentablemente la causa de la muerte de la señora se debió al desplome del ascensor en el cual se encontraba. En consecuencia, en aquel voto, se reconoció directamente en algunos de los hijos el: “impacto emocional de vivir en carne propia la caída del ascensor, la impresión de dicho desplome, la angustia de ver a la madre lesionada

después de ocurrido el accidente y, la conmoción de tener que prestarle los primeros auxilios”. Esto a todas luces permitió derivar en un daño moral de mayor intensidad al padecido por los restantes hermanos.

### III. A modo de conclusión

Se considera que esta investigación ha cumplido su prudente cometido, pues, a lo largo de estas páginas, se ha logrado reflexionar sobre interesantes tópicos que cimientan y bordean la disciplina del daño moral. La amable persona lectora entenderá que quizá cada una de las variantes expuestas podría dar pie a investigaciones muchísimo más extensas y, por supuesto, fecundas.

El derecho de daños es una fuente de conocimiento inagotable donde la mayor satisfacción que quizá pueda encontrar el o la jurista es poder encontrar nuevos sitios para comprender y contemplar mejor a la montaña, aunque nunca se pueda siquiera intentar alcanzar su cima.

### IV. Fuentes consultadas

#### IV.A. Doctrina

- Alexy, R & Pulido C. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Argüello, L. (2020). *La audiencia preliminar dentro del proceso civil costarricense: reflexiones desde el neoconstitucionalismo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 9342*. San José, Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia.
- Alferillo, P. (2017). *Daño moral en la legislación argentina y costarricense*. San José. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.
- Barrientos, M. (2008). Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*. *Revista Chilena de Derecho*. (35), 85-106.
- Bullard, A. (2005). Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil. *Themis-Revista de Derecho*. (50), 217-236.
- Bustamante, J. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Campos, F. (2014). *Axiología jurídica y derecho civil*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Castresana, A. (2015). *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo*. Madrid, España: Civitas.
- Díez-Picazo, L. (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*. Madrid, España: Civitas.
- Domínguez, C. (1998). Indemnización por daño moral-modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado. *La Revista Chilena de Derecho*. 25, 27.
- Domínguez, E. (2003). El daño moral: intento de concretización de un concepto. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*. (7), 263-270.
- Femenías, J. (2011). Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil. *Revista Derecho y Humanidades de la Universidad de Chile*, (17).
- Fernández, C. (1998). Daño a la persona y daño moral en la doctrina y jurisprudencia latinoamericana actual. *Revista Themis*. (38), 178-209.
- Fernández, C. (2001). ¿Qué es ser «persona» para el derecho? *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. (54), 289-333.
- Fernández, C. (2003). El daño al «proyecto de vida» en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho.* (56), 659-700.
- Fernández, C. (2003). *Deslinde conceptual entre “daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral*. Portal Diké de la Universidad Pontificia Católica del Perú.
  - Iglesias, J. (2010). *Derecho romano*. Barcelona, España: Sello Editorial.
  - Jinesta, E. (2005). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II. Responsabilidad administrativa. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
  - León, J. (2019). *Aspectos prácticos para la tutela de los pacientes en casos de responsabilidad por cirugías estéticas: aportes del nuevo Código Procesal Civil para la protección de sus derechos. Constitución y Derechos Humanos en tiempos de Crisis*. San José, Costa Rica: Instituto Costarricense para la Promoción del Derecho Procesal, Edinexo.
  - López, Y. (2014). *La responsabilidad civil*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.
  - Peyrano, J. (2018). *Fuentes, medios y valoración de prueba*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
  - Rivero Sánchez, J. M. (2001). *Responsabilidad civil*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
  - Rodríguez, R. (2005). *La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral*. Vniversitas. 54 (109), 239-259.
  - Sartre, J. P., & Valmar, J. (1993). *El ser y la nada*. Barcelona: Altaya.
  - Schulz, F. (1960). *Derecho romano clásico*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
  - Tamayo, J. (2015). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
  - Torrealba Navas, F. (2011). *Responsabilidad civil*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
  - Torrealba Navas, F. (2019). *Principios del derecho privado*. Tomo I. (Parte general, persona física). San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
  - Von Savigny, F. K. (2005). *Sistema del derecho romano actual*. Granada, España: Editorial Comares, S. L.
- #### IV.B. Sentencias
- Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. (6 de diciembre de 2017). Sentencia n.º 1569-F-S1-2017. [MP José Rodolfo León Díaz].
  - Corte Suprema de Justicia, Sala Primera. (30 de mayo de 2019). Sentencia n.º 481-F-S1-2019. [MP Jazmín Aragón Cambroner].
  - Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. (4 de julio de 2019). Sentencia n.º 1131-F-S1-2019. [MP Jazmín Aragón Cambroner].
  - Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. Sentencia n.º 000820-F-S1-2012. [MP Luis Guillermo Rivas Loáiciga].
  - Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. (6 de noviembre de 2017). Sentencia n.º 1366-F-S1-2017. [MP. William Molinari Vílchez].
  - Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. (28 de noviembre de 2018). Sentencia n.º 001035-F-S1-18 [MP. Roció Rojas Morales].
  - Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Cartago. (8 de octubre de 2019). Voto n.º 2019-000202. [JP No indica redactor].
  - Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Voto n.º 2019-000080. [JP José Roberto Garita Navarro].
  - Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, Sección Segunda. (31 de octubre de 2019). Voto n.º 716-2019. [JP Jéssica Alejandra Jiménez Ramírez].

- Tribunal Colegiado Civil de San Ramón. (3 de febrero de 2020). Voto n.º 000050-2020. [JP Elio Campos López].
- Tribunal Colegiado Civil de San José, Sección Extraordinaria. (22 de marzo de 2019). [JP. Blanca Ramírez González].

#### IV.C. Video

- Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. (18 de marzo de 2020). *El daño resarcible en el Código Civil y Comercial de la Argentina*. Dr. Ramón Daniel Pizarro. [Archivo de video]. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=P-DaW1uW6PwU&list=PLAC4pZ\\_OCF-qen7cPhUMcJ9UQN3wsKNekd](https://www.youtube.com/watch?v=P-DaW1uW6PwU&list=PLAC4pZ_OCF-qen7cPhUMcJ9UQN3wsKNekd)

# EL MEDIO DE PRUEBA “LA DECLARACIÓN DE PARTE”

MSc. María Angélica Fallas Carvajal\*

## RESUMEN

El medio probatorio, “declaración de parte”, contempla consecuencias y efectos al momento de su práctica, en una audiencia de materia civil, laboral u otras, regulada en el actual Código Procesal Civil, dejando la terminología tradicional de prueba “confesional” del derogado código. El presente artículo analizará su antecedente, su definición, la práctica en las etapas de proposición, admisión, práctica oral y la apreciación en sentencia, así como un análisis comparativo con otras legislaciones y su aplicación.

**Palabras clave:** confesión, declaración de parte, hechos propios, hechos ajenos, Código Procesal Civil (CPC), proposición, admisión, práctica oral, apreciación en sentencia.

## ABSTRACT

The probative means “declaration of party”, contemplates consequences and effects at the time of its practice, in a hearing in civil, labor or other matters, regulated in the current Civil Procedure Code, leaving the traditional terminology of “Confessional” evidence of the repealed Code . This article will analyze its antecedent, its definition, the practice in the stages of proposal, admission, oral practice, and the assessment in Judgment, as well as a comparative analysis with other laws and their application.

**Keywords:** confession, declaration of part, own facts, foreign facts, Civil Procedure Code (CPC), proposition, admission, oral practice, appreciation in judgment.

Recibido 27 de febrero 2021.

Aprobado 4 de marzo de 2021.

---

\* Licenciada en Derecho y notaria pública, Universidad Escuela Libre de Derecho. Además tiene especialización, curso de Formación Judicial “Jurisdicción Social y el Nuevo Derecho del Trabajo, Aula Iberoamericana del Consejo General del Poder Judicial de España. Especialización en materia laboral, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Máster en Administración de Justicia, Enfoque Socio-Jurídico, con énfasis en Materia Civil, Universidad Nacional de Costa Rica. Actualmente es jueza de trabajo, Juzgado de Trabajo de Heredia. [angefallas@hotmail.com](mailto:angefallas@hotmail.com)

## I. ANTECEDENTE

A efecto de iniciar con la construcción de esta investigación, es necesario señalar que, en el derogado Código Procesal Civil en el libro número dos, del Proceso de Conocimiento, en su capítulo dos de Fase demostrativa, en la Declaración de partes, se distingue entre “interrogatorio de las partes” visible en el artículo 333 y la “confesión” en el artículo 338 del mismo cuerpo de ley.

Así tenemos que el artículo 333 de dicho cuerpo de ley regulaba que:

*[...] Cuando el juez no lo ordene de oficio, cada parte podrá solicitar la declaración de la parte contraria, bajo juramento, en cualquier estado del proceso, hasta antes de la sentencia de primer instancia. A la misma parte no podrá pedírsele más de una vez declaración sobre los mismos hechos. (La negrita y el subrayado no es del original).*

Y en el artículo 338, respecto a la confesión, se establecía que:

*La confesión judicial prueba plenamente contra quien la hace. Para que haya confesión es necesario que la declaración verse sobre hechos personales contrarios a los intereses del confesante y favorables al adversario. No vale como confesión la admisión de hechos relativos a derechos indisponibles.” (la negrita y el subrayado no es del original).*

En ese sentido, mediante el voto número 122-1998, la Sala Primera dispuso:

*El Código Procesal Civil incorpora, como medio probatorio, la declaración de partes. Esta, a su vez se subdivide en el interrogatorio de partes y en la confesión. La última, como elemento de convicción,*

*estaba regulada en el anterior Código de Procedimientos Civiles. En ella, la parte declara sobre hechos personales, y es juramentada bajo las penas de perjurio. Dentro de los nuevos medios de prueba, el Código de rito actual incorpora el interrogatorio de partes. Este se caracteriza por no tener las formalidades de la confesión. A través de él, el Juez puede obtener información sobre hechos en relación con los cuales la parte podría negarse a responder, si se tratara de una confesión, pues en ésta debe hacerlo estrictamente sobre hechos personales. Al respecto, es juramentada bajo apercibimiento de falso testimonio.*

***Corolario de lo anterior, la confesión y el interrogatorio de partes constituyen medios probatorios distintos, pertenecientes a un mismo género: la declaración de partes. (La negrita no es del original).***

Sin embargo, pese a esta regulación y criterio emitido por la Sala Primera, al momento de practicar ambas pruebas en una audiencia, siempre conllevaba a confusión tanto a las partes como hasta los mismos litigantes, por cuanto vemos que con la confesión solamente se admite interrogatorio sobre hechos personales, el cual debía ser presentado por escrito, en un sobre cerrado que tenía la apertura al momento de la audiencia, las preguntas redactadas con una formalidad asertiva, para que el o la confesante se limite al inicio de su respuesta a señalar: “Sí, es cierto o No, no es cierto”, y, posteriormente, la amplía con las explicaciones que estime pertinentes.

En el interrogatorio de parte (declaración de parte), se admite sobre hechos no personales, conllevando a la realidad en que se admitía primero la confesional y luego la declaración de parte, no permitiéndose una mezcla de preguntas en el interrogatorio.

En ese sentido, López (2017) señala que hay un incorrecto entendimiento de ese medio de prueba y falta precisión científica y conceptual. Por ende, tiene la consecuencia además de la falta de comprensión que redundará en su práctica y apreciación.

En el libro primero de normas aplicables a todos los procesos, título dos de actividad procesal, en la Sección VIII de prueba, el actual Código Procesal Civil regula como figura que se constituye en innovadora, en su artículo 42 la “declaración de parte”, ya que se observa que, en el artículo que lo antecede, establece normas respecto a la proposición, admisión, práctica y apreciación de esta, tal y como se desarrollará en líneas posteriores.

Por ende, deja de lado la denominación de “confesión” que incluso también ha sido un hecho cambiante en diferentes legislaciones contemporáneas. Precisa López (2017) que inclusive la confesional es una fuente de prueba eventual que bien puede surgir de la propia declaración de parte, lo cual va a generar una mayor uniformidad y armonía en esta al momento de la práctica de la prueba.

## II. CONCEPTO

La figura probatoria, “declaración de parte”, es la manifestación o declaración que procede a rendir una de las partes en el proceso ante la persona juzgadora, la cual comprende hechos personales o hechos ajenos, y que tiene como consecuencia efectos jurídicos.

En este sentido, López (2017) refiere que la declaración de parte es un medio de prueba que no exige que esté supeditado a regulaciones diferentes, cuando lo que declara la parte es sobre hechos personales o no, pero que sí le consten, por ello se clasifica en dos:

a. Declaración de parte sobre hechos personales, la cual versa sobre hechos que son contrarios a los intereses del declarante, pero favorables al adversario.

b. Declaración de parte sobre hechos no personales, se trata de hechos que tuvo conocimiento el declarante.

Al tratar de darse una definición en diversos diccionarios, sobre la palabra “hecho”, tenemos que se relaciona con sucesos provocados por naturaleza o la misma acción del mismo ser humano que evoca recuerdos, percepción subjetiva.

Ahora bien, al respecto Tarrufo (2011) señala que la prueba sirve para establecer la verdad sobre uno o más hechos que son relevantes para la decisión, ya que, en las diversas culturas jurídicas, el hecho es el objeto de la prueba o su finalidad fundamental que corresponde a lo que es probado en el proceso.

Por ello, la confesión que hemos tenido en forma tradicional en el derogado cuerpo normativo procesal civil constituye realmente un efecto de la declaración de parte, cuando hace referencia a hechos personales y que penden de las respuestas que el declarante realice conforme al interrogatorio.

No obstante, García (2012) señala que esta prueba es de vital importancia, por cuanto la declaración que realiza el declarante es sobre hechos propios, es espontánea, no ha sido manipulada por el interrogatorio que le realizan en ese momento y que previamente le era desconocido.

El artículo 42.1. del actual Código Procesal Civil indica que la declaración de parte es:

*Las partes tienen el deber de declarar sobre hechos propios o ajenos y podrán formularse preguntas recíprocamente. [...].*

Al respecto, es importante precisar que la facultad que da la norma respecto a formularse preguntas recíprocamente consiste en que, una vez interrogada una parte, la otra interesada tiene la posibilidad de poder interrogar, siempre y cuando haya solicitado previamente esta prueba, en el momento procesal oportuno.

Por lo anterior, es necesario señalar que no debe confundirse con el medio de prueba “careos” regulado en el artículo 43.5 del nuevo Código Procesal Civil, el cual procede cuando se constituye la base fundamental que es la existencia de contradicciones en las declaraciones, en la que el tribunal de oficio o a solicitud de parte, acuerdan que se sometan a un careo, práctica que se realizará al finalizar el interrogatorio.

Este medio de prueba bajo el cimiento conformado por los principios de inmediación, concentración e, incluso, hasta preclusión, contemplados en el artículo 2 del actual Código Procesal Civil, se realiza solo una vez. La parte declarante no está obligada a rendir declaración más de una vez, de forma que es responsabilidad de la parte que interroga hacer en ese momento una buena labor que comprenda los alcances de sus intereses. La única excepción para solicitar nuevamente la “declaración de parte” es cuando se introduzcan hechos nuevos, donde el interrogatorio versará solamente sobre ellos.

### III. LAS ETAPAS DE LA “DECLARACIÓN DE PARTE”

Este medio de prueba de la “declaración de parte” tiene un desarrollo que podríamos denominar en cuatro etapas, correspondientes al momento de la proposición, la admisión, la práctica del medio probatorio y, por último, la apreciación de la prueba por parte de la persona juzgadora o tribunal, tal y como se desarrollará en las siguientes líneas.

#### 1. PROPOSICIÓN

La carga de la prueba tal y como lo señala el artículo 41.1. del actual Código Procesal Civil corresponde, en primer lugar, a quien formule una pretensión sobre hechos constitutivos de su derecho; en segundo lugar, a quien se oponga a una pretensión sobre hechos modificativos, impeditivos o extintivos del derecho, para lo cual, las partes dentro del proceso tendrán la facultad de la proposición del medio probatorio la “declaración de parte”, cuando lo consideren así oportuno y lo podrán realizar en los siguientes momentos;

- a. **Presentación de la demanda.** El actual Código Procesal Civil señala la forma y contenido de esta, ya que el artículo 35.1.6 comprende que debe indicar en forma detallada y ordenada los medios de prueba.
- b. **Contestación de la demanda.** Una vez que esta haya sido admisible, el tribunal emplazará la parte demandada para que presente su contestación, y en la resolución deberá indicar el plazo y la forma de cómo hacerlo, artículo 36.1. del mismo cuerpo de ley.
- c. **Reconvención.** La parte demandada tiene la facultad de reconvenir al accionante por hechos conexos o relacionados con la demanda inicial; es decir, cuando dos elementos son idénticos o uno solo, si es la causa, ya que la reconvención, al tener los mismos requisitos de la demanda, tiene la oportunidad de presentar medios probatorios, artículo 38.1. del nuevo Código Procesal Civil.
- d. **Réplica.** Conforme al artículo 38.2, del citado código, si la reconvención fue admisible, se concede a la parte reconvenida un plazo de emplazamiento

de la demanda que debe tener los requisitos de la demanda.

## 2. ADMISIÓN

En esta etapa, es fundamental que la persona juzgadora analice y valore si admite el medio de prueba, si este resulta admisible desde dos ópticas, la primera procesal desde su legitimación hasta el análisis del momento en que se propone; en segundo lugar, desde el fondo en el sentido de la pertinencia, utilidad y necesidad para la producción de ese medio de prueba, conforme a los hechos planteados y controvertidos.

Los medios de prueba admisibles son los regulados en el artículo 41.2 del actual Código Procesal Civil, para efectos de nuestro interés la “declaración de parte”. Ahora bien, conforme al artículo 41.3 del mismo cuerpo de ley, podemos determinar tres reglas de admisión probatoria que se desprenden de la citada norma, puesto que las dos primeras son aplicadas en la audiencia preliminar, y la última en la audiencia complementaria, tal y como se observa en las siguientes líneas.

- a. **Regla de admisión de prueba.** Está referida a la prueba propuesta por las partes dentro del proceso, en la cual la persona juzgadora en la audiencia preliminar admitirá si “la declaración de parte” tiene relación directa con los hechos y la pretensión en cuanto a los hechos controvertidos. Sin embargo, no es necesario probar cuando se trate de hechos admitidos expresamente, presuntos, evidentes, notorios, impertinentes o excesivos.
- b. **Regla iniciativa probatoria.** Está referida a la iniciativa de la persona juzgadora por insuficiencia. Esta situación se produce una vez que se admitan las pruebas en

la audiencia preliminar, y se considera, en ese momento, que las partes pueden incorporar la “declaración de parte” que no fue ofrecida o, incluso, la ordenan de oficio.

- c. **Regla prueba complementaria.** Es la solicitada por la persona juzgadora en la audiencia complementaria, cuando una vez finalizada la práctica probatoria ofrecida por las partes, considera que es indispensable, fundamentando sus razones, ordena, como prueba, la “declaración de parte” para comprobar o aclarar hechos relevantes.

Por último, es necesario señalar que las resoluciones del órgano judicial, referentes a la admisión, producción, rechazo y denegatoria de la prueba ofrecida por las partes, porque se considera necesaria o bien por abundancia de esta, por resultar improcedente, por no tener relación con los hechos controvertidos o cualquier otro motivo, solo tendrá recurso de revocatoria. Conforme al artículo 66.1. del código de rito, se interpone dentro del tercer día contra el órgano judicial que lo dictó, si la resolución es escrita. Pero en caso de que se dicte en la audiencia, se pondrá en ese mismo acto, inmediatamente, en forma oral. Por ende, no procede el recurso de apelación, para lo cual el artículo 67.3 de la misma normativa contempla las únicas resoluciones que son apelables.

## 3. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Tenemos que esta regla de la práctica de la prueba descansa en el artículo 41.4. del actual Código Procesal Civil, el cual, a través de diez incisos en esa norma, establece las disposiciones que se deben aplicar, por lo que lo enfocamos en el medio probatorio de “declaración de parte”, cuando nos encontremos en el desarrollo de la audiencia complementaria. El orden en la práctica de los

elementos probatorios ostenta el segundo lugar, seguido del reconocimiento judicial, y el orden no podrá ser alterado, a menos de que exista una causa justificada que sea a solicitud de las partes o, inclusive, de oficio.

### 3.1. Deber de cooperación

A todas luces, tratándose de un proceso civil, por aplicación del principio dispositivo, mediante el cual las partes interesadas no solamente inician el proceso, sino también le dan término, es responsabilidad de la parte proponente citar y presentar a la audiencia las fuentes probatorias que ya le fueron admitidas. En la prueba “declaración de parte”, la parte tiene el deber legal de declarar, precisa Artavia (2016), que se extiende también esta obligación a las personas funcionarias públicas, en relación con sus informes y certificaciones. Se observa que el artículo 42.1. del actual Código Procesal hace hincapié a que la parte tiene el deber de declarar, y que puede ser por hechos propios o hechos ajenos.

No solamente constituye un deber de cooperar, sino también un deber de que la declaración esté impregnada de libertad y espontaneidad, y que no exista ningún tipo de presión o amenaza física o psicológica. En caso contrario, se darían vicios del consentimiento, los cuales no tendrían validez y, a futuro, podría resolverse una nulidad del medio probatorio.

#### 3.1.1. Declarante persona física

El declarante de persona física deber ser en forma personal, por cuanto proviene de la persona afectada con el proceso que se lleva a cabo.

Sin embargo, ante la circunstancia de que la parte delegue mandato para su representación en la audiencia, tenemos que el artículo 1256

del Código Civil regula el poder especial y dicha norma dispone:

*El poder especial para determinado acto jurídico judicial y extrajudicial, solo facultará al mandatario para los actos especificados en el mandato, sin poder extenderse ni siquiera a los que se consideren consecuencia natural de los que el apoderado esté encargado de ejecutar.*

Asimismo, el artículo 1289 de dicho cuerpo normativo comprende el Poder Especial Judicial que establece:

*En virtud del poder judicial para todos los negocios el mandatario puede apersonarse como actor o como reo a nombre de su poderdante, en cualquier negocio que interese a éste, seguir el juicio o juicios en sus diversas instancias, usar de todos los recursos ordinarios y extraordinarios, transigir, comprometer en árbitros o arbitradores, pedir y absolver posiciones, reconocer documentos, recibir dinero y dar el correspondiente recibo, [...], y hacer todo lo que el dueño haría si él mismo estuviese, para llevar a término los negocios.- (la negrita y subrayado no es del original).*

Al respecto, nace la interrogante, ¿si es posible que un mandato de poder especial simple o poder especial judicial pueda sustituir el conocimiento de la persona declarante sobre los hechos que se le interrogan? A criterio de la suscrita, definitivamente no es posible. El interrogatorio corresponde para el declarante persona física y versa sobre hechos personales y hechos ajenos que le atañen únicamente a este, no a un sustituto. Dicho cuestionamiento también ha sido resuelto por la misma jurisprudencia. Siendo así, mediante la sentencia n.º 236-1998, el Tribunal Segundo Civil de San José señaló que:

*La prueba confesional es una declaración de parte. Es evidente entonces que únicamente las partes pueden ser llamadas a confesar, o bien sus representantes siempre que tengan facultades legales para ello. El apoderado especial judicial de una parte no tiene facultades legales para confesar, lo cual se deduce de lo establecido por el precepto 1256 del Código Civil y si de lo que se trata es de que declare sobre hechos que le consten personalmente, lo que cabría es llamarlo como testigo y no como confesante. (la negrita y el subrayado no es del original).*

### 3.1.2. Declarante persona jurídica

Tratándose de personas jurídicas, quien está llamado a declarar es su representante legal. Sin embargo, el artículo 42.1 del nuevo Código Procesal Civil hace referencia a las siguientes situaciones:

- a. Declara el representante legal o el mandatario sobre los hechos acaecidos durante el ejercicio de su función.
- b. En caso de que no haya intervenido en los hechos que son debatidos, está obligado a responder del conocimiento que tenga de ellos.
- c. Y por último, en la situación de que no participó en los hechos controvertidos, está obligado a alegar esa circunstancia dentro del plazo de cinco días, a partir del momento de la notificación del señalamiento emitido por la autoridad judicial, debiendo facilitar la identidad de la persona que intervino para ser citada como testigo.

El efecto de que el o la representante no cumpla con lo anterior, se tendrá su respuesta en forma evasiva.

Es menester traer a colación el supuesto de que existan dos o más representantes de la persona jurídica con poderes suficientes para actuar. Al respecto, podremos valorar que:

- a- Si los representantes o mandatarios actúan en forma independiente, basta con la sola participación de uno de ellos para tener por representada a la persona jurídica.
- b- Si los representantes o mandatarios actúan en forma conjunta, al momento de ejercer la declaración, pueden darse diferentes opciones; la primera, los dos deben estar presentes en la declaración al mismo tiempo; la segunda, deben ingresar en forma independiente a la sala de la audiencia y declarar, o bien, la tercera opción que, con la declaración de solo uno, es suficiente.

Al respecto, bajo la luz de los principios que rigen este Código Procesal Civil, la suscrita considera que la opción de que la declaración de solo un o una representante es suficiente es la más apropiada. Debido a que, en la práctica, no siempre los dos representantes se encuentran en el país o tampoco participaron ni tuvieron conocimiento de los hechos controvertidos o, incluso, se puede dar hasta la contradicción entre los mismos representantes, la cual conllevaría a una mayor confusión para la valoración de la prueba, por lo que basta con la presentación de una sola persona representante para ejercer la prueba de declaración de parte. Sin embargo, considero que es necesario que la persona representante que va a declarar esté autorizada en forma verbal o por escrito por el otro representante, para evitar intereses contrapuestos.

### 3.2. Deber de veracidad y juramento

En el desarrollo de la práctica de la “declaración de parte”, la persona juzgadora debe advertir al declarante que debe expresar la verdad que tenga sobre los hechos que se discuten y que le sean interrogados, para lo cual previamente procederá a ser juramentada por Dios o por lo más sagrado de sus creencias, salvo que sea una persona menor de doce años.

Por ende, se le hará saber las consecuencias legales que evidentemente son de tipo penal, ya que para la declaración sobre hechos personales, propios, corresponde el delito de perjurio conforme al artículo 311 del Código de Penal. Y sobre los hechos que declare que no son personales, es el delito de falso testimonio, artículo 316 del mismo cuerpo de ley. Ambos delitos se constituyen en caso de que infrinjan ese deber de veracidad u omitan elementos que sean esenciales.

### 3.3. Concentración en la audiencia

Está referida a que la declaración de parte se realizará en una sola audiencia o al menos en un solo día, para lo cual la persona juzgadora procurará recibir la mayor cantidad de prueba posible, debiéndose respetar el orden conforme al artículo 41.4.4. del actual Código Procesal Civil, esto bajo la patente del principio de concentración que abandera por una actividad procesal desarrollada con la menor cantidad de actos y tiempo posible, de la mano con el principio de oralidad, por cuanto esta forma de expresión será un pilar fundamental de la comunicación.

Bajo este espectro, tómese en cuenta que no es posible suspender la audiencia, ni aunque esté ausente el abogado o la abogada de alguna de las partes, salvo que exista un caso fortuito o fuerza mayor comprobados, correspondiendo esa suspensión hasta por un plazo que no supere los cinco días, para no afectar el principio de

inmediación de la prueba, lo cual se encuentra regulado en el artículo 50.3. del código de rito.

### 3.4. Interrogatorio de la parte

La forma del interrogatorio al declarante será formulada en primer lugar por la parte y del cual el tribunal no tendrá intermediación, como suele ocurrir en la práctica actual que, en muchas ocasiones, la parte juzgadora asume el papel del litigante y, con el sobre de preguntas en su poder, procede con el interrogatorio, actividad que quedará en el antaño. Ahora en acatamiento de la disposición del artículo 41.4.5. del actual Código Procesal Civil, se tiene la excepción de autorizar la declaración de una persona menor de edad y, en caso de que se estime alguna afectación a esta, el tribunal realizará el interrogatorio.

Ahora bien, el interrogatorio debe comprender los siguientes presupuestos:

- Debe ser oral y en forma directa.
- Las preguntas deben ser claras y precisas.
- Las preguntas no se referirán a más de un hecho y no podrán ser sugestivas, insinadoras, ofensivas o capciosas.
- Las preguntas no podrán ser de valoraciones, calificaciones, opiniones ni criterios, ya que esto solo corresponde para una o un testigo, persona técnica o perita.

Si tenemos como regla que el interrogatorio es en forma oral, se da la obligación de que la parte que propuso la prueba, es decir, quien pregunta debe asistir a la audiencia. Por cuanto, se recuerda que la norma 342 del Código Procesal Civil derogado contemplaba la posibilidad de que si la parte proponente no puede concurrir a la diligencia, debe formularlo por escrito en pliego abierto o sobre cerrado y que lo conservaría la persona juzgadora, hasta el acto de esa audiencia de prueba, permitiendo con ello su participación. No obstante, en forma muy atinada, se desprende del

actual Código Procesal Civil la consecuencia de que si la parte proponente no asiste a la audiencia, se prescinde de ese medio probatorio, obsérvese que el artículo 50.2.3 señala que:

*Si a la audiencia de prueba no comparece una de las partes, se practicará la prueba de la que asista. **No se practicará la prueba ofrecida por la parte que no se presente, salvo que la parte contraria manifieste interés en ella o el tribunal la considere indispensable.** (La negrita no es del original).*

Con ello se ratifica que, efectivamente, las partes son las responsables del proceso, no solamente del ofrecimiento de medios de prueba que proponen, en defensa de sus intereses, sino que también en el deber de presentarse a la audiencia y procurar que se lleven a cabo, tal y como también lo indica el mismo artículo 41.4.5. del cuerpo legal citado, en cuanto a que la parte realizará el interrogatorio a la persona declarante sin intermediación del tribunal.

En caso de que la persona declarante no se presente, el o la proponente puede realizar el interrogatorio por escrito en ese acto, el cual se calificará y valorará previo al dictado de la sentencia.

En la audiencia de recepción de prueba, el órgano judicial debe calificar y admitir cada pregunta del interrogatorio, ya sea que la parte interesada lo realice en ese acto por escrito o en forma oral. No obstante, en caso de que no se cumpla con los presupuestos señalados, la persona juzgadora rechazará aquellas preguntas y declaraciones que no tengan una relación directa con los hechos ya determinados como controvertidos o el objeto de la pretensión e, igualmente, se rechazarán las preguntas que sean evidentes, notorias y hasta admitidas.

Bajo la hipótesis de una controversia por la forma y el contenido de algunas de las preguntas formuladas por la parte, en ese mismo acto, se discute el asunto, bajo la novedad de que no suspende el acto ni tampoco se hace retirar a la persona declarante de la sala de la audiencia.

En cuanto a la cantidad de preguntas que le puede plantear la persona proponente a la declarante, mediante jurisprudencia, en la sentencia n.º 1018-1997, la Sala Constitucional declaró inconstitucional el párrafo cuarto del artículo 342 del Código Procesal Civil actual que limitaba a veinte preguntas, al señalar que:

*Existe una extralimitación del legislador, que –rebasando los límites de sus atribuciones para la promulgación de las leyes- invade la esfera de actividad de la jurisdicción, restringiendo artificiosamente la independencia del juez en la conducción del proceso en general y de su etapa probatoria en particular. **En efecto, como tesis de principio, debe residir en la discrecionalidad exclusiva del juez, a la luz de las normas y principios enunciados arriba, dilucidar cuántas y cuáles preguntas conviene formular en el curso de la diligencia de recepción de la prueba confesional.** Sostener lo contrario implica someter su capacidad de dirección del acto a una barrera arbitraria (en cuanto no se percibe ni la necesidad de la limitante ni la razón de ser del número concreto –veinte-señalado al efecto), desproporcionada (ya que el **número de posiciones que convenga absolver en una diligencia concreta debe, sin duda, guardar correlación con las particulares características de cada litigio,** sin que se comprenda cómo podría una medida única garantizar las exigencias de la justicia cumplida para todos los procesos por igual) e irrazonable. En este tanto, considera la Sala que la acción es*

*estimatoria. (el subrayado y la negrita no es del original).*

Bajo la defensa del voto citado, sin que exista una medida única e ideal para el interrogatorio de la “declaración de parte”, motivado por la relación casuística, en el código derogado ni tampoco en la actual normativa procesal civil, no existe regulación al respecto. Por tanto, en atención a su potestad, queda velar definitivamente a la persona juzgadora en una forma muy atenta, por la calificación y admisión de preguntas del interrogatorio que guarden relación con los hechos controvertidos; en caso contrario, se deben rechazar por resultar improcedentes.

Por último, la persona declarante también tiene deberes al momento de contestar el interrogatorio. Artavia (2016) refiere que no podrá leer apuntes o notas, solamente bajo la excepción de una autorización tratándose de preguntas referidas a cifras o fechas de difícil precisión o que incluso se encuentre justificado.

### **3.4.1. Participación de personas intérpretes y traductoras**

En el interrogatorio, si la persona declarante posee una limitación física o idiomática, a solicitud de la parte interesada en el momento del ofrecimiento de la prueba, el tribunal nombrará a una persona intérprete o traductora, según corresponda, y se le aplicará el deber de veracidad y juramento, respecto a la traducción o interpretación que realice de la persona declarante.

### **3.5. Práctica de la prueba en lugares distintos**

Atendiendo al hecho de practicar la prueba bajo los principios de adquisición y disponibilidad de la prueba, se observan tres situaciones:

a **En el extranjero.** Tratándose de que para practicar la prueba, la persona declarante

se encuentra en otro país o lugar distante del órgano judicial, se podrá remitir de una forma muy excepcional en primer lugar a medios tecnológicos que garanticen la inmediación y, en segundo lugar, cuando no sea posible la primera, de carácter restrictivo se podrá remitir mediante exhortos para la práctica de la prueba en el extranjero. Para ambas opciones, se tendrá la declaración como recibida en el territorio nacional para todos los efectos.

b **En el lugar de los hechos.** Bajo la finalidad de respetar el principio de inmediación de la prueba, se podrá practicar la “declaración de parte” en el lugar de los hechos, si el órgano judicial lo estima conveniente conforme a la naturaleza de lo debatido.

No habrá sujeción a las limitaciones de competencia territorial, por cuanto conforme al artículo 9.2. del nuevo Código Procesal Civil, los tribunales no podrán delegar su competencia, por cuanto el criterio de competencia por territorio no es prorrogable en forma expresa, sino que la regla general es la improrrogabilidad.

c **En el domicilio de la persona declarante.** Esta regla hace referencia cuando nos encontramos en la circunstancia de que la persona que se le va a practicar la prueba de “declaración de parte” no pueda presentarse a la sede del tribunal, por motivos de enfermedad o circunstancias justificadas.

Por lo anterior, a solicitud de la parte interesada, gestionará ante el órgano judicial que se practique la prueba en forma domiciliaria o en el lugar donde se encuentre la persona declarante que, incluso, para esta se podrá realizar el sistema de videoconferencia. No obstante, cuando el tribunal estime prudentemente que las

partes y los abogados no deben concurrir a la declaración domiciliaria, pondrá posteriormente en conocimiento de las partes las respuestas obtenidas de la declaración.

### 3.6. Traslado e incorporación de pruebas

Bajo el espectro de los principios de economía procesal y el debido proceso, puede generarse la circunstancia especial de que la prueba “declaración de parte” sea trasladada de un expediente a otro, bajo los presupuestos de que resulta imposible repetirla o que incluso es innecesario volver a practicarla, siempre y cuando se garantice la participación de la partes.

Por lo anterior, se podrá tener como válida la prueba de “declaración de parte”, realizada en otro o en el mismo expediente o, incluso, en procedimientos administrativos, para lo cual se ejecutará constancia de la incorporación y es potestad del tribunal su lectura o reproducción.

### 3.7. Efectos de la declaración de parte

Sin dejar de lado que la persona juzgadora analiza el medio probatorio conforme a lo ya citado, lo cierto del caso es que también debe considerar los efectos de la “declaración de parte”, observados en el artículo 42.2. del nuevo Código Procesal Civil que hace referencia a que la admisión de **hechos propios** se da en una forma expresa o tácita y, por ende, se **presumen como ciertos**, constituyéndose en prueba contra la parte declarante.

Al respecto, es menester señalar que las presunciones comprenden el hecho de que la persona juzgadora pueda tomar una cierta conjetura a partir de algunas señales; en otras palabras, es cuando genera un razonamiento judicial a una determinada deducción a través de uno o más acontecimientos, respecto a los hechos que se están conociendo. En ese sentido, Taruffo

(2011) señala que las presunciones ofrecen una oportunidad para analizar algunas variantes de la prueba y agrega que:

*La Presunción resulta de una inferencia formulada por el juez, que llega a una conclusión sobre el hecho a probar (el “hecho ignorado”) partiendo de un hecho ya conocido o probado (el “hecho conocido”), que sirve de premisa para un razonamiento, a menudo basado en máximas de experiencia (p. 471).*

Ahora bien, la **admisión tácita del interrogatorio** y, por tanto, la presunción de certeza de los hechos surgen cuando se dan estas situaciones:

- a. La parte no se presenta a la audiencia, por lo que está ausente, la persona juzgadora lo hace así constar, y se consigna el interrogatorio.
- b. La parte llega en forma tardía a la audiencia iniciada.
- c. La parte que se presenta se rehúsa a contestar y declarar, para lo cual la persona juzgadora, igualmente que en el punto primero, lo hará así constar y consignará el interrogatorio.
- d. La parte responde en forma evasiva.

Sin embargo, no procede la admisión tácita o expresa, si ocurren estas tres excepciones:

- Cuando se trata de derechos indisponibles. Tratándose de prohibición legal o limitación (ejemplos: curador, tutor, albacea u otros).
- Cuando no existan facultades para declarar en representación o se contradiga con las demás pruebas.
- Cuando se trata de afirmaciones espontáneas realizadas en el proceso.

Bajo la hipótesis de que por la admisión tácita o expresa, se tiene por cierto el hecho, nace la

llamada “confesión”, precisamente como efecto del medio de prueba de la ahora denominada “declaración de la parte”, contemplada en la norma anteriormente citada.

Cuando la persona declarante presente en la audiencia ya convocada se refiera conforme al interrogatorio, a los **hechos no personales**, el efecto que acaece es que la valoración y la apreciación que se deben realizar previo al dictado de la sentencia son como un tipo de testimonio, permitiendo ser un medio de prueba con mayor extensión y de interés para las mismas partes.

En esta misma línea de pensamiento, nos podemos interrogar qué efectos pueden generarse si la persona declarante sobre hechos no personales incurre en estas hipotéticas situaciones: no se presenta a la audiencia sin tener causa de justificación válida, se presenta en forma tardía a la audiencia iniciada, se rehúsa o tiene un comportamiento en forma evasiva al momento de contestar y declarar.

***¿Se aplica la presunción de certeza y se constituye en prueba contra la persona declarante?***

Al considerar, en primer lugar, que estamos ante una declaración sobre hechos no personales que tiene el efecto de un testimonio; en segundo lugar, que en la práctica de la misma prueba, no hay seguridad de que la persona declarante conozca los hechos que se le interroguen. Por ende, se denota, a todas luces, que efectivamente no podrán generarse ninguna conjetura, ni deducciones por parte de la persona juzgadora para crear algún tipo de razonamiento judicial, ya que esta presunción no cabe aquí y, mucho menos, constituir prueba de algún tipo.

**3.7.1. Inevacuabilidad**

Ante la circunstancia que, por culpa acaecida a la parte proponente, no se practica la “declaración

de parte”, se tiene por inevacuable la prueba, sin necesidad de resolución expresa, conforme al artículo 41.4.10 del actual Código Procesal Civil.

**3.7.2. Irrevocabilidad**

Se hace referencia a que no se puede revocar o retractar en forma posterior una declaración de parte sobre hechos propios que tiene efecto de confesional, creando una inseguridad jurídica de la práctica de la prueba.

Si bien es cierto, el derogado Código Procesal Civil regulaba en el artículo 339 que la confesión judicial era irrevocable, salvo cuando se ha dado por error de hechos, lo cierto del caso es que el actual Código Procesal Civil no lo contempla de esa forma.

Aun así, la suscrita considera que, cuando nos encontramos ante vicios de voluntad, de consentimiento por error, violencia, (artículos 627, 835, 1008, 1018, 1019 del Código Civil), debidamente comprobados, se podrá gestionar la nulidad del medio probatorio ya practicado.

**4. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN SENTENCIA**

Si nos cuestionamos la forma o el procedimiento que la persona administradora de justicia debe aplicar para la labor esencial de valorar las pruebas que han sido ofrecidas por las partes y que se han practicado en las audiencias respectivas, se observa que la mayor parte de la doctrina hace referencia a dos sistemas de valoración de pruebas, la primera conocida como “prueba legal” llamada también tasada o tarifada, mediante la cual queda sometido el criterio sobre la cuestión de hecho, al señalado por la ley; la segunda denominada “sistema de libre valoración de la prueba” que, en principio, comprende el sometimiento a la reglas de la sana crítica racional, es decir, a la racionalidad, al entendimiento humano.

Por ende, el término de “apreciación de la prueba” consiste en que la persona administradora de justicia debe poner el acento de razonabilidad, al momento de realizar la valoración de los elementos probatorios.

Ahora bien, esta apreciación de la prueba recibida “declaración de parte” se ejerce en el momento previo en que la persona juzgadora dicta sentencia, y, si bien es cierto, este medio probatorio tiene efectos por sí solos, como los de presunción de veracidad que se esbozaron líneas atrás, lo cierto del caso es que también debe ser valorada en conjunto con el resto del elenco probatorio.

En ese sentido, el artículo 41.5. del nuevo Código Procesal Civil contempla la regla de la apreciación de la prueba, de la siguiente forma:

*Las pruebas se apreciarán en su totalidad, conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa.*

*La conducta de las partes durante el procedimiento podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas.*

Si estamos ante una regla de apreciación de la prueba que efectivamente le corresponde a la persona juzgadora, esta debe atender las siguientes labores fundamentales:

- a. **Interpretar.** Está referida a concluir lo que la prueba realmente enuncia o revela, de lo constatable. Por ende, a la persona administradora de justicia le corresponde hacer una simple lectura o escuchar la prueba de declaración de parte, recibida en forma expresa, y debe interpretar lo que la parte ha declarado.
- b. **Valoración.** Permite conceder al elemento probatorio, tratándose aquí de la

“declaración de parte” en forma expresa, tanto de hechos personales como de hechos ajenos, un determinado valor, sea parcial, total o, incluso, hasta vedarlo en caso de falsedad o contradicción. Es una prueba útil, ya que la valoración se hace conforme a la experiencia y el entendimiento humano.

La finalidad es primero proceder con la interpretación y, posteriormente, se valora cada prueba recibida conforme a los hechos controvertidos.

En ese sentido, es importante observar que Taruffo (2011), al hacer referencia a la libre valoración de la prueba, implica cambios radicales en el sistema de derecho común, como lo es el “sistema de prueba legal”, el cual consiste en una regulación jurídica de la eficacia de la prueba, esto debido a que la libre valoración se aleja de un marco de reglas jurídicas desde el momento en que es atribuida a la persona administradora de justicia, quien tiene la potestad para valorar, conforme a criterios racionales, en lugar de conservarla en manos del legislador.

Por tanto, Taruffo (2011) agrega que el principio de “valoración de la prueba” aplica principios comunes de racionalidad:

*Presupone la ausencia de aquellas reglas (las que predeterminan el valor de la prueba), e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón”. pág.387.(la negrita y subrayado no es del original).*

No obstante, para la suscrita, es fundamental expresar que, bajo ninguna circunstancia, no debe confundirse la libre valoración de la prueba con

una valoración arbitraria por parte de la persona juzgadora. Por cuanto, a todas luces se denota de la norma ya transcrita que esta implementa criterios delimitadores dentro de la actividad potestativa del juez y de la jueza, los cuales deben ser vigilantes en la correcta formación del razonamiento. Desde este pensamiento, la persona juzgadora no podrá proceder arbitrariamente, por cuanto actuaría en forma opuesta a los principios de la lógica, máximas de la experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano.

Al proceder a esta última etapa de valoración de prueba, previo al dictado de la sentencia, se trata de tener con la mayor exactitud posible la influencia que ejercen los diversos medios de prueba, para la decisión y resolución que la persona administradora de justicia va a expedir.

#### **IV. ANÁLISIS COMPARATIVO Y CRÍTICO EN SU APLICACIÓN**

##### **1. Normativa internacional**

Es necesario comparar nuestra nueva normativa procesal civil que regula el tema de la prueba “declaración de parte”, con la normativa internacional. Para efecto de hacer una revisión de lo planteado, se consideró a Uruguay porque posee el Código General del Proceso, el cual ha sido revisado en los últimos años. Asimismo, se analizó a España con la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual abarca diferentes ítems que han sido observados, en cuenta por nuestra legislación, y así conocer su ejercicio práctico.

##### **1.1. Legislación de Uruguay**

El denominado Código General del Proceso, cuerpo normativo de Uruguay, regula el proceso civil, contencioso y al cual incluso se le remite la norma del proceso laboral y comprende el medio probatorio “declaración de parte”. Este distingue

dentro de la misma normativa las posiciones de las partes que están referidas al careo, y la prueba confesional. Tenemos para efecto de nuestro interés, el artículo 148 que regula la admisibilidad en la declaración de parte, tal y como se observa:

##### **Artículo 148. – Admisibilidad**

*Las partes podrán recíprocamente pedirse posiciones o interrogarse en la audiencia de prueba, sin perjuicio de las facultades que asigna al tribunal el artículo 24, numeral 5. El interrogatorio también procederá respecto de cualquier litigante con interés distinto de aquel que lo solicita.*

##### **Artículo 149. - Interrogatorio**

**149.1** *El interrogatorio se hará por el tribunal, sea el dispuesto de oficio o a pedido de parte. Las preguntas recaerán sobre los hechos controvertidos; terminado el interrogatorio, las partes, por intermedio de sus abogados, podrán interrogarse libremente, pero sujetas a la dirección del tribunal, conforme a lo dispuesto por el artículo 161, numeral 3.*

**149.2** *El interrogatorio de la parte podrá efectuarse por el tribunal en el curso de cualquier audiencia, de oficio o a solicitud de la parte contraria, sin necesidad de previa citación.-*

Esta legislación claramente deslinda la prueba en confesional:

##### **Artículo 153. – Confesión**

**153.1** *La confesión de parte se realiza por ésta o su representante constituido en forma, si al contestar el interrogatorio, al absolver posiciones o en cualquier otro acto escrito u oral del proceso, admite la veracidad de un hecho personal o de su conocimiento, desfavorable a su interés y favorable a la adversaria.*

*153.2 La confesión judicial hace prueba contra la parte que la realiza, salvo que se tratare de hechos respecto de los cuales la ley exige otro medio de prueba o recayere sobre derechos indisponibles. Cesa de hacer fe cuando constare haber sido determinada por error, violencia o dolo.*

Conforme a lo anterior, se observan dos aspectos críticos de interés que son diferentes a nuestra normativa: en primer lugar, sobre el interrogatorio de la declaración de parte en el artículo 149.1, el cual conserva la participación directa de la persona juzgadora al realizar el interrogatorio, ya sea de oficio o bien a pedido de parte. lo cual es una situación distinta, a la que tenemos en nuestro nuevo y actual Código Procesal Civil, donde claramente el artículo 41.4.5. señala que las partes formularán las preguntas al declarante sin intermediación del tribunal, situación que considero realmente atinente por la responsabilidad que deben tener las mismas partes en el ejercicio del desarrollo del litigio y lo que pretenden con la prueba ofrecida a favor de sus intereses.

En segundo lugar, se halla la facultad de realizar el interrogatorio de la parte, de oficio o a solicitud de la parte, en cualquier audiencia, sin previa citación, (artículo 149.2.). Esta disposición tan amplia puede afectar la admisión y continuidad de la práctica de la prueba en otras audiencias, sin respetarse el principio de preclusión.

Por último, otro aspecto de relevancia no en forma crítica hacia la legislación uruguaya, sino, por el contrario, necesario y de sumo interés y que no está contemplado en nuestra actual normativa procesal civil, pero que el derogado código lo disponía (artículo 339), es referente a que la prueba confesional deja de constituirse en prueba, cuando se constate que ha sido determinada por error, violencia o dolo, por lo que, para su aplicación, debemos hacer remisión a la normativa del Código Civil.

## 1.2. Legislación española

En lo que respecta a este medio de prueba “declaración de parte”, es necesario hacer una observación en la regulación contemplada en España, por cuanto es una legislación que también ha sido de referencia, tenemos que se encuentra regulada bajo el nombre “interrogatorio de partes”, a partir del artículo 301 en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se observa lo siguiente:

*Artículo 301. Concepto y sujetos del interrogatorio de las partes. 1. Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio. Un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos. 2. Cuando la parte legitimada, actuante en el juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular.*

Y respecto a la declaración sobre hechos no personales, se indica:

*Artículo 308. Declaración sobre hechos no personales del interrogado. Cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales del declarante éste habrá de responder según sus conocimientos, dando razón del origen de éstos, **pero podrá proponer que conteste también a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos, por sus relaciones con el asunto, aceptando las consecuencias de la declaración.** Para que se admita esta sustitución deberá ser aceptada por la parte que hubiese propuesto la prueba. De no producirse tal aceptación, el declarante podrá*

*solicitar que la persona mencionada sea interrogada en calidad de testigo, decidiendo el tribunal lo que estime procedente. (la negrita y el subrayado no es del original).*

Con la finalidad de hacer una construcción del tema tratado en este artículo, se puede observar con claridad que, en la legislación española, este medio de prueba es regulado como “interrogatorio de partes”, el cual comprende esa declaración de hechos personales y no personales.

Sin embargo, debo resaltar que llama la atención el artículo 308 que antecede, por cuanto le permite a la parte declarante que, al referirse a hechos no personales, tiene la facultad de proponer que conteste también a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de esos hechos, aceptando las consecuencias de esa declaración.

A criterio de la suscrita, esto resulta ser además una novedad para nuestro ordenamiento procesal civil actual, también de alguna forma improcedente, por cuanto puede perder la naturaleza misma de la declaración de parte, al permitir integrar a un tercero en dicha declaración, ya que con ello estaríamos ante un ofrecimiento más bien de prueba testimonial.

### **3. Análisis crítico para su aplicación**

A la luz de lo analizado y, en comparación con la normativa revisada, se observa que, con la entrada en vigencia del actual Código Procesal Civil de Costa Rica, el medio probatorio “declaración de parte” queda regulado con mayor claridad para las partes, los abogados, las abogadas y la práctica misma en la audiencia al tener una mayor amplitud de la prueba en declarar tanto

hechos personales como no personales, sin tanto formalismo como el que regía con la normativa derogada.

No obstante, en la legislación uruguaya, conserva la prueba llamada “confesión” como independiente de la declaración de parte y, por otro lado, la legislación española denomina la prueba como “interrogatorio de parte”, en la cual se observa la distinción de una declaración de hechos personales y los que no lo son.

Pese a estas diferencias por sus denominaciones en estas legislaciones, al fin y al cabo, persiguen que la parte declare sobre esos personales que le constan, que los vivió, que le son palpables en su memoria, así como de los hechos no personales, pero que sí le constan, y que puede hacer referencia.

Ahora bien, nos planteamos la interrogante respecto a la directa participación de la persona juzgadora en esta práctica, en cuanto al realizar el interrogatorio que, en dichas legislaciones, les confiere esa potestad, pese a que la prueba sea ofrecida por las partes.

En caso contrario, sucede en la regulación del actual Código Procesal Civil de nuestro país que a mi criterio resulta acertada, porque evita que la persona administradora de justicia se convierta en una traductora de las preguntas que la persona interesada pretende plantear a la parte declarante en defensa de sus propios intereses, responsabilizándolos así del ofrecimiento y práctica de su prueba, esto conforme a los mismos principios que inspiran dicha normativa, salvo cuando el interrogatorio de esta prueba sea llevada en forma oficiosa por el mismo tribunal.

## V. CONCLUSIONES

- La “declaración de parte” se convierte dentro del actual Código Procesal Civil, como un elemento probatorio innovador, al dejar en el antaño la denominada “confesional”. Esto provoca que debe ajustarse a las necesidades de la sociedad contemporánea, de ampliar este medio de prueba ofrecido por las partes, permitiendo un interrogatorio libre de las partes y hasta de la iniciativa del mismo tribunal.
- Se le da vida al medio probatorio “declaración de parte” donde la parte debe realizar la declaración sobre hechos personales y hechos ajenos, lo cual permite que la persona administradora de justicia pueda extraer de la parte de una forma llana, simple y sin tanta formalidad toda la información necesaria sobre los hechos controvertidos, para tener un amplio criterio de valoración de la prueba al momento de dictar sentencia.
- En comparación con la legislación uruguaya y española, este medio de prueba tiene la particularidad de que, en el interrogatorio de la declaración de la parte ofrecida por la persona interesada, se da la directa participación de la persona juzgadora en esta práctica. Esta circunstancia no se contempla en el Código Procesal Civil de Costa Rica, salvo que sea de oficio. Esto permitirá que las partes tengan una mayor responsabilidad en la proposición y la participación de la práctica probatoria.

## VI. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

### Normativa

- Código Procesal Civil, Ley N.º 9342, 2016. Costa Rica: Editorial Juricentro, 2016.

- Código Procesal Civil, Ley N.º 7130, 1989. Costa Rica: Editorial Jurídica Dupas, 2006.
- Código Civil de Costa Rica, Ley N.º XXX, 1885.
- Código Penal de Costa Rica, Ley N.º 4573, 1970.
- Código General del Proceso, Ley N.º 15982, 1988, Uruguay.
- Constitución Política de Costa Rica.
- Ley de Enjuiciamiento Civil, Libro I, Ley N.º 1, 2000, España. Reproducida por: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-3>

### Doctrina

- Artavia, Sergio. (2016). *Curso de procesal civil*. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A.
- García, Lucila. (2012). *Teoría general del proceso*. RED TERCER MILENIO S. C., México
- López, Jorge Alberto. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense*. Parte general. EdiNexo.
- Parajeles, Gerardo. (2000). *Curso de derecho procesal civil*. Volumen I. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.
- Taruffo, Michelle. (2011). *La prueba de los hechos*. Madrid, España: Editorial Trotta, S. A.

### Revista

- Abal Oliú, Alejandro. (2014). Prueba por declaración de parte. *Revista de Derecho*. Segunda época. Uruguay. N.º 9, 13-54 - ISSN 1510-3714.

### Jurisprudencia

- Voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, n.º 122-1998, de las catorce horas

y quince minutos del veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

- Sentencia del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, San José, n.º 236-1998, de las catorce horas y diez minutos del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho.
- Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, n.º 1018-1997, de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete.

**Página web:**

- Enciclopedia jurídica. <https://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>
- Definición de conceptos. <http://deconceptos.com/general>
- Diccionario-enciclopedia jurídica. <http://diccionario.leyderecho.org/>

# LA TORTURA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DELIMITACIÓN Y TIPIFICACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

MSc. Nacira Angulo De La O\*

## RESUMEN

Este artículo desarrolla, a la luz de normativa internacional y de resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la identificación de los derechos humanos que fundamentan la criminalización del delito de tortura. Se exponen el camino recorrido para la delimitación del concepto de tortura y la importancia determinante que tiene una correcta conceptualización e identificación de este tipo de acciones para la aplicación de normativa internacional especializada.

**Palabras claves:** derecho internacional de los derechos humanos; principio de tipicidad; principio de legalidad; elementos objetivos y subjetivos del delito de tortura; *jus cogens*.

## ABSTRACT

This article develops, in light of international law and the Inter-American Court of Human Rights Resolutions, the identification of those human rights which are the base for the criminalization of Torture. It presents the path traveled in delimitating the concept of Torture and the determining importance that a correct conceptualization and identification of this kind of actions have in the application of specialized international *jus cogens*.

**Key words:** International Law of Human Rights, Rule of Law, objectives and subjective elements of the torture crime, *jus cogens*.

Recibido 11 de febrero de 2021.

Aprobado 4 de marzo de 2021.

---

\* Máster en Administración de Justicia, Enfoque Sociojurídico en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Máster en Derecho Penal de la Universidad Internacional de la Américas. Cuenta con una especialidad en derecho penal y una especialidad en derecho penal juvenil de la Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica. Jueza de la república en derecho penal de adultos y derecho penal juvenil. Correo electrónico: nangulo@poder-judicial.go.cr

**SUMARIO:** 1. Generalidades. 2. El respeto a la dignidad humana y al derecho a la integridad personal como fundamento de la prohibición de la tortura. 3. La prohibición de la tortura a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. 4. Tortura, elementos característicos y necesarios para su configuración a la luz de la normativa y jurisprudencia internacional. 5. ¿Por qué es necesario distinguir los actos de tortura de otros actos lesivos de la integridad física?

### Generalidades

La determinación del concepto de tortura a lo largo de los años ha sido a la luz de la normativa del derecho internacional de los derechos humanos desarrollado de manera paulatina, a pesar de que se ubica en un lugar central, por ser un acto de regulación especial.

En algunos instrumentos internacionales, a pesar de su tutela y regulación formal, no existió una definición previa que permitiera contar con parámetros certeros y objetivos para identificar tal acto y aplicar de manera efectiva su regulación, generando inseguridad jurídica como consecuencia de interpretaciones subjetivas al momento de establecer la tipicidad de una conducta.

Tal carencia posteriormente fue subsanada a través de interpretaciones jurisprudenciales, interpretaciones integrales de diversa normativa de derechos internacionales de derechos humanos y con el surgimiento de algunos protocolos que le otorgaron contenido. Ejemplo de ello es el caso de la regulación que se presenta en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, se cuenta también con instrumentos que regulan de manera concreta la tortura. En ellos, se ha brindado, como se desarrollará en las siguientes líneas, una conceptualización diáfana de los actos que, de acuerdo con la forma en que son llevados a cabo por parte de un sujeto activo

especial, configuran este tipo de actos violatorios de la dignidad humana y de la integridad personal de sus víctimas.

En estos párrafos, se pretende exponer de manera concreta los elementos o características específicas que debe presentar una acción para que pueda ser identificada como un acto de tortura, y la importancia de poder diferenciarla de otras formas de actos violatorios de la integridad física de las personas. Esto será posible a partir del conocimiento de la especial regulación que presenta este tipo de actos dentro del derecho internacional público.

Por último, se hará una pequeña referencia de los casos que han sido conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales se ha determinado responsabilidad del Estado ante la comisión de actos constitutivos de tortura a la luz de la privación de libertad de personas sometidas a proceso judiciales, y con ellos, podremos observar cómo la Corte IDH recurre a la aplicación de otros instrumentos internacionales de derechos humanos para la resolución de los casos, reflejándose así el diálogo judicial, y también, a través de este ejercicio, se logrará caracterizar los actos propios de la tortura.

### **El respeto a la dignidad humana y al derecho a la integridad personal como fundamento de la prohibición de la tortura**

Teniendo a la integridad personal como un derecho básico que se encuentra dentro de la regulación que protege la dignidad de la persona y que constituye una de las bases fundamentales de la positivización de los derechos humanos de la personas en el sistema internacional de los derechos humanos vistos desde la perspectiva general; pero desde el sistema interamericano de derechos humanos en la perspectiva regional, nos encontramos con la regulación específica de

la prohibición de la tortura como una forma de ilegítima violación a la integridad de las personas.

Ese carácter que establece la ilegitimidad de la violación es un aspecto que debe ser recalado, porque existen acciones lesivas de la integridad personal que, por las circunstancias en las que se materializan, no constituyen actos de interés para la normativa protectora de los derechos humanos, como podrían ser los tratamientos médicos<sup>1</sup>.

La anterior diferenciación nos refleja la importancia de tener claridad en cuanto a las características que debe presentar una acción realizada en contra de un tercero, para que pueda ser objeto de tutela del derecho internacional de los derechos humanos como una conducta típica del delito de tortura.

Al existir la posibilidad de lesionar la integridad personal de diversas formas, al momento de analizar un caso, es necesario prestar particular interés a la información que se brinda con respecto a las circunstancias y modo en que fueron materializados los actos y las afectaciones y perjuicios que estos le ocasionen a la víctima, ya que tales especificidades le permitirán al tribunal determinar ante qué tipo de actos violatorios de la dignidad de la persona nos encontramos, teniendo en cuenta las diferencias conceptuales mínimas y no homogéneas que se han desarrollado en este tema, donde la diferenciación de actuaciones calificadas como inhumanas, degradantes o tortuosas, no en pocas oportunidades, responden a interpretaciones subjetivas. No es posible restarle importancia o dejar de lado este tema, cuando, a nivel internacional, existen una normativa especial y un resguardo muy particular para las actuaciones constitutivas de tortura.

## **La prohibición de la tortura a la luz del derecho internacional de los derechos humanos**

Líneas atrás, referíamos las diferentes formas de regulación de la prohibición de tortura que se presentan en el sistema internacional de derechos humanos. Hacíamos ver la existencia de dos formas de regulación: una que refería la prohibición de tales actos sin determinar una conceptualización, y una segunda forma que no solo regulaba su prohibición, sino también conceptualizaba tal actuación y establecía la caracterización que tenían que presentar los sujetos activos de tales ilícitos.

En el estudio realizado, hemos verificado que, a pesar de que se desarrolla formalmente la prohibición de actos de tortura, estos no son conceptualizados ni distinguidos de otras formas de actos violatorios de la integridad física en los siguientes instrumentos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando únicamente refiere en su artículo 5.2:

*Nadie podrá deberá ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula en su artículo 7:

*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.*

1 Nash Rojas, Claudio. (2009). Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XV, Montevideo. P.586. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23545.pdf>

El Convenio Europeo de Derechos Humanos señala en su numeral 3:

*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.*

Una situación diferente se presenta con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual no solo establece en su artículo 1 la obligación de los Estados partes de prevenir y sancionar la tortura, sino también le da contenido al concepto de tortura que se regula en el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el cual toma como base la Convención Interamericana al definir los actos constitutivos de tortura en su artículo 2:

*[...] todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica [...].*

El artículo 3 del mismo cuerpo normativo establece la condición especial que requiere

el sujeto activo para que se pueda tener como responsable del delito de tortura. Es así como se delimita:

*[...] Serán responsables del delito de tortura: a). los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan. b). las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices [...].*

Se debe recalcar que, del artículo 17, se desprende que es competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos conocer de las actuaciones que realicen los Estados partes con ocasión de los compromisos adquiridos en esta convención para la prevención y la supresión de la tortura. Vemos entonces que esta convención se complementa con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y al analizarlas de manera conjunta, es posible llenar los vacíos que párrafos atrás hicimos ver que se presentaban al tratar de darle contenido al artículo 5.2.

Este ejercicio interpretativo ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las resoluciones de procesos sometidos a su conocimiento, entre ellos, el caso masacre de

Ituango vrs. Colombia<sup>2</sup> y el caso Bueno Alves vrs. Argentina<sup>3</sup>.

También la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, adoptada mediante resolución 39/46 del 10 de diciembre del 1984<sup>4</sup>, nos señala en su artículo 1 que debemos entender tortura como:

*[...] todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sea físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o*

*se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia [...].*

La importancia que el Sistema Internacional de Derechos Humanos le ha otorgado a la prohibición de la tortura se ve reflejada en toda la normativa existente, siendo parte de ella la mencionada en este pequeño trabajo, de la que también

2 En sus párrafos 155 y 156 ha referido: “[...] 155. En otras oportunidades, tanto este Tribunal como la Corte Europea de Derechos Humanos han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31 de dicha Convención) [...]”. Consulta realizada en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_148\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf).

3 Desarrollan aspectos importantes en cuanto a la forma en que la Corte IDH puede y debe dar interpretación a los tratados de derechos humanos e indican: “[...] 77. Los tratados de alcance universal y regional consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser torturado. Igualmente, numerosos instrumentos internacionales consagran ese derecho y reiteran la misma prohibición, incluso bajo el derecho internacional humanitario. 78. Ahora bien, para definir lo que a la luz del artículo 5.2 de la Convención Americana debe entenderse como “tortura”, la Corte debe tomar en cuenta la definición que al respecto hace la primera parte del artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante “CIPST”), así como las diversas definiciones contenidas en algunos de los instrumentos citados en el párrafo anterior. Esto es particularmente relevante para el Tribunal, puesto que conforme a su propia jurisprudencia, “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”. Esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección [...]”. Consulta realizada en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_164\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf).

4 Señala que el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todas las personas es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tomando como base las protecciones a la integridad personal reguladas en los artículos 5 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975. Tomado del preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura que se está estudiando.

se desprende la existencia de procedimientos especiales<sup>5</sup> para su investigación y sanción.

### **Tortura, elementos característicos y necesarios para su configuración a la luz de la normativa y la jurisprudencia internacional**

De la normativa desarrollada en el apartado anterior, podemos establecer la presencia de elementos que son propios de actos constitutivos de tortura, los cuales nos permiten diferenciarla de otras acciones violatorias de la integridad personal, tales como los tratos inhumanos, degradantes o crueles.

El conocimiento y la identificación de los elementos objetivos y subjetivos tienen, como se ha indicado, una importancia esencial y, de ella, dependen efectos esenciales, como se desarrollará en el próximo apartado. Por este motivo, los exponemos de seguido:

- *Intencionalidad del acto:* la tortura debe ser realizada de manera dolosa, es decir, con conocimiento de los elementos objetivos que la configuran

y con la voluntad de lesionar de esa manera particular la integridad personal del sujeto pasivo.

- *Acto que se dirige a cumplir una finalidad:* siempre será ese el objetivo, y la normativa debe tipificarlos de manera concreta. Así, en la Convención de Naciones Unidas<sup>6</sup> se establece como finalidad de la acción: “[...] obtener de la víctima o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona u otras [...]”. En sentido similar, el Sistema Interamericano ha establecido como finalidad: “[...] investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena [...]”<sup>7</sup>. Esto nos muestra que la tortura únicamente es posible de cometer de manera dolosa, es decir, sería atípica una acción que cumpla con los elementos objetivos del tipo, pero, a nivel subjetivo, que se identifique una falta al deber de cuidado.

5 1. Si el comité recibe información fiable que a su juicio parece indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado parte, invitará a ese Estado parte a cooperar en el examen de la información y para tal fin presentará observaciones con respecto a la información de que se trate. 2. Teniendo en cuenta todas las observaciones que haya presentado el Estado parte de que se trate, así como cualquier otra información pertinente de que disponga, el comité podrá designar, si decide que ello está justificado, a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación confidencial e informen urgentemente al comité. 3. Si se hace una investigación conforme al párrafo 2 del presente artículo, el comité recabará la cooperación del Estado parte de que se trate. De acuerdo con este Estado parte, tal investigación podrá incluir una visita a su territorio. 4. Después de examinar las conclusiones presentadas por el miembro o miembros conforme al párrafo 2 del presente artículo, el comité transmitirá las conclusiones al Estado parte de que se trate, junto con las observaciones o sugerencias que estime pertinentes en vista de la situación. 5. Todas las actuaciones del comité a las que se hace referencia en los párrafos 1 a 4 del presente artículo serán confidenciales y se recabará la cooperación del Estado Parte en todas las etapas de las actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párrafo 2, el comité podrá tomar, tras celebrar consultas con el Estado parte interesado, la decisión de incluir un resumen de los resultados de la investigación en el informe anual que presente conforme al artículo 24.

6 Se establece una finalidad más limitada al vincularla de manera directa con el tema de la discriminación. Artículo 1 de la Convención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes.

7 Aquí nos encontramos con una amplitud ilimitada de los actos de tortura, esto cuando en el artículo 2 se indica “o con cualquier otro fin”, dejando tal apertura lugar a la inseguridad jurídica y a la interpretación subjetiva del tribunal que resuelva.

- *Sujeto activo:* tiene una calidad especial, ya que se requiere que sea una persona funcionaria pública, y que la acción se configure como acción u omisión en el ejercicio de la función de la persona servidora pública.
- *Acto realizado para causar sufrimiento o dolor -físico o mental- en la víctima:* este es un elemento primordial, ya que de acuerdo con la gravedad que presente en la víctima, será posible o no calificarlo como un acto de tortura<sup>8</sup>. Este criterio de la gravedad del acto es establecido en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Una situación completamente diversa se presenta en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, donde no solo se habla de gravedad de los actos, sino también se consideran actos constitutivos de tortura todos aquellos “métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos coincide en la anterior caracterización realizada a los actos de tortura. Así, en el caso Bueno Alves vs. Argentina<sup>9</sup>, en lo que interesa, desarrolló:

*[...] 79. En razón de lo expuesto, la Corte entiende que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos*

*sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito [...].*

No se presenta expresamente en el punto transcrito la referencia a las calidades particulares del sujeto activo, porque, en esa sentencia en particular, desde un primer momento, se tuvo claro que los sujetos investigados eran funcionarios estatales de policía, y tal característica nunca fue cuestionada en ese proceso, y fue así como finalmente en ella se tuvo como acreditado.

Sin embargo, el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece claramente cuáles personas pueden ser autoras de este delito.

Con relación a la forma en que debe ser valorado el elemento de la gravedad del sufrimiento, la Corte desarrolló, de manera acertada a nuestro criterio, los componentes que deben tenerse en cuenta, lo que permite reducir los criterios subjetivos e indeterminados en su identificación. Así indicó:

*[...] Finalmente, al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el*

8 Criterio sostenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia identificada como caso Irlanda vs. Reino Unido. Y ha sido duramente cuestionado al considerarse que apto interpretaciones subjetivas, dificultosas, violatorias del principio de legalidad, de igualdad y de seguridad jurídica.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bueno Alves vs. Argentina. Sentencia del 11 de mayo de 2007. (Fondo, reparaciones y costas). Consulta realizada en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_164\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf).

*sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal [...].*

### **¿Por qué es necesario distinguir los actos de tortura de otros actos lesivos de la integridad física?**

Ya para este apartado, tenemos claro que los actos de tortura son regulados en cantidad importante de instrumentos internacionales de tutelada de derechos humanos y, de manera adicional, se cuenta con la existencia de normativa específica que regula el tema de la tortura<sup>10</sup>. Tal situación nos señala que estos actos tienen una particularidad especial, y esto justifica la necesidad de distinguirla de otras formas de actos violatorios de la integridad personal, de ahí la importancia de la caracterización que se realizó en el apartado anterior de los componentes particulares e individualizantes que este tipo de conductas debe presentar para considerarse como tal.

Es elemental tener presente siempre esta diferencia, porque es la que nos permitirá aplicar la normativa especial y otorgar el lugar que los actos de tortura tienen dentro del Sistema Internacional de Derechos Humanos, lo que implica un trato y conceptualización diferenciada.

En esta misma línea, diremos que la normativa que regula la prohibición de actos de tortura se reconoce como *jus cogens*. Esto implica la imposibilidad absoluta de limitaciones o

suspensiones de su aplicación y efectividad. Se entiende como una norma de carácter imperativo de la que ningún Estado, bajo ninguna circunstancia, puede sustraerse o suspender su regulación<sup>11</sup> y prohibición.

Se observa esta individualidad en la imposibilidad para los Estados de hacer reservas en cuanto a su prohibición al momento de obligarse en un tratado internacional. Por el contrario, la forma en que estos actos están regulados implica para todos los Estados un compromiso y obligación con su investigación y persecución –aun de manera oficiosa– y el deber de utilizar todos los recursos, medios e instrumentos tanto nacionales como internacionales para su sanción y, con ello, evitar la impunidad y fomentar su prevención por medio de todas las medidas y políticas posibles de Estado.

A esto, en su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha identificado como el deber de garantía de los Estados que, como se desarrolló, implica una obligación de investigar todos los actos que impliquen violaciones de derechos humanos.

Ya para concluir, resaltaremos cuatro supuestos por los cuales el derecho internacional de los derechos humanos le ha otorgado una tutela particular a esta prohibición. Y ¿por qué consideramos determinante diferenciarla de otros tratos lesivos de la integridad personal y calificarla como tal? Por los siguientes motivos:

10 Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención contra la Tortura Y Otros Tratos O Penas Crueles, Inhumanos O Degradantes; Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos Y Degradantes; Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes; Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

11 Así se establecido en el artículo 27, inciso 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 5 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 3 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes.

- *Obligación que tienen los Estados de investigar y sancionar penalmente todos aquellos actos que puedan configurar el delito de tortura, independientemente de la existencia o no de denuncias de víctimas o sus representantes. Esto es consecuencia de la obligación de garantía que mantienen los Estados partes.*
- En el tema de reparaciones e indemnizaciones a nivel internacional, se hace especial relevancia al vínculo que existe entre daño material, su posible indemnización y la magnitud del sufrimiento que se vivió, elemento último que es determinante para establecer si nos encontramos ante un acto de tortura u otro acto violatorio de la integridad personal.
- Por los efectos de las víctimas y de los procesos que a partir de los hechos pueden generarse, porque los actos de tortura, como lo hemos visto, son resguardados en amplia legislación internacional, tiene una tutela mucho más extensa, un reproche mayor y cuenta para su investigación, procesamiento y sanción con muchas posibilidades de colaboración internacional.
- Como último aspecto relevante, tenemos que, a la luz del artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, la calificación como tortura de actos violatorios de la integridad personal permitirá la aplicación de procedimientos especiales diseñados exclusivamente para determinar la responsabilidad o no de una persona por

violaciones importantes a la integridad física y la dignidad humana.

Las particularidades referidas nos hacen ver cuatro importantes motivos por los cuales se hace necesaria -como en múltiples ocasiones se ha referido- la distinción de los actos de tortura de otros actos lesivos de la dignidad humana en su presupuesto de integridad personal. Consideramos también que es básica tal distinción en respeto de los principios de seguridad jurídica y de objetividad.

Las personas sometidas a procesos penales, ya sea como víctimas o responsables de las acciones prohibidas, tienen el derecho de tener conocimiento absoluto de cuáles son los motivos por los que el sistema de justicia ha intervenido, y esto es posible garantizarlo a través de la conceptualización o delimitación clara y concreta de las acciones que se prohíben. No menos importante es que tal concreción de la acción de interés para el derecho internacional de los derechos humanos les permitirá a los órganos jurisdiccionales tener claridad de cuándo es posible su intervención o no, y cuándo es posible determinar una acción denunciada mediante parámetros objetivos, calificarla como tal y sancionarla con el tipo penal especial de tortura.

## **Bibliografía**

### **Normativa**

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos Y Degradantes.
- Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.
- Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos O Degradantes.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

#### Doctrina

- Steiner Christian, Uribe Patricia. (2014). *Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Fundación Konrad Adenauer. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica*. El Salvador: Talleres gráficos.
- Castillo Fernando, Olman Rodríguez y Arguedas Graciela. (2013). *Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Anotada y concordada con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Heredia, C. R.: Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial.

#### Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Bueno Alves vs. Argentina. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Consulta realizada el 13 de febrero de 2018, en: [http://](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf)

[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_164\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf).

- Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia del 1 de julio de 2006. Consulta realizada el 13 de febrero de 2018, en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_148\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf).

#### Internet

- Nash Rojas, Claudio. (2009). Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XV. Montevideo. P. 586. Consulta realizada el 27 de enero de 2018. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23545.pdf>
- Asociación para la Prevención de la Tortura y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. (2008). *La tortura en el derecho internacional. Guía de jurisprudencia*. Consulta realizada el 27 de enero de 2018. Recuperado de: [https://www.apr.ch/content/files\\_res/JurisprudenceGuideSpanish.pdf](https://www.apr.ch/content/files_res/JurisprudenceGuideSpanish.pdf)
- Galdámez, Lilliana. *La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Consulta realizada el 26 de enero de 2018. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24796.pdf>
- Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. Texto del convenio e informe explicativo. Serie de Tratados Europeos, n.º 126. Consulta realizada el 12 de febrero de 2018. Recuperado de: <https://rm.coe.int/16806dbaa4>

- Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Consulta realizada el 26 de enero de 2018. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23545.pdf>
- Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes. Versión comentada. Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH). Consulta realizada el 10 de febrero de 2018. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28835.pdf>.
- Informe del Comité contra la Tortura. Asamblea Nacional de las Naciones Unidas. Septuagésimo segundo periodo de sesiones, suplemento n.º 4 (A/72/44). Consulta realizada el 10 de febrero de 2018. Recuperado de: <file:///C:/Users/nacira/Downloads/G1717370.pdf>



# LA EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL A LA LUZ DE LA LEY IMPUESTO A LA PERSONA JURÍDICA N.º 9428 SOCIEDADES MERCANTILES

MSc. Meicer Magaly Araya Espinoza\*  
MSc. Mario Felipe Marín Cascante\*\*  
MSc. Misanillas Reyes de Orellana\*\*\*

## RESUMEN

Este estudio se enfoca en el fenecimiento de una sociedad mercantil, donde se identifican tres etapas: la disolución, liquidación y la extinción (denominadas como el ABC de la muerte de una persona jurídica). Posteriormente, se aborda la Ley de Impuesto a la Persona Jurídica N.º 9428, especialmente el tema de la disolución de la sociedad de pleno derecho que impone el artículo siete de dicho cuerpo normativo, presentando las aparentes consecuencias que conlleva la implementación de dicha normativa en eventuales procesos judiciales y administrativos.

**Palabras claves:** Disolución, liquidación y extinción de sociedades, proceso de liquidación, extinción de la personalidad jurídica, impuesto a la persona jurídica, de la Ley de Impuesto a Sociedades.

## ABSTRACT

This study focuses on the death of a commercial company, where three stages are identified: dissolution, liquidation and extinction (known as the ABC of the death of a legal entity). Subsequently, the Law of Tax on Legal Persons No. 9428 is addressed, especially the issue of the dissolution of the full-fledged company imposed by article seven of said normative body, presenting the apparent consequences that the implementation of said regulations entails in eventual judicial and administrative processes.

**Keywords:** Dissolution, liquidation and extinction of companies, - company closure –penalty of non-tax payment –legal implications of company tax law.

Recibido 30 de diciembre de 2020.

Aprobado 4 de marzo de 2021.

- 
- \* **M. Sc. Meicer Araya Espinoza.** Máster en Administración de Justicia Enfoque Socio jurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA), Egresada del Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura (FIAJ) impartido por la Escuela Judicial, Licenciatura en Derecho y Notaria Pública de la Universidad Latina de Costa Rica. Jueza de la República, cargo desempeñado en distintos tribunales del país. marayae@poder-judicial.go.cr
- \*\* **M. Sc. 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. Sus inicios en carrera profesional en el año 2008 se enfocaron en el ámbito del Derecho Penal, 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 la zona de Heredia. A partir del 2015 es profesor de Derecho en la Universidad Hispanoamericana. Correo electrónico: mmarin@abogados.or.cr.
- \*\*\* **M.Sc. Misanillas Reyes de Orellana.** Máster en Administración de Justicia, enfoque Socio-jurídico en énfasis Civil, de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA); Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Las Américas de El Salvador, en 1993; Especialización en Civil y Mercantil por el Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ). Quien ha cursado diferentes diplomados tanto en el área pública y privada. Ejerciendo actualmente el cargo de Juez de Paz, desde 1990, en el departamento de La Paz, de la República de El Salvador. Asimismo, se ha desempeñado como juez suplente en los juzgados de Primera Instancia, Juzgados de Menores, Juzgados de Instrucción y, Juzgados de Sentencia.

*La obra maestra de la injusticia es parecer justo sin saberlo.*

**- Platón-**

**Sumario:** I. Introducción, II. Disolución de la sociedad mercantil con énfasis en la sociedad anónima. III. Liquidación de sociedades. IV Sobre la extinción de la sociedad (cancelación de inscripción ante el Registro). V. Disolución y liquidación de las sociedades a la luz de la Ley de Impuesto a las Personas Jurídicas N.º 9428. VI. Conclusiones. VII Referencias.

## I. Introducción

En Costa Rica, mediante la Ley 9428 denominada *Ley de Impuestos a las Personas Jurídicas*, se creó un impuesto sobre toda sociedad mercantil, así como toda sucursal de sociedad extranjera y empresas de responsabilidad limitada que se encuentran inscritas o que, en adelante, se inscriban en el Registro de Personas Jurídicas del Registro Nacional, con la particularidad de que su no pago por tres veces consecutivas le conllevaría efectos nefastos, pues operaría de pleno derecho la disolución de la sociedad.

A efecto de delimitar el presente estudio, se debe aclarar que, si bien es cierto, la base de este artículo se sustenta en la generalidad de las sociedades mercantiles, su profundización se enfoca sobre todo en la de corte anónimo - nacimiento, disolución, liquidación, cancelación de la persona jurídica- para culminar en el tema de impuestos, las implicaciones que genera el numeral 7 de la Ley de Impuesto a la Persona Jurídica, el cual despliega sus efectos con mayor fuerza en la sociedad de capital, dado que esta figura es la más utilizada en el país y es la que a la fecha de manera directa ha enfrentado las

consecuencias de la disolución de pleno derecho en razón de lo impuesto por la Ley de Impuesto a la Persona Jurídica

Para introducir el tema en cuestión, es oportuno realizar una técnica pedagógica similar a la realizada por la autora nacional Jennifer Arroyo (2012) en el artículo llamado *El ciclo de vida de la sociedades mercantiles*, al contrastar las fases vitales de un ser biológico y una persona jurídica. Si realizamos una analogía indicando que así como los seres biológicos vivos, nacen, crecen (se desarrollan) y mueren, de similar manera podríamos apreciar y analizar el ciclo de existencia de una persona jurídica, cuando nace a la vida jurídica (conforme a un acuerdo de al menos dos personas que cumplen una serie de formalidades para lograr su inscripción en el Registro, teniendo efectos constitutivos dicha inscripción) crecen y se desarrollan (durante su periodo de existencia donde el órgano directivo procura el objetivo social, pudiendo llegar a fusionarse y aumentar el capital social y patrimonio o, inclusive, provocarse escisiones) y, finalmente, perecen o llegan a su fin (se extinguen).

De principal interés para esta investigación y entender de mejor manera la “muerte” de la sociedad anónima, analizando lo expuesto por Arroyo en contraste con el orden y la distribución normativa del Código de Comercio Costarricense, podemos identificar tres fases íntimamente ligadas al tema de la muerte de las sociedades, como lo son: **A. Disolución**, **B. Liquidación**, **C. Extinción** (Desinscripción o cancelación de asiento registral)<sup>1</sup>. Para los efectos del presente trabajo, podríamos denominarlo **el ABC de la muerte de una persona jurídica**.

<sup>1</sup> Se utiliza el término opuesto a su nacimiento, pues si la sociedad anónima nace y adquiere personalidad jurídica con la inscripción ante el Registro, pues fallece, muere o se extingue con su “desinscripción” o “cancelación de asientos registrales”.

## II. Disolución de la sociedad mercantil (con énfasis en la sociedad anónima)

De acuerdo con la Real Academia Española, es definida como: “Relajación y rompimiento de los lazos o vínculos existentes entre varias personas”. Lo cierto del caso es que la palabra disolución nos remite a las ideas de ruptura o de separación y, por ello, también es utilizado como sinónimo de estos conceptos.

En este orden de ideas, la razón de ser de una sociedad es la existencia de un acuerdo voluntario de personas que se obligan a poner en común dinero, bienes o industrias, con ánimo de trabajar en conjunto y repartirse entre sí las ganancias, abstrayendo con facilidad que, cuando ya no existe dicha voluntad, no sea posible seguir adelante con el objeto social o porque exista un impedimento para seguir adelante (problemas de patrimonio). En esos escenarios, el Código de Comercio contempla una serie de supuestos para “disolver” la sociedad y dar por terminado dicho acuerdo.

Arroyo (2012) refiere que disolución es “[...] un proceso previo a la liquidación, que se refiere a las causas por las cuales se puede cerrar una sociedad y que esta “muera” como persona jurídica”.

Dicho lo anterior, coincidimos con Arroyo en el hecho de que para, que se materialice la extinción de una persona jurídica, debe transcurrir a través de un proceso que consta de dos fases: la disolución y la liquidación. “[...] la disolución y liquidación son presupuestos necesarios para la extinción del ente social, y tanto una como otra institución, van dirigidas a hacer posible la ruptura del vínculo que une a los accionistas y la desaparición de la persona jurídica social”. (Beltrán, 2013, citado por Alvarado).

Así, revisado nuestro cuerpo normativo, el Código de Comercio regula el tema en cuestión del numeral 201 al 208, y en el artículo 201, es donde expone los cuatro supuestos bajo los cuales una sociedad anónima puede ser disuelta, los cuales serían: a) El vencimiento del plazo señalado en la escritura social; b) la imposibilidad de realizar el objeto que persigue la sociedad, o la consumación de este; c) la pérdida definitiva del cincuenta por ciento del capital social, salvo que los socios repongan dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente; y d) el acuerdo de los socios.

Es importante tomar en consideración que, si bien las circunstancias que enumera el artículo 201 son todas causales de disolución de las sociedades mercantiles, únicamente el vencimiento del plazo social opera de pleno derecho (establecido en el inciso A). Esto quiere indicar que produce sus efectos inmediatamente, tanto respecto de los socios como de los terceros, sin necesidad de publicación de la disolución al contrastarlo con el numeral 206.

El resto de las causales concretan la disolución social únicamente después de haber sido inscrito el respectivo acuerdo de disolución o declaración realizada por la misma sociedad, o, en su defecto, por declaración judicial “[...]”; b) *por derivación de un proceso ordinario donde se acoja la pretensión contenciosa de disolver la sociedad comercial*; c) *por merced de diligencias judiciales no contenciosas según artículo 177.4 del Código de rito*” ( voto n.º 317, Tribunal Segundo de Apelación Civil, Sección Primera. San José, a las quince horas un minuto del veintinueve de abril de dos mil veinte).

Con excepción del supuesto contemplado en el inciso A, estimamos que se requieren dos aspectos trascendentes para hacer efectiva la decisión de disolución, las cuales serían: i. la presentación

del acuerdo formal al registro y ii. la difusión o publicidad del acuerdo ante el público.

Sobre este segundo aspecto, el artículo 207 de la normativa *supra* citada refiere que, en todos y cada uno de los supuestos, se debe dar un aviso de disuelto de la sociedad que debe publicarse una vez en *La Gaceta*, para que, dentro del plazo de treinta días siguientes a la publicación, cualquier persona interesada se pueda oponer judicialmente a la disolución que no se base en una causa, ya sea legal o pactada.

Además, existen causales de disolución dispuestas fuera del numeral 207 del Código de Comercio, en el numeral 20 del Código de Comercio y en el numeral 7 de la Ley del Impuesto a Personas Jurídicas.

En el primer caso, artículo 20 del Código de Comercio, dos supuestos conllevarían la disolución y liquidación de una sociedad: i) la declaratoria de inexistencia o ii. la declaración de nulidad.

Nótese que, aun en estas circunstancias, el legislador fue prudente indicando que los pasos a seguir serían la disolución y la liquidación, razón por la cual, encausaríamos la aplicación práctica de la “extinción de la sociedad” por dicho rumbo a pesar de que “en buena teoría nunca existió o fue declarada nula”.

Por tanto, estimamos que habría que proceder con el aviso de disuelto de la sociedad del numeral 207 del Código de Comercio que debe publicarse una vez en *La Gaceta*, para que, dentro del plazo de treinta días siguientes a la publicación, cualquier persona interesada se pueda oponer judicialmente a la disolución que no se base en una causa, ya sea legal o pactada.

Lo cierto del caso es que esta ampara a las posibles personas (terceras personas) que podrían entrar

en contacto con la sociedad (posibles contratistas y/o acreedores) previendo que hay que tutelar los posibles derechos de los terceros de buena fe que podrían haber actuado al amparo de la fe pública registral.

El artículo 7 de la Ley del Impuesto a Personas Jurídicas (Ley N.º 9428) contempla un nuevo supuesto por el cual se debe disolver una sociedad, muy similar al del inciso a del artículo 207 del Código de Comercio, al indicarse que el no pago del impuesto establecido en la presente ley por tres períodos consecutivos será causal de disolución de la sociedad mercantil, la empresa individual de responsabilidad limitada o la sucursal de una sociedad extranjera o su representante.

Dicho numeral continúa agregando que la Dirección General de Tributación enviará al Registro Nacional un informe que contenga el detalle de las sociedades mercantiles, las empresas individuales de responsabilidad limitada o la sucursal de una sociedad extranjera o su representante que no paguen el impuesto por tres períodos consecutivos, para que el Registro Nacional envíe el aviso de disolución al diario oficial *La Gaceta* y procederá a la cancelación de la inscripción y la anotación de bienes.

Pero con la particularidad de que, en caso de operar la disolución de las sociedades mercantiles, las empresas individuales de responsabilidad limitada o la sucursal de una sociedad extranjera y la respectiva cancelación del asiento registral, la Administración tributaria se encuentra facultada para continuar los procedimientos cobratorios o establecerlos contra los últimos socios oficialmente registrados, quienes se constituirán en responsables solidarios en el pago de este impuesto.

Por ahora, es oportuno percatarnos de que el legislador está creando un nuevo supuesto de disolución con la diferencia de que habla de

manera directa de la cancelación del asiento registral junto con la publicación (similar a la contemplada en el 207 del Código de Comercio) dejando de lado y olvidando la liquidación. Las repercusiones de la creación de este numeral 7 serán abordadas de manera puntual más adelante en el presente escrito.

Por último, y no por ello de menor importancia, es menester rescatar que el legislador prevé desde esta primera fase (de disolución) que **los administradores sean solidariamente responsables de operaciones que se efectúen con posterioridad** ya sea del: i. vencimiento del plazo de la sociedad, ii. del acuerdo de disolución o iii. de la declaración de haberse producido alguna de las causales de la disolución. (Artículo 208 del Código de Comercio).

Estimamos que esta disposición normativa es clave independientemente del tipo de causal de disolución, ya sean los contenidos en el numeral 207 del Código de Comercio o ajenos a este, brindando seguridad jurídica con respecto a la imputación de responsabilidad que pueda incurrir la persona jurídica una vez abordado el camino a su eventual muerte o extinción.

Concluimos este apartado, indicando que la disolución es un paso previo a la liquidación o, al menos, ese es el orden normal y correcto por el cual debe pasar una sociedad anónima para su disolución. Una vez verificado y cumplido el elemento fáctico que dio lugar a la disolución (podríamos denominarle causales o motivos de disolución), podemos entrar a la liquidación de la empresa, pues existirán activos y pasivos a los cuales es necesario brindarles un tratamiento. (Numeral 209 del Código de Comercio). La disolución sería la preparación para el fenecimiento de la persona jurídica; pero no implica formalmente la finalización o terminación de la sociedad, ya que, una vez disuelta, se debe poner en estado de liquidación

y, por ello, el legislador previó conservar su personalidad jurídica estricta y únicamente para dichos efectos.

### III. Liquidación de sociedades

Guillermo Cabanellas mencionado por Alvarado (2013) la define como “[...] el conjunto de operaciones jurídicas y de contabilidad que tienden a establecer, luego de saldadas las deudas sociales y cumplir sus obligaciones pendientes, el activo divisible entre los socios y la forma en que ha de distribuirse el remanente entre ellos” (p. 101).

Es decir, disuelta la sociedad inscrita, conserva su personalidad jurídica, ya que lo que se modifica es su objeto o fin, por lo que entra en “estado “o período de liquidación e inicia una segunda fase en la que se despliega una serie de operaciones necesarias, encaminadas a saldar y liquidar los compromisos adquiridos por la persona jurídica durante su vida, donde se persigue finiquitar sus propios negocios (Francesco Ferrara, citado por Hernández Aguilar) para, posteriormente, proceder a la división del haber social, entendiéndose el remanente entre los socios (también denominado cuota de liquidación).

La práctica de esas operaciones implica que se dé un cambio en el objeto social, pasando de la explotación de una actividad mercantil a una actividad conservativa y liquidataria, ese objeto o mejor dicho con las palabras de Broseta (1969) la actividad, la empresa o las operaciones para cuya explotación la sociedad se constituye (p. 4) cambia, porque el fin para el que se constituyó la sociedad: 1. Desapareció. 2. Fue alcanzado 3. Se dio alguna de las causas que establece la ley.

En adelante, la vida productiva de la sociedad se paraliza, “no pueden realizarse operaciones de comercio para obtener beneficio, sino las necesarias para eliminar el pasivo social y

*permitir la división del residuo neto*”<sup>2</sup>. Podría interpretarse que la sociedad queda disminuida.

Entonces podemos concluir que la liquidación es una fase que se da cuando la sociedad tiene relaciones jurídicas que finiquitar<sup>3</sup>. En el espacio y el tiempo, se materializa con posterioridad a la disolución y termina con la cancelación de la personalidad jurídica a nivel registral y comprende una serie de operaciones necesarias para satisfacer los compromisos adquiridos con los acreedores y con los socios en caso de que exista un remanente patrimonial que repartir.

Analizando integralmente lo hasta aquí expuesto, salta a la vista que el proceso de extinción de una sociedad mercantil tiene su razón de ser en los intereses mismos que están en juego, con el nacimiento de una sociedad y su incursión en el tráfico mercantil, se genera un intercambio de relaciones jurídicas; en ellas, se adquieren compromisos, surgen derechos, nacen obligaciones que, al igual que una persona física, deben quedar resueltas antes de que se dé su definitivo fenecimiento jurídico.

Esquemáticamente, el ciclo de vida de una sociedad mercantil sería el siguiente:

Lo anterior es importante porque veremos que, con la Ley 9428, se desquebraja este sustento formal y sustancial, lo cual tiene implicaciones societarias y procesales trascendentales, pues al indicarse que, ante un supuesto de morosidad, el efecto inmediato es la extinción de la persona jurídica por la cancelación de los asientos registrales, no se explica de ese momento en adelante ¿cómo? y ¿por cuáles medios? se podrá hacer frente a todas esas relaciones jurídicas pendientes.

En este caso, siguiendo la línea que traza la ley en estudio, estaríamos frente a una sociedad que ha desaparecido en el mundo del derecho, con un certificado de defunción irreversible y sobre la cual, en tesis de principio, no existe posibilidad que pueda ser reactivada para ningún efecto, pero que, en la vida real, puede seguir siendo parte de procesos judiciales, poseer bienes en su haber, tener cuentas bancarias, obligaciones crediticias, entre muchas otras obligaciones que pueden estar pendientes de resolver

Obsérvese que, conforme a lo hasta aquí analizado, que el “objeto” de sociedad en periodo de liquidación cambia y que, en esencia, en dicha fase, lo que persigue es básicamente “concluir las operaciones sociales pendientes, como contratos mercantiles, cobrar lo que se adeude a la sociedad, es decir, los créditos y pagar las deudas, vender los bienes sociales de ser necesario y practicar el reparto del haber o patrimonio social entre los socios”. (Alvarado, 2013, p. 103).

Así, la sociedad se extinguirá al terminar el proceso liquidatorio que es el momento en que cumpla con el nuevo objeto, y el proceso finalizará –como ya se indicó– en el momento en que se dé la cancelación de los asientos de inscripción en el registro mercantil.

La pregunta que surge aquí es ¿cuál es la duración de esta etapa? En este sentido, el Código de Comercio no establece plazos, es decir, no existe ningún límite legal, por lo que, en aplicación de la lógica, podemos aseverar que lo que determinará cuánto tiempo se prolongará es básicamente la complejidad, pues cada una de las operaciones que le compete realizar al administrador pueden tornarse dificultosas, y a ello podrían sumarse otros factores de carácter subjetivo, tales como el número de acreedores o los de carácter objetivo

2 Centro de Información Jurídica en Línea. (2010) < [www.cijulonline.ucr.ac.cr](http://www.cijulonline.ucr.ac.cr) > [Consulta: 26 de enero del 2018].

3 Queda entendido que, en caso de que no existan relaciones jurídicas que liquidar, no será procedente iniciar un proceso de liquidación.

que se refieren al patrimonio social que está en juego y que, en conjunto o por separado, pueden ampliar el plazo.

Se debe tomar en consideración que existe un listado de operaciones necesarias que permiten la materialización de ese nuevo objeto, dentro de las que se pueden mencionar<sup>4</sup>: 1. Determinación de operaciones pendientes. 2. Formación de balances. 3. Plan de liquidación. 4. Pago de obligaciones pendiente. 5. Arreglo de las cuentas de la sociedad con cada uno de los socios. 6. Cobro de créditos. 7. Traducción en dinero de todos los bienes de la sociedad. 8. División del remanente.

Cabanellas clasifica esta lista de operaciones, que debe realizar el liquidador, en dos grupos: una orientada a la liquidación de los pasivos que, de forma amplia, busca la extinción de las obligaciones que tiene la sociedad (pago de obligaciones), y otra enfocada a la liquidación de los activos que, a su vez, se divide en dos partes: primero, el recaudo o percepción de créditos y, segundo, el reparto.

Importa mencionar que hay otras posiciones respecto al concepto de liquidación, de las cuales lo que interesa traer a colación con el fin de tener una perspectiva más amplia es que puede también versele como un estado intermedio entre la disolución de la sociedad y la partición del capital social.

### **III.1. Práctica del proceso de liquidación**

Es importante cuestionarse ¿cómo se debe practicar la liquidación? Al respecto y en lo que interesa, el artículo 212 del Código de Comercio indica:

*La liquidación se practicará de acuerdo con las normas de la escritura social. En su defecto, de conformidad con los acuerdos tomados por la mayoría de los socios necesaria para modificar la escritura y con las disposiciones de este Capítulo.*

Lo anterior significa que, es en los estatutos, donde se deben fijar las bases respecto a la forma cómo se debe desarrollar el proceso en estudio; es decir, es ahí donde se debe indicar cómo se procederá para realizar el nombramiento de los administradores y las reglas en relación con la distribución del haber social.

En caso de no haberse previsto nada en los estatutos, la norma, con sustento en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, otorga a la potestad a los socios, siempre y cuando los acuerdos se tomen por mayoría y, en todo caso, en ausencia de dichas previsiones y potestades, corresponderá realizarlo conforme lo establece la ley.

### **III.2. Ámbito de aplicación legal, reglas generales respecto al proceso de liquidación, funciones del liquidador**

El proceso de liquidación se encuentra regulado en el Código de Comercio a partir del numeral 209 que es la base legal para iniciar un proceso de liquidación como consecuencia inmediata de una disolución; y en el Código Procesal Civil, el supuesto en que exista oposición de uno o varios socios a la liquidación se ventilaría en un proceso ordinario o debido a las diligencias judiciales no contenciosas según artículo 177.4.

El ordinal 210 se centra en el tema de los liquidadores y, en este punto, se debe recordar que, cuando una sociedad inicia la etapa de liquidación, conserva la personalidad jurídica

4 Esta lista es enunciativa, no taxativa.

(salvo en los casos del artículo 7 de la Ley de Impuesto a la Persona Jurídica), y el efecto inmediato es que cesan las facultades de los administradores y el inicio de las funciones de los liquidadores, en caso de los primeros, iniciada la liquidación.

Tal como lo indica Ruiz de Velasco (2003), los liquidadores no podrán hacer nuevos contratos, contraer nuevas obligaciones y representar a la entidad (p. 362). Sin embargo, debe quedar claro que, a efecto de ejercer formalmente sus funciones, en lo que a la legislación costarricense compete, el nombramiento debe estar debidamente inscrito en el Registro Mercantil, por lo que, hasta que esto se dé, la sociedad no puede quedarse sin el órgano gestor. Entonces, parafraseando a González (1983), los administradores continuarán desempeñando su cargo, desde luego, restringido a la conservación de los bienes sociales.

En tesis de principio y con sustento en lo que enseña el artículo 212, el nombramiento de los liquidadores se dispondrá en los estatutos. Por ello es lógico entender que los administradores deberán cesar en sus funciones cuando el cargo no recaiga en los hombros de las mismas personas. En caso contrario, los administradores continuarán en la función, pero ahora en la calidad de liquidadores. Si no se dejaron previstas las bases para la realización del nombramiento, el artículo 211<sup>5</sup> da las posibles soluciones al problema que serían:

1. De conformidad con lo previsto en la escritura social.
2. Por convenio de los socios en el mismo momento en el que se acuerde o reconozca la disolución.

3. El juez a gestión de la parte interesada (por los trámites de jurisdicción voluntaria o por el proceso ordinario).

Superados los requisitos formales y realizado el respectivo nombramiento, con base en lo expuesto para entrar en posesión del puesto, es menester que el liquidador:

1. acepte su cargo.
2. se inscriba en el Registro.

Mientras esto no suceda, los administradores permanecerán en el puesto, pues la sociedad no puede quedar acéfala.

Debidamente posesionado, en adelante y para los fines de su función, el liquidador (o liquidadores) será el órgano gestor y representativo de la sociedad disuelta; limitada a realizar las operaciones necesarias para la liquidación de la sociedad (ver artículo 214 del Código de Comercio, sobre sus hombros pesa tal como lo refiere Alvarado, el “deber de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios” ( p. 126) “, por lo que no podrán hacer nuevos contratos, ni contraer nuevas obligaciones en nombre de la sociedad.

*Los liquidadores constituyen un órgano social necesario sin el cual no puede realizarse válidamente la liquidación de la sociedad. Ningún otro órgano puede suplir la función que ellos realizan. Técnicamente, pues, deben considerarse a los liquidadores como el órgano al que se encomienda la función de realizar todas aquellas operaciones que en interés de los socios y de los terceros deben practicarse para que*

5 Cuando la sociedad se disuelva por vencimiento del plazo o por sentencia, la designación deberá hacerse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que terminó el plazo o en que quedó firme la sentencia que ordenó la disolución. En estos dos supuestos, los socios deben hacer la designación, en caso contrario, le corresponderá al juez o a la jueza.

*pueda extinguirse la sociedad. (Beltrán mencionado Alvarado, 2013, p. 121).*

Las funciones de los liquidadores deben circunscribirse a la finalidad liquidatoria que, según se mencionó *supra*, es concluir operaciones, pagar créditos y repartir el haber social restante, por lo que para poder realizar estas funciones, por mandato legal, los administradores deben entregarles todos los bienes que forman el patrimonio de la sociedad, incluyendo libros, correspondencia y todos los documentos de la sociedad, bajo inventario. (Ver numeral 213 del Código de Comercio).

### III.3 Repartición de remanente

Según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, el remanente es “1. adj. Que queda o sobra. El líquido remanente. 2. m. Parte que queda de algo”.

Lo anterior aplicado al tema de la liquidación de las sociedades equivale el capital que queda disponible para ser repartido entre los socios después de haberse honrado todos los compromisos de la sociedad.

No nos detendremos a explicar las formas de distribución del remanente, basta indicar que nuestro ordenamiento los aborda en dos grandes grupos, en el artículo 215, establece las reglas aplicables a sociedades en nombre colectivo, en comandita o de responsabilidad, y el numeral 216 desglosa lo aplicable a la sociedad anónima y a la sociedad en comandita por acciones (esta última modalidad actualmente no existe).

Solamente, después de liquidadas las deudas sociales, el liquidador podrá proceder al reparto del remanente entre los socios en apego a las reglas que establece el Código de Comercio. (Ver sentencia n.º 48-f de las catorce horas del ocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro de la

Sala Primera de la Corte, el socio tendrá derecho a recibir una cuota de liquidación).

### IV. Sobre la extinción de la sociedad (cancelación de inscripción ante el Registro)

De acuerdo con las fases antes descritas, idealmente una vez canceladas las deudas sociales, dividido y repartido el remanente entre los socios, el liquidador como una consecuencia lógica derivada de sus funciones debe presentar la respectiva solicitud de cancelación de la personalidad jurídica. Acogida la solicitud y cancelados los respectivos asientos registrales, **se produce la extinción de la sociedad** y, con ella, termina el proceso de liquidación. Pero cabe aclarar que este último paso no está regulado en el Código de Comercio en ningún numeral, **es una construcción doctrinal que ha dado respuesta al vacío reglamentario.**

Blanquer (1990), citando a Díez-Picazo y Gullón, nos indica que la extinción es un fenómeno normalmente complejo porque en una sociedad se crea una trama de relaciones duraderas o de tracto sucesivo entre los socios, la sociedad y los terceros. Por ello, más allá de una simple finalización de un contrato lo que existe es “la extinción de muchos contratos [...] en el que es preciso liquidar las relaciones pendientes para hallar el haber social líquido al cual hay que darle un destino”. (p.8)

Efectivamente, como bien lo abordamos líneas atrás, no es hasta que finaliza el proceso liquidatorio cuando podemos entrar de lleno a hablar del término “extinción” que es perfectamente equivalente a la cancelación en el registro de los asientos registrales. Al menos para fines ilustrativos, equiparamos estos dos términos similar a lo realizado por Hernández Aguilar en la charla *Disolución y liquidación de sociedades*

por deudas tributarias. (Colegio de Abogados, 2017).

Para ilustrar mejor el tema de la extinción de una sociedad anónima y la teoría denominada en la presente investigación como el ABC de la muerte de una persona jurídica, transcribimos lo expuesto por Ribas (2002), cuando indica:

*[...] La extinción de la sociedad anónima no es un acontecimiento instantáneo, sino el resultado de un proceso que se inicia con la disolución y acaba con la liquidación de las relaciones jurídicas existentes entre la sociedad, los socios y los terceros. Hasta que no haya pagado a los acreedores y se haya acabado de repartir el haber líquido resultante entre los socios, no se puede propiamente decir que la sociedad se haya extinguido. A efectos de la publicidad, hace falta además que se haga constar la extinción en el Registro y que el Registrador proceda a cerrar la hora y cancelar definitivamente los asientos registrales [...]. (p.1)*

En algunas ocasiones, como legalmente no se le imponía al liquidador la obligación de presentar la respectiva solicitud de cancelación de asientos registrales, en la práctica, este último eslabón no se materializaba, por lo que las sociedades quedaban liquidadas, pero no canceladas y seguía teniendo personalidad jurídica. Sin embargo, con la Ley 9428, aparece propiamente codificada la figura de la extinción, con la respectiva cancelación de asientos que se prevé en el numeral siete.

Bastando que la sociedad se encuentra en determinados presupuestos, para que sea “liquidada” y se cancelen los asientos registrales, ello significa que literalmente la sociedad muere, pero con una diferencia abismal. ¿Cuál? Que la sociedad se cancela sin que se haya dado el proceso previo de liquidación del haber social que comprende la normativa mercantil; es decir,

brincamos directamente de la disolución de pleno derecho por existir causales objetivas verificables a la extinción.

Por ello, consideramos que la eventual confusión y los múltiples problemas que generará la implementación de esta normativa específica obligarán a mediano o largo plazo a un reajuste y adaptación, pues debe sanarse esa omisión y, obligatoriamente, exigir que para la cancelación de los asientos registrales, necesariamente debe superarse el proceso de liquidación, pues de lo contrario, tal cual está la norma redactada, surgen interrogantes tales como: ¿Si no existe sociedad, si no existe órgano gestor, si no se dio el proceso de liquidación previa? ¿Qué pasa con esos bienes y las obligaciones existentes?; situaciones que procuraremos dar respuesta en el próximo apartado.

## **V. Disolución, liquidación y extinción de las sociedades a la luz de la Ley de Impuesto a las Personas Jurídicas N.º 9428**

### **V.1 Antecedentes**

En el apartado anterior, dejamos varias interrogantes sin responder en referencia con la entrada en vigor de la Ley 9428, y desde ya, es importante indicar que la cuestión no es pacífica, y el tema ha sido ampliamente discutido en los distintos foros de derecho, planteándose pocas soluciones, por lo que se han generado nuevas interrogantes.

Importa mencionar que el 1 de abril de 2011, entró en vigencia la Ley N.º 9024 de Impuesto a la Persona Jurídica. Con ella se creó un tributo nuevo que, en adelante, debía ser cancelado por todas las sociedades mercantiles, las sucursales de una sociedad extranjera o su representante y las empresas individuales de responsabilidad

limitadas inscritas o que en adelante se inscribieran en el Registro de Personas Jurídicas del Registro Nacional

Este impuesto nació para dotar de recursos al Ministerio de Seguridad Pública y al Ministerio de Justicia y Paz para financiar la Dirección General de Adaptación Social, y al Poder Judicial de la República para financiar al Organismo de Investigación Judicial en la atención del crimen organizado (tomado de <http://www.hacienda.go.cr/contenido/14105-impuesto-a-las-personas-juridicas>).

Esta primera ley estuvo vigente desde el 2012 y hasta el 2015. Pero por un recurso que se planteó ante la Sala Constitucional, mediante la resolución n.º 2015-00124<sup>6</sup> del 28 de enero de 2015, la aplicación de ese cuerpo normativo se suspendió.

Para el 2017, se aprueba un nuevo Proyecto de Ley de Impuesto a la Persona Jurídica en la Asamblea Legislativa y se numera como Ley N.º 9428, la cual se publica en el *Alcance Digital* n.º 64, *La Gaceta* n.º 58 del 22 de marzo de 2017 y rige a partir del 1 de septiembre de 2017, en conjunto con el reglamento emitido mediante el Decreto Ejecutivo n.º 40417-H publicado en el *Alcance Digital* n.º 114, *La Gaceta* n.º 99 del 26 de mayo de 2017. **En esta ley, el artículo 18 deroga la Ley N.º 9024** (lo resaltado no es del original) (tomado de <http://www.hacienda.go.cr/contenido/14105-impuesto-a-las-personas-juridicas>).

Ya con la entrada en vigor de este cuerpo legal, se detectó que esta ley presentaba un serio problema y era el hecho de que extinguía a las sociedades de pleno derecho, sin que se diera una fase de liquidación, entiéndase que cumplidos los presupuestos del artículo 7, automáticamente

se ordena la cancelación del respectivo asiento registral.

En ese contexto, si se extingue la personalidad jurídica, y la sociedad muere, no hay forma de que se pueda realizar el respectivo proceso de disolución y liquidación; es decir, se mata a la persona sin ordenar legalmente los asuntos pendientes, vulnerando con ello la seguridad jurídica y, evidentemente, los intereses de los acreedores, los socios e, irónicamente, es un óbice para el mismo recaudo del impuesto que le da vida.

Para subsanar este problema a nivel legislativo, se promulgó una ley que reforma el transitorio II de la ley en estudio -que será abordada más adelante- para brindar una solución parcial en el tiempo y para determinadas circunstancias, que es el presupuesto específico en el que la sociedad se encuentra disuelta, pero se acreditó que ya pagó el impuesto adeudado; en esos supuestos, se da una resurrección de la sociedad, con la presentación de una solicitud de cese, lo que benefició únicamente a las sociedades que cumplían con esos presupuestos.

Sin embargo, el inconveniente no termina ahí, pues en el fondo, deja en el limbo a las sociedades inactivas que no participan en el tráfico mercantil, pero que sí poseen bienes que liquidar o aquellas que, participando en el quehacer comercial, simplemente incurrieron en mora y que, por lo tanto, se les cancela la personalidad jurídica.

## V.2 Ley 9428

La Ley de Impuestos a las Personas Jurídicas dispone en el artículo 1: Creación:

*Se establece un impuesto sobre todas las sociedades mercantiles, así como sobre toda*

6 Expediente n.º 12-016277-0007-CO. resolución publicada en el Boletín Judicial n.º 234 del 2 de diciembre de 2015.

*sucursal de una sociedad extranjera o su representante y empresas individuales de responsabilidad limitada que se encuentren inscritas o que en adelante se inscriban en el Registro de Personas Jurídicas del Registro Nacional.*

Así mismo, en lo que interesa, refiere el numeral 4: Forma y plazo para el pago:

*Tratándose de sociedades mercantiles, empresas individuales de responsabilidad limitada, así como de toda sucursal de una sociedad extranjera o su representante, inscritas en el Registro de Personas Jurídicas del Registro Nacional, el impuesto se pagará [...] dentro de los primeros treinta días naturales siguientes al 1 ° de enero de cada año.*

Disolución y cancelación de la inscripción artículo 7:

*El no pago del impuesto establecido en la presente ley por tres períodos consecutivos será causal de disolución de la sociedad mercantil, la empresa individual de responsabilidad limitada o la sucursal de una sociedad extranjera o su representante.*

*La Dirección General de Tributación enviará al Registro Nacional un informe que contenga el detalle de las sociedades mercantiles, las empresas individuales de responsabilidad limitada o la sucursal de una sociedad extranjera o su representante, que no paguen el impuesto por tres períodos consecutivos, para que el Registro Nacional envíe el aviso de disolución al diario oficial La Gaceta, de conformidad con el artículo 207 de la Ley N.º 3284, Código de Comercio, de 30 de abril de 1964, y **procederá a la cancelación de la inscripción y anotación de bienes.***

Ante este cuadro fáctico, tenemos lo siguiente: un impuesto que debe ser pagado dentro de los primeros treinta días naturales siguientes al 1 de enero de cada año y que va a pesar en los hombros de todas las sociedades mercantiles y empresas individuales de responsabilidad limitada que se encuentren inscritas o que se inscriban en el Registro de Personas Jurídicas del Registro Nacional.

Si la sociedad no honra la deuda dentro del plazo establecido por ley por tres períodos consecutivos, será causal de disolución de la sociedad mercantil (entendemos aquí los supuestos de disolución normal y no los que podría darse por causa de una modificación de la sociedad o una mutación debido a una fusión por absorción). Eso significa, aplicando el derecho de fondo y el debido proceso, que entraría al espacio adecuado para que las normas del Código de Comercio entren en el escenario y, por lo tanto, en ese estadio, la sociedad debe empezar el proceso de liquidación por una disolución de pleno derecho, dado que solo basta de forma objetiva constatar el estado de morosidad.

Pero resulta que no, pues en el párrafo siguiente, se detalla que la Dirección General de Tributación enviará al Registro Nacional un informe que contenga el detalle de las sociedades mercantiles, las empresas individuales de responsabilidad limitada o la sucursal de una sociedad extranjera o su representante que no paguen el impuesto por tres períodos consecutivos, **para que el Registro Nacional envíe el aviso de disolución al diario oficial La Gaceta [...], y procederá a la cancelación de la inscripción y anotación de bienes.**

Es decir que, sin un proceso previo de liquidación, se cancela la inscripción, entonces muere la sociedad y si muere la sociedad ¿qué va a pasar con los bienes, con los acreedores, con los negocios? ¿Para qué sirve la hipoteca legal, si no existe sociedad contra la cual se puedan

continuar los procedimientos? ¿Quién pagará todas esas obligaciones de la sociedad si esta ya se extinguió?

Nótese que estamos hablando de sociedades mercantiles y empresas de responsabilidad limitada disueltas con bienes y otros activos que quedan en un limbo jurídico. Parafraseando a González Mora, tenemos un nuevo tipo de sociedad: la sociedad disuelta, desinscrita que aún no ha sido liquidada y que aún tiene bienes. (*Charla Disolución y liquidación de las sociedades*. VI Congreso de Actualización Jurídica Notarial).

Ante esta problemática, tal como se indicó en el apartado final del acápite anterior, en aras de sanear el inconveniente generado, el legislador aprobó la Ley N.º 20479 que reforma el Transitorio II de la Ley N.º 9428 y, con ello, se “revive las sociedades “que fueron disueltas por no haber pagado el impuesto a las personas jurídicas (Ley Lázaros)”, revirtiendo el estado de disolución con efectos retroactivos que en lo que interesa establece a partir del párrafo segundo:

*A las sociedades mercantiles, las subsidiarias de una sociedad extranjera o su representante y las empresas individuales de responsabilidad limitada, que dentro de la fecha de vigencia de la presente ley y hasta el 15 de diciembre de 2017 hayan cancelado las sumas adeudadas por concepto de la Ley N.º 9024, Impuesto a las Personas Jurídicas, de 23 de diciembre de 2011, podrán hacer el pago de los períodos adeudados a partir de los años 2012 al 2015, según la norma anteriormente citada, sin que por ello deban cancelar intereses o multas correspondientes. Las personas jurídicas que hayan sido disueltas y que hayan cancelado las sumas adeudadas a más tardar el 15 de diciembre de 2017 podrán presentar ante el Registro Nacional*

*la solicitud de cese de su disolución, quedando dichas personas jurídicas en la misma condición jurídica en que se encontraban antes de su disolución, con los efectos retroactivos que ello conlleva. Tendrán tiempo hasta el 15 de enero de 2018 para presentar dicha solicitud ante el Registro Nacional, luego de cancelados los montos adeudados [...].*

Desgranemos este transitorio, si la sociedad pagó las sumas adeudadas a más tardar el 15 de diciembre de 2017, en palabras de la licenciada Ivannia Méndez Rodríguez (2007), podía optar por las siguientes opciones:

*a. Mantener sus sociedades al día, haciendo pago regular en enero de cada año del monto que a cada una de ellas corresponda por impuesto de personas jurídicas, con base en la Ley N.º 9428, debiendo cumplir con el trámite de inscripción ante el Ministerio de Hacienda conforme el cronograma ya establecido por ley.*

*b. Realizar pago de cualesquiera sumas adeudadas por impuesto de personas jurídicas, con base en lo dispuesto en la Ley N.º 9024 y la Ley N.º 9428, pudiendo después según el caso concreto e interés de negocio de cada persona:*

*i) liquidar la sociedad en cuestión, para proceder con el reparto de bienes como parte del proceso de liquidación en caso de que los hubiere, o*

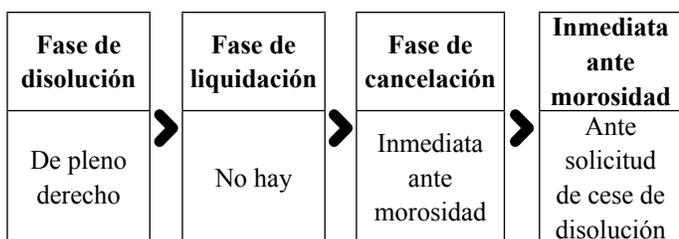
*ii) solicitar el cese de su disolución, manteniendo la sociedad con el estatus anterior y por ende con los bienes dentro de su haber patrimonial.*

Pero la pregunta que cabe plantear es: ¿Qué pasa si no optó la sociedad por ninguna de esas opciones? La respuesta parece ser que operaría de pleno derecho la causal de disolución ordenada en el numeral 7 de la ley en estudio; es decir, se

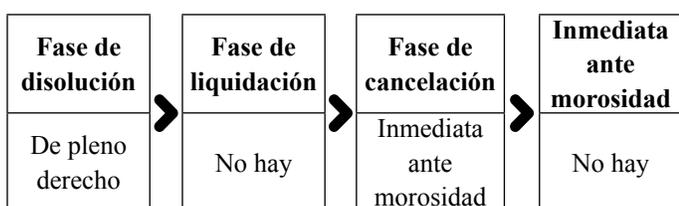
cancela la inscripción y, entonces, se está igual que al principio, una sociedad que se extinguió, sin cumplir con los presupuestos del numeral 201 y siguientes del Código de Comercio, en cuyo caso, si tiene deudas no va a poder honrarlas y, mucho menos, repartir el remanente (si lo hubiera). Pero además tenemos a unos socios solidariamente responsables en el pago del impuesto, solidariamente responsables con una sociedad que no existe y que no pasó por el proceso de liquidación.

Esquemáticamente con la Ley 9428 y su reforma con aplicación de solicitud de cese, lo podemos ver de esta manera:

Esquemáticamente, la Ley 9428 sin solicitud de cese se presenta de esta manera:



### V.3 Implicaciones procesales



Ante el panorama planteado, debemos señalar que era y es inimaginable para el derecho mercantil que una ley enfocada al recaudo de impuestos pudiera suprimir la fase de liquidación de una sociedad, olvidando la multiplicidad de intereses que se encuentran inmersos durante la “vida” de la persona jurídica, pues, en buena teoría, ha desplegado una serie de actividades para la consecución de su objeto social.

Con el fin de ilustrar mejor porque hablamos de “multiplicidad de intereses”, presentamos una serie de posibles escenarios que existen en razón de una sociedad. Entre ellos, estarían:

- a. Los socios que procuran que se desarrolle una actividad económica por la junta administrativa de la sociedad según el pacto constitutivo en aras del cumplir el objeto social, generándose a través de su actividad posibles dividendos para repartir o reinvertir año con año.
- b. La junta directiva que tiene en sus manos la dirección de la compañía y procura el sano desenvolvimiento de la actividad comercial.
- c. Los “acreedores” de la sociedad en sentido amplio (por ejemplo: personas proveedoras, entidades financieras, personas trabajadoras, proveedoras de servicios profesionales) que permiten el desenvolvimiento normal de la actividad mercantil desarrollada por la sociedad.
- d. Las personas consumidoras de los servicios o productos desarrollados por la persona jurídica v. las empresas competidoras que al lado de la persona jurídica conforman parte de una oferta de servicios y productos a un mercado determinado.

Todas estas personas, ejemplificadas muy someramente en diversos escenarios, de alguna manera quedarían desprotegidas ante un escenario de cancelación de asientos del registro, sin la liquidación previa por existir créditos o derechos en su favor y en contra de la sociedad.

Independientemente de la finalidad que el legislador tenía con la creación de un impuesto a personas jurídicas y el aplicar un régimen sancionatorio ante su no pago, estimamos que las implicaciones procesales de esa decisión tomada a la ligera son trascendentales, debido a los eventuales daños presentes o futuros que

pueden ocasionar al comercio y a la seguridad jurídica de un país. Como bien se rescató líneas arriba, el asunto no es un asunto meramente de interés de los socios, existe un conglomerado de personas (terceras personas ajenas al ente social) que pueden resultar desfavorecidos con este tipo de actuaciones.

En otras palabras, observamos, entonces, cómo sin existir un proceso previo de verificación de la razón de no pago de un impuesto, se aplica una sanción que parece que no cumple con parámetros racionales, pues al momento que se encuentren acumulados tres periodos de no pago, se sanciona con la “muerte” a la persona jurídica, desconociendo un proceso previo de verificación para la aplicación de un régimen sancionatorio donde no solo la persona jurídica se ve perjudicada (la sociedad como tal, los socios, entes fiscalizadores, administradores), sino también terceras personas que muchas veces han actuado de buena fe, en la mayoría de los casos, personas acreedoras de la sociedad extinguida.

Nos preguntamos entonces, ¿dónde quedan todas las protecciones que se procura a las personas terceras al amparo de la buena fe registral y comercial, de quienes han realizado negocios con la empresa? ¿Qué incentivo o solución tendrían los socios que han invertido capital para el desarrollo de una actividad económica ante un escenario tan abrupto como este, donde se desaplican los procedimientos normales de disolución y liquidación?

En este punto, es oportuno tomar en cuenta que nuestro Código de Comercio ha previsto una diferenciación clara entre la nulidad derivada del derecho común en contraste con la que pudo haber sido producto de la constitución de una sociedad.

En esta ocasión, los legisladores sí volvieron su mirada en protección de las eventuales personas

terceras que han realizado negocios con la persona jurídica a pesar de que existen vicios o defectos insubsanables en la creación y puesta a la vida de la persona jurídica. Más bien en el artículo 20 del Código de Comercio, ante supuestos de declaratorias de inexistencia o nulidad del acto constitutivo, procuraron disolver y liquidar la sociedad “sin efectos retroactivos”.

Retomando la idea central, para evitar seguir enunciando interrogantes que generan más inquietudes que soluciones, recapitulemos dos posibles consecuencias en el ámbito procesal, procurando concomitantemente brindarle una solución a este (no pretendiendo agotar el tema, pues lo consideramos novedoso) de la siguiente manera:

1. Se evidencian implicaciones de debido proceso producto de haber aplicado una sanción de “cancelación” (extinción) especialmente para los socios de una sociedad, quienes tendrán serias dificultades para hacer valer los derechos de algo inexistente.

En el ámbito formal, tendrían serias dificultades para enderezar la actividad mercantil de la empresa, realizando acuerdos en asambleas de socios para arreglar la mala administración (ya sea culposa o dolosa), pues han sido cancelados los asientos registrales. Al carecer de ellos, sería imposible presentarle al registro los nuevos acuerdos societarios. Aunado a ello, los bienes de la sociedad quedarían respondiendo con hipoteca o prenda legal preferente, sin que los personeros o accionistas puedan actuar en su defensa.

Parece que las personas accionistas tendrían que recurrir a procesos ordinarios para hacer valer sus derechos frente a los administradores, o también a procesos contencioso administrativos frente a la Administración por un quebrando al debido proceso, pues por más que haya sido una

sanción producto de una ley, siempre existe un acto administrativo de por medio donde podría discutirse que posee un vicio de nulidad que supuestamente está verificando el incumplimiento reiterado (de tres periodos consecutivos) y aplicando una sanción, reiteramos, sin un debido proceso.

1. Implica que los procesos judiciales que se encuentren en trámite donde la persona jurídica figura como actora o demandada, al haber sido cancelado su asiento registral (ha “fenecido”) afectarían de manera grave el desenvolvimiento de un debido proceso, pues los administradores o representantes dejarían de serlo ante su fenecimiento. Ante la incertidumbre -pues no hay administradores o apoderados judiciales o extrajudiciales formales según el Registro- el juez o la jueza debe procurar soluciones en aras de no violentar el debido proceso de las partes.

Cabría ver si lo conveniente es llamar al proceso a un curador procesal o más bien, interpretando lo establecido en el numeral 208 del Código de Comercio de que los administradores son solidariamente responsables de las operaciones que se efectúen con posterioridad al vencimiento del plazo sociedad, se les debería permitir que sigan ejerciendo la representación de esta.

Consideramos que este último criterio es el más conveniente, si consideramos que la lógica inmersa en el Código de Comercio derivada de una aplicación del artículo 186 de que la sociedad anónima no debe quedar acéfala (*D’Alolio, Revista Judicial n.º 88, s.f, Documento electrónico*).

Por esta razón, así como en asuntos “normales” de finalización del cargo de un miembro de junta directiva, como por ejemplo, por renuncia o caducidad del nombramiento, no surten efectos

inmediatos, sino que hay que esperar hasta el momento en que sus sucesores puedan ejercer legalmente sus cargos. Con mucha mayor razón, podríamos aplicar esta interpretación de que, en un caso “no normal” o “tan irregular” como el que estamos analizando, se aplique la misma solución, surtiendo efectos hasta el momento en que el consejo de administración o junta directiva sea reconstituida, respetándose la “integridad orgánica” (o última representación formal) **por un asunto de interés público**, todo en atención de los numerales 186 y 208 del Código de Comercio. Es innegable que entraría en discusión ¿cuál sería el paso por seguir? ante estos supuestos para “normalizar” la situación registral de la persona jurídica “extinta”, ya sea volviéndola a la vida o, finalmente, realizando el trámite de liquidación y extinción de la sociedad.

En todo caso, estas son solo algunas ideas o alternativas y tendría que ser valorada su aplicabilidad en el momento oportuno por la autoridad competente.

Además de los anteriores inconvenientes, siempre quedaría en entredicho, ¿cuál sería la situación de los bienes que se encuentran a nombre de la sociedad?, los cuales casualmente pasarían a constituir hipoteca o prenda legal preferente.

El numeral 5 de la ley en comentario refiere que: “[...] *Las deudas derivadas de este impuesto constituirán hipoteca legal preferente o prenda preferente, respectivamente, si se trata de bienes inmuebles o bienes muebles propiedad de las sociedades mercantiles, empresas individuales de responsabilidad limitada o sucursales de una sociedad extranjera o su representante [...]*”.

Parece que la misma Administración tributaria tendría dificultades, pues existiría una hipoteca o prenda legal preferente de un bien, y no se posee un representante legal o apoderado para notificarle y hacer efectivo su cobro. Recordemos que, ante

el eventual proceso de ejecución prendaria e hipotecaria, necesariamente hay que notificar a la persona que figura como propietaria de los bienes ante el Registro Público de la Propiedad. Pensar lo contrario implicaría un criterio confiscatorio que podría afectar derechos fundamentales, como el derecho de propiedad o el de debido proceso.

#### V.4 Implicaciones societarias

Como ya se esbozó en el acápite anterior, las implicaciones procesales pueden llegar a ser inconmensurables, pues abarcan a una gama importante de personas que puedan llegar a resultar afectadas por tener procesos abiertos en contra de la sociedad.

Parece más bien que la “sanción” contemplada en el numeral 7 más que una propuesta sería y real de que el Estado logre captar recursos y procure pagarse las deudas por invención de un nuevo impuesto, se está provocando que la misma Administración tributaria no pueda recuperar sus fondos generando múltiples consecuencias con su implementación, por lo que se observa que la solución implementada por el legislador para mejorar el déficit fiscal en el país trae consigo inconvenientes prácticos.

Llama la atención la parte final del numeral 7 de la ley en comentario, cuando con el afán de procurar la captación del impuesto en lo que nos interesa, el legislador indica:

*[...] En caso de operar la disolución de las sociedades mercantiles [...], y la respectiva cancelación del asiento registral, la **Administración Tributaria se encuentra facultada para continuar los procedimientos cobratorios o establecer estos contra los últimos socios oficialmente registrados, quienes se constituirán en responsables solidarios en el pago de este impuesto [...]**”. (Resaltado es propio).*

Estimamos que este tipo de propuestas vertidas por el legislador traen abajo la noción separada de patrimonio que debe existir entre el haber societario y el patrimonio de sus socios, máxime en el caso de sociedades anónimas. Al quebrantarse este, se estaría desconociendo la razón de ser de la sociedad anónima, pues de alguna manera se vuelve a fundir en un solo patrimonio del socio con el de la persona jurídica al hacerlo responder de manera solidaria.

Recordemos que al constituirse la sociedad mediante el acto de inscripción registral, esta adquiere personalidad propia producto de las aportaciones que realizaron los socios. En tesis de principio, estarían únicamente obligados al pago de sus aportaciones. (Artículo 102 del Código de Comercio).

En este orden de ideas, vemos cómo las personas jurídicas son sujetos de derecho distintos de sus miembros, y sus patrimonios son independientes. Por tanto, sus miembros no responden individual ni colectivamente de las obligaciones de la entidad, olvidando el legislador un principio que denominaríamos de independencia o separación patrimonial, al hacer responder con el patrimonio del socio la obligación de la persona jurídica.

Otra circunstancia particular que estaría riñendo con los derechos de los accionistas es que no tendrían una fase liquidatoria que les permita ver los balances de la sociedad, verificar el estado de los activos y un verdadero plan que permita determinar cuáles serían los pasos que deben seguir para la cancelación de los posibles acreedores de la sociedad con el fin de tener certeza si quedaría algún dinero en su favor. Sería la forma en que pueden percatarse si existió una buena o mala administración por parte de la junta directiva de la sociedad además de las asambleas ordinarias que podrían haberse celebrado a lo largo de la vida de la persona jurídica, dejando de lado todo el tema de compeler a las personas

a “dar muerte” a la sociedad debido a una deuda tributaria.

Además, resultaría innegable que una sociedad administrada por una junta directiva sin escrúpulos perfectamente podría valerse de esta nueva “causal de disolución” para escudar sus actividades fraudulentas e ilícitas, pues la misma ley les otorgaría una solución rápida y ágil que les serviría como cortina de humo o escudo para entorpecer las posibles acciones legales que puedan hacer los socios en su contra.

Nos gustaría concluir los acápites de las implicaciones procesales y societarias indicando que las personas jurídicas deben estar normadas bajo criterios uniformes, sin dar pie a confusiones en cuanto a su creación, funcionamiento y extinción, por un tema de “utilidad pública” y de “interés general”, debiéndose procurar ante todo la seguridad jurídica de los asociados y de terceras personas. (Esguerra, 2010, p.15).

Estimamos oportuno traer a colación el criterio vertido por Esguerra, pues el tema de la extinción de una sociedad es un asunto de “utilidad pública” y de “interés general”, ya que afecta al entramado social en general, comercial en particular, quien debe tener certeza de que una deuda tributaria no puede abrir la puerta para que los administradores puedan utilizarla como excusa para desaparecer una sociedad anónima sin una previa liquidación.

#### **V.5 Posibles soluciones doctrinarias y en el derecho comparado**

Ante esta tesitura, evidentemente el derecho no puede quedarse estático, la sociedad requiere respuesta a los problemas y, por ello, es menester tratar de delinear algunas posibles soluciones que han planteado desde los foros, en la doctrina, la interpretación analógica y el derecho comparado.

Dentro de las primeras posiciones que encontramos, se halla la que equipara a la persona jurídica con la persona física y se sostiene que, al momento de la extinción de cualquiera de estas, puede darse el caso de que posean en su haber una serie de bienes, derechos y obligaciones que no fueron finiquitados y que requieren ser puestos a derecho.

Entonces, de manera análoga en los supuestos de disolución de pleno derecho que establece el numeral 7 de la Ley de Impuesto a la Persona Jurídica, podríamos aplicar el instituto de la reapertura que prevé el proceso sucesorio y que se encuentra regulado en el artículo 942 del Código Procesal Civil, Ley 7130, exclusivamente para los casos en que se den razones concretas y atendibles que justifiquen la reactivación de la sociedad, podríamos denominarlo, según lo expuesto por Hernández Aguilar, en una de sus conferencias, como una especie de “reapertura” en atención a situaciones de hecho o derecho sobrevenidas, similar a lo que eventualmente acontece en temas de derecho sucesorio de personas físicas.

Sin embargo, es importante aclarar que esta figura por sí sola se queda corta, porque sería hablar de una reapertura de qué, si en realidad nunca se dio un proceso de liquidación previo. Asimismo, recordemos que, en el momento en que la sociedad se extingue, por añadidura se queda sin órgano gestor que, para lo que nos interesa, sería el equivalente al liquidador, así que nada hacemos con un proceso de reapertura que al final sería solamente un cascarón, pues no contamos con un procedimiento previo ni un representante que la encabece y lleve a buen término, además de que el proceso de extinción de una persona física no se equipara al de una persona jurídica.

Otra solución es la que se está implementando a nivel registral y, específicamente, se aplica a aquellas sociedades que no aprovecharon el periodo de gracia otorgado por la Ley N.º 20479,

las cuales ya están descritas y respecto de las cuales no hay interés de revivir porque lo único que poseen son bienes que los “socios desean repartir”, pues en realidad nunca desarrollaron alguna actividad con ánimo de lucro.

En estos casos, como son sociedades en la mayoría de los casos de corte familiar, los socios normalmente no cuentan con libros y, si ya no tienen personalidad jurídica, no van a poder obtenerlos, entonces se ha aceptado en la práctica registral reconocer los acuerdos de liquidación y traspaso de bienes que se hagan en el protocolo de un notario y que este sirva de libro de actas. (González Mora, charla, *Disolución y liquidación de las sociedades*. VI Congreso de Actualización Jurídica Notarial).

Lógicamente esto es posible porque, irónicamente, la sociedad sí se cancela a nivel registral, pero los bienes no, sobre estos lo que se hace es anotar la hipoteca o prenda legal preferente.

Por último, queda por resolver el caso de la sociedad disuelta, desinscrita, que aún no ha sido liquidada, que posee bienes, obligaciones, cuentas entre otros, que sí realiza una actividad con fines de lucro y que no aprovechó el periodo de gracia para plantear la solicitud de cese de la disolución.

Parafraseando a Hernández Aguilar, la solución podría ser dada en aplicación del derecho comparado, específicamente el derecho español, en supuestos equiparables a los abordados aquí, donde se ha resuelto que la cancelación registral no debe conllevar la imposibilidad de realización del proceso de liquidación. Así, en los supuestos donde es necesario reactivar la sociedad para que finiquite sus propios negocios, la liquidación sigue, pero con efectos declarativos.

Evidentemente, salvo el supuesto registral que ya se está aplicando, debemos reconocer que

doctrina y judicialmente a nivel nacional no se ha planteado una solución concreta, y consideramos que, efectivamente, haciendo una aplicación integral de las normas constitucionales, de la ley y los principios que tutelan el debido proceso y el principio de realidad económica, es posible pensar en el desarrollo del proceso de liquidación, aun cuando se haya cancelado la personalidad jurídica, pues pese a que la sociedad estaría literalmente muerta, por razones jurídico-procesales, es necesario que finiquite los asuntos pendientes.

La discusión no debe ser enfocada desde el punto de vista registral, sino desde la esfera patrimonial (dado que no se han cancelado los bienes registralmente). Esto podría hacerse nombrando a un liquidador (que funja como lo hace el albacea en el sucesorio), siguiendo los parámetros que establece el párrafo final del artículo 211; es decir, que sea a solicitud de parte, por designación del juez o de la jueza, siguiendo los presupuestos de forma y fondo que establecen el Código Procesal Civil y el Código de Comercio.

Dicho lo anterior y frente a las distintas hipótesis planteadas, la realidad es que el desarrollo jurisprudencial de la mano con la doctrina, la que ira marcando los contornos aplicables a cada caso concreto.

## VI Conclusiones

En el tema de extinción de las sociedades mercantiles, para una mayor comprensión, lo primero que debemos decantar es el género de la especie. El género como tal es la extinción y, dentro de él, se pueden desarrollar de dos a tres fases, dependiendo de que la sociedad mercantil tenga relaciones jurídicas que deba hacer frente.

Ahora, dentro de esa gran gama, encontramos tres especies que son propiamente dicho: la disolución, la liquidación y la extinción; y

cada una tiene una razón de ser en el engranaje procesal. El problema que se plantea con la Ley 9428 radica en que cambia a los actores de posición y ubica a la disolución como el género (la cual no necesariamente conlleva a una cancelación de asientos registrales, piénsese en el caso de una fusión por absorción) y la confunde con la extinción, eliminando del todo la fase de liquidación, lo que evidentemente conlleva al caos que enfrentamos en este momento. De allí surge la importancia del uso correcto del lenguaje.

Entonces debe quedar claro que el proceso de extinción de una sociedad mercantil está compuesto por una serie de etapas que se encuentran interrelacionadas y que son necesarias para llegar a buen puerto, sea la “muerte” o “extinción” de la sociedad anónima, con la respectiva cancelación de los asientos registrales. Es necesaria esta concatenación de momentos, según lo que permitimos llamar en la investigación como el ABC de la muerte de una persona jurídica.

Era y es inimaginable para el derecho mercantil que una ley enfocada al recaudo de impuestos pudiera suprimir la fase de liquidación de una sociedad, olvidando la multiplicidad de intereses que se encuentran inmersos durante la “vida” de la persona jurídica.

Esperamos que las buenas intenciones del legislador con la creación de recaudación de impuestos para solventar los problemas fiscales no se vean opacados por los inconvenientes prácticos que podrían haberse generado al momento de su aplicación e implementación; especialmente, en el ámbito de disolución, liquidación y extinción de personas jurídicas.

Las sociedades mercantiles deben estar normadas bajo criterios uniformes, sin dar pie a confusiones en cuanto a su creación, funcionamiento y extinción por temas de “utilidad pública” y de

“interés general”, debiéndose procurar en un Estado de derecho como el costarricense el principio de seguridad jurídica que debe imperar para no desincentivar la inversión nacional o extranjera.

## VII Referencias

Alvarado Salazar, A. E. (2013). *La disolución y liquidación de las sociedad anónimas. propuesta de procedimiento en sede notarial*. San José Costa Rica : Tesis de Graduación para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.

Alvarado, E. (2013). *La disolución y liquidación de las sociedades anónimas. propuesta de procedimiento en sede notarial*. San José, Costa Rica: Tesis de Grado. Universidad de Costa Rica.

Arroyo Arroyo, J. I. (2012). El ciclo de vida de las sociedades mercantiles. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT. San José, Costa Rica. Disponible en la Web: <http://www.ulacit.ac.cr/file>, 51-53*. Obtenido de Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT. San José, Costa Rica. Pp. 51-53. Disponible en la Web: <http://www.ulacit.ac.cr/file>

Blanker, R. U. (1990) *La disolución, la liquidación y la extinción de la sociedad. Conferencias pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 8 de marzo de 1990. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/disolucion-liquidacion-pronunciada-231435>*

Broseta, M. (1969). Determinación e indeterminación del objeto social en la ley y en los estatutos de las sociedades anónimas españolas. *Anales de la Academia Matritense de Notariado*. Tomo XIX, (pp. 1/ 17). Madrid, España.

D’Alolio J., C.A. (s. f.). El principio societario de la continuidad de la representación frente a

la sociedad acéfala. *Revista Judicial*. N.º .88. Documento electrónico. Recuperado de: [https://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs\\_juds/rev\\_jud\\_88/principal.htm](https://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_88/principal.htm)

Esguerra D. J. P. (2010) Aplicación de las normas de carácter societario en el tiempo. *Revista de Derecho Privado*. Universidad de los Andes. N.º 43.

González, F. (1983). *Curso de legislación mercantil*. San José, Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia.

Ribas, A. F. (2002). *La disolución de pleno derecho como sanción: algunos problemas prácticos*. En *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero* (pp. 5147-5172). McGraw-Hill Interamericana de España.

Ruiz de Velasco, A. (2003). *Manual de derecho mercantil*. Madrid, España: Universidd Pontificia.

### **Páginas web consultadas**

Centro de Información Jurídica en Línea. (2010) < [www.cijulenlinea.ucr.ac.cr](http://www.cijulenlinea.ucr.ac.cr)> [Consulta: 26 de enero del 2018].

*Guía de calificación registral*. (2017). Sección de Personas Jurídicas. Registro Nacional de Costa Rica. Recuperado de: [http://www.registronacional.go.cr/personas\\_juridicas/documentos/GuiaCalificacionRegistral.pdf](http://www.registronacional.go.cr/personas_juridicas/documentos/GuiaCalificacionRegistral.pdf)

Ministerio de Hacienda de Costa Rica <http://www.hacienda.go.cr/contenido/14105-impuesto-a-las-personas-juridicas>

### **Videos y conferencias**

Hernández Aguilar Álvaro. Charla *Disolución y liquidación de sociedades por deudas tributarias*. Mesa Redonda: Nueva Ley de Impuesto de Sociedades: Repercusiones societarias y

tributarias. Auditorio Dr. Pablo Casafont Romero del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. 29 de junio de 2017.

Hernández Aguilar Álvaro. Charla *Aspectos procesales sobre el cobro del impuesto de personas jurídicas*. Mesa Redonda: Nueva Ley de Impuesto de Sociedades: Repercusiones societarias y tributarias. Auditorio Dr. Pablo Casafont Romero del Colegio de Abogados y Abogadas de costa rica. 29 de junio de 2017.

*Charla Disolución y liquidación de las sociedades*. VI Congreso de Actualización Jurídica Notarial. Dr. Ricardo González Mora. Lunes 9 octubre, 2017. Auditorio Pablo Casafont.

### **Normativa**

Código de Comercio Ley 3284 del treinta de abril de 1964. Vigente desde 27/05/1964. Versión de la norma 14 de 14 del 07/05/2014. Publicada en: *La Gaceta* n.º 119 del 27/05/1964. *Alcance*: 27.

Ley de Impuesto a las Personas Jurídicas Ley N.º 9428 del 21 de marzo de 2017.

Reforma del transitorio II de la Ley N.º 9428. Impuesto a las personas jurídicas, del 21 de marzo de 2017. Decreto Legislativo n.º 9485. Expediente n.º 20 479.

### **Votos**

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 48-f de las catorce horas del ocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Tribunal Primero Civil de San José. Sentencia 1306-G de las siete horas y treinta y cinco minutos del ocho de septiembre de dos mil cuatro.

Tribunal Segundo de Apelación Civil, Sección Primera. San José, sentencia n.º 317 de las quince horas un minuto del veintinueve de abril de dos mil veinte



# DERECHO DE RECESO

Lic. Pedro Bernal Chaves Corrales \*

## RESUMEN

Analizar el derecho de receso a la luz de la doctrina, jurisprudencia y legislación respecto a su aplicabilidad en la jurisdicción costarricense, tomando como base los requisitos esenciales y legales que permitan conocer y generar un procedimiento de los pasos a seguir para reclamar el derecho de receso, debido a que es un derecho sumamente restrictivo y su aplicabilidad se reduce al cumplimiento por parte del socio recedente a una lista taxativa de supuestos, cada uno con requisitos y consideraciones especiales, implicando con ello que el socio que decida separarse de la sociedad y no cumpla con lo establecido no podrá realizar un ejercicio del mismo y deberá buscar una salida alterna como la venta de las acciones.

**Palabras claves:** derecho de receso; sociedad; socio; acciones; principio de igualdad.

## ABSTRACT

Analyze the stock right in the light of the doctrine, jurisprudence, and legislation regarding its applicability in the Costa Rican jurisdiction, based on the essential and legal requirements that allow the understanding and an initiation of the corresponding procedures of the necessary steps to follow to reclaim the stock right. due to it being a restrictive right, its applicability its limited to the compliance from the preceding associate to a taxative list of assumptions. each of these have requirements and special considerations, involving the associate to decide the separation of the society and not to fulfill with the stablished, is not able to perform the execution of such right, and must pursue an alternate output as the sale of shares.

**Key Words:** stock right, society, shares of stock, partner, equal rights.

Recibido 2 de junio de 2021.

Aprobado 8 de junio de 2021.

---

\* Licenciado en derecho y Especialidad en Derecho Comercial por la Universidad de Costa Rica. Profesor de derecho comercial y bolsa en la Universidad de Costa Rica, ex director del área de Docencia de la Facultad de Derecho UCR. Autor de diversos artículos en áreas como comercial, bolsa y propiedad intelectual. pedrobernal@derechoucr.org

## Introducción

El presente trabajo busca realizar un estudio a nivel doctrinario, jurisprudencial y legal del derecho de receso en la legislación costarricense. Se analizarán los requisitos legales establecidos en el artículo 32 bis del código de comercio para que el socio recedente cumpla a cabalidad con ellos y pueda tener obtener el reembolso de sus acciones.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Sala Primera darán a la investigación una interpretación aplicada de la doctrina y de la ley, en especial del respeto de los derechos fundamentales del socio frente a la sociedad y de cara a las nuevas tendencias de protección de las minorías societarias.

De manera tal, que este artículo permitirá un análisis del concepto, la naturaleza jurídica, el papel de la autonomía de la voluntad, y un análisis desmenuzado de los supuestos y la aplicabilidad de este derecho que contiene el artículo 32 bis del Código de Comercio de nuestro país.

## Concepto

El derecho de receso se encuentra plasmado en el artículo 32 bis Código de Comercio el cual tardó 26 años en ser incorporado a la legislación costarricense, y, como bien su nombre lo indica, es un derecho que tienen cada uno de los socios pertenecientes a una sociedad anónima de poder separarse de esta, siempre que se cumplan ciertos requisitos determinados. A nivel doctrinal se define este derecho como: “la facultad propia del socio de desvincularse de la sociedad mediante la

rescisión parcial, en los casos previstos por la ley o el contrato”.<sup>1</sup>

De conformidad con Martín Pennaca, citando a Ramón S. Castillo, define este derecho como “la facultad acordada al accionista que esté disconforme con una resolución fundamental de la sociedad, para retirarse de la misma, recibiendo el valor de sus acciones, de acuerdo al capital de la sociedad establecido por el último balance”<sup>2</sup>.

## Naturaleza Jurídica

De lo anterior, se desprende y resulta fundamental considerar algunos aspectos o circunstancias respecto a su ejercicio. Lo primero, es que en el artículo 32 bis define de manera expresa las causales que facultan al socio para hacer ejercicio legítimo de este derecho, las cuales son:

1. La disidencia por parte del socio ante acuerdos de prórroga del plazo social
2. El traslado del domicilio social de la sociedad al extranjero
3. La transformación y fusión de la sociedad que genere un aumento de la responsabilidad<sup>3</sup>
4. Cuando la sociedad no reparte el 10% de los dividendos en cada periodo, en efectivo, a pesar de las utilidades durante dos periodos consecutivos.
5. Si la sociedad cambia el giro de su actividad principal, causándole un perjuicio al socio.

Sin embargo, estas pueden ser ampliadas en el contrato societario, mismo que, de conformidad con la legislación civil costarricense, tendría carácter de ley entre las partes. Por lo cual, si ante una determinada situación el socio de una

1 CIJUL. *El derecho de receso*. Centro de Información Jurídica en Línea, 2006, consultado de: file:///C:/Users/j/Downloads/el\_derecho\_de\_receso.pdf; pág. 2

2 Pennaca, Martín. *El derecho de receso*. Editorial Astrea, 1978; pág. 13

3 Código de Comercio; artículo 32 bis.

sociedad anónima invoca alguna de las causales contempladas en este tipo de contrato, la sociedad la sociedad no podría alegar que es una causal que la ley no establece.

En esta misma línea, es menester tener en consideración que estamos ante la presencia de un derecho que es otorgado por ley, por tanto, a pesar de que un contrato societario no contemple este derecho al socio, el mismo sí puede llegar a ser otorgado aún y cuando la sociedad no se encuentre de acuerdo. Tampoco, la sociedad puede obligar al socio a pactar una cláusula contractual que inhabilite o imposibilite el ejercicio del mismo. En el supuesto que la sociedad pactara una cláusula que inhibe, imposibilite o haga de alguna forma nugatorio el derecho, dicha cláusula o acuerdo societario se considera absolutamente nulo y, por lo tanto, no aplicable.

Dado lo anterior, es importante tener en consideración y aclarar que algunas sociedades presentan dentro de su acuerdo societario una cláusula arbitral para que, ante un conflicto o desacuerdo entre los socios, sea ese tribunal arbitral quien decida; en estos supuestos, la revisión de nulidad de este tipo de cláusulas tiende a ser de menos fuerza, toda vez que en aquellas cláusulas arbitrales que se indique que el arbitraje es de conciencia, la legalidad tiende a ceder y por lo tanto pueden ser aplicadas a la hora de fallar en conciencia; situación que no sería posible si el arbitraje es de derecho.

Lo cierto es que el pacto constitutivo es un crisol de voluntades que de una u otra forma debe buscar un equilibrio entre los intereses en común que rigen los contratos societarios que son a su vez contratos asociativos. En el marco de esta afirmación, es fundamental tener en consideración

lo señalado por la Sala Constitucional mediante la resolución número 1584 – 2014, emitida a las dieciséis horas y un minuto del cinco de febrero del 2014, en donde se expresa lo siguiente:

*“En este sentido, dichas regulaciones deben perseguir un fin general de protección de esos intereses, de manera que la libertad de la autonomía de la voluntad, la libertad de contratación, no son irrestrictas, lo que implica la imposición de ciertas limitaciones especialmente para la protección de las personas que puedan estar en una situación de vulnerabilidad. De ahí que también la ley puede estar destinada a la protección de intereses superiores como son algunos derechos constitucionales”<sup>4</sup>.*

*“Ciertamente, en la constitución de un grupo societario se requiere de la voluntad de las diferentes partes concurrentes contractualista Nadie podrá ser obligado a formar parte de asociación alguna, que con el devenir del tiempo, surgen los conflictos de intereses que muchas veces pueden resultar en la ruptura del ligamen societario. Los términos pactados efectivamente establecen las cláusulas típicas de estos grupos, pero de igual manera, deben existir disposiciones atípicas que regulen el ejercicio negativo a la libertad de asociación”<sup>5</sup>.*

*“De ahí que, dentro de los grupos societarios debe haber una protección de las minorías, en caso de que ciertos acuerdos produzcan un conflicto con sus necesidades o conveniencias, de manera que no queden tiranizados por las mayorías. No es posible reputar las relaciones societarias como perpetuas, precisamente porque en protección del derecho fundamental*

4 Sala Constitucional. *Resolución 01584-2014*; del 05 de febrero del 2014. Expediente 12-016364-0007-CO. Consultado de: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-598664>

5 Ibid.

*de asociación, manifestado en sus dos facetas, está la de constituir una asociación como también la de librarse de ella, si esta última no resulta conveniente a los intereses de una minoría. Ciertamente, el principio mayoritario permitiría el derecho de autorregulación dentro de una relación societaria, que, claramente sirve para poder establecer la estructuración propia del giro comercial, pero no es apto para subordinar el ejercicio de un derecho constitucional, en su faceta negativa, especialmente de una minoría de socios. Aunque se señale que la ausencia de normativa vinculada a este tipo de sociedad anónimas resulta perjudicial, el ejercicio que prevé el Código de Comercio se encuentra limitado a ciertos supuestos, cumpliendo con un mínimo de formalidades, es decir, no es que permitiría exigir la separación en cualquier momento, sino que el código lo establece en determinados momentos”<sup>6</sup>.*

Por lo anterior, se asume la posición de que derecho de receso conforme a la legislación costarricense posee una naturaleza jurídica dual, pues parte de que su regulación se encuentra en la legislación, pero, también, pueden encontrarse supuestos especiales que van a variar dependiendo de la sociedad anónima de la cual se trate, en principio en beneficio del socio, por medio de un contrato societario que en algunas oportunidades es muy amplio y da una garantía de seguridad entre las partes contratantes, pero, en otros, en muy exiguo y vulnera las garantías procesales mínimas de algunos de los socios.

### **Respecto a su constitucionalidad: autonomía de la voluntad**

La doctrina ha definido que los contratos societarios son la especie del género de los

denominados contratos asociativos. Este tipo de contratos se encuentran establecidos en el artículo 25 de la Carta Magna, norma que le brinda su fundamento jurídico constitucional, y lo establece como un derecho fundamental, debido a que este artículo señala lo siguiente: “Los habitantes de la República, tienen derecho de asociarse para fines lícitos. Nadie podrá ser obligado a formar parte de asociación alguna”<sup>7</sup>.

En este sentido, la Sala Constitucional ha sido enfática en el desarrollo del contenido de este artículo 25 constitucional, por medio de su jurisprudencia; donde ha señalado, por ejemplo, por medio de la resolución 01334-2010, lo siguiente:

“El derecho de las personas a asociarse constituye una actividad natural del hombre y, a la vez, una libertad pública consagrada en el artículo 25 de nuestra Constitución Política, numeral del cual se desprenden dos claros supuestos. En primer lugar, se reconoce una facultad de índole positiva que permite a las personas fundar, participar y pertenecer a organizaciones de naturaleza y fines lícitos, y, por otra parte, se reconoce una posibilidad con rasgos negativos, esto es, que la persona tiene la libertad de que no se le exija pertenecer o mantenerse en determinados grupos. De esta manera, se entiende que la pertenencia a una determinada organización es **una manifestación de libre voluntad del individuo** y, por ende, no se puede obligar a la persona a formar parte de ella. Dicho de otro modo, el contenido esencial del derecho de asociación le reconoce a toda persona una protección fundamental en la doble vía como tal derecho se puede manifestar, sea mediante la llamada libertad positiva de fundar y participar en asociaciones o de adherirse y pertenecer a ellas, así como en el ejercicio negativo de la libertad, en virtud del cual no es posible obligar a ninguna

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Constitución Política; artículo 25.

persona a formar parte de asociaciones ni a permanecer en ellas. Así, este derecho implica que todo ciudadano goza de libertad para pertenecer a grupos de personas organizados<sup>78</sup> (subrayado y negrita no es del original)

De esta doble vía que explica que explica la Sala Constitucional, se debe deducir que toda persona tiene libertad de libertad para que, conforme a su libre y autónoma voluntad, constituya contratos asociativos libremente. El contrato asociativo es un contrato plurilateral en donde no hay un concurso de voluntades para formar el consentimiento, en este contrato las voluntades corren paralelas a formar una organización<sup>9</sup>.

Lo anterior, se evidencia en lo señalado por el tratadista Nicolás Di Lella, el cual explica que en un contrato societario se busca el bienestar común, por lo cual no se está ante la presencia de un contrato sinalagmático donde hay voluntades opuestas, pues, muy por el contrario, las voluntades de cada uno de los socios están enfocadas en un mismo sentido<sup>10</sup>.

No obstante, no todas las decisiones tomadas para con la sociedad, implican que los socios se encuentren de acuerdo o conformes de manera plena. Existirán ocasiones en las cuales se adopte y tome un acuerdo con respecto al cual la persona socia no se encuentre satisfecho, pero, ello no es motivo para que el derecho de receso sea invocado.

Es importante tener en consideración, que ese derecho no puede ser irrestricto e ilimitado, porque de lo contrario, ante cualquier mínima decisión tomada por los socios para con la sociedad, y que con sólo una persona que no se encuentre conforme, abriría paso a un uso indiscriminado del ejercicio de este derecho. Por tanto, el derecho de receso debe ser la excepción y no la regla.

Por este motivo, conforme a lo expresado por el autor Delfino Cazet en el Primer Congreso Argentino de Derecho Societario de 1977, en donde se explica la diferencia del derecho de receso con el “disentir” de un socio respecto a una decisión tomada por la sociedad, señala que estas figuras son institutos distintos, ya que el disentir se reduce meramente al discrepar, lo cual si bien implica una manifestación de voluntad, ello no trasciende más allá y no permite al socio la separación; ello, en razón de que el derecho de receso, como bien se ha señalado anteriormente, si bien existe una disconformidad en donde el socio manifiesta de manera libre y autónoma su voluntad de oposición, si es por l En este sentido, la Sala I de la Corte Suprema de Justicia ha dicho “En general, y sobre todo en los contratos asociativos, el contrato está limitado por las obligaciones y derechos establecidos por las partes contratantes, pero va más allá en cuanto señala cómo se encuentran divididos los poderes, las responsabilidades y las actividades a desplegar por las partes en la empresa. En este sentido la empresa no nace con el contrato

8 Sala Constitucional. *Resolución 01334-2010*; del 26 de enero del 2010. Expediente 09-018541-0007-CO. Consultado de: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-469833>

9 En este sentido, la Sala I de la Corte Suprema de Justicia ha dicho “En general, y sobre todo en los contratos asociativos, el contrato está limitado por las obligaciones y derechos establecidos por las partes contratantes, pero va más allá en cuanto señala cómo se encuentran divididos los poderes, las responsabilidades y las actividades a desplegar por las partes en la empresa. En este sentido la empresa no nace con el contrato mismo. Su perfeccionamiento depende del efectivo nacimiento de la iniciativa económica”. Sala Primera. *Resolución 00046-1994*; del 02 de marzo de 1994. Expediente: 94-000046-0004-CC. Consultado de: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-160769>

10 Nicolás Di Lella. *Derecho de receso y valuación de acciones recedidas*. Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, No. 1, 2011: s.p. Consultado de: [https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=42469&print=1#indice\\_2](https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=42469&print=1#indice_2); pág. 19

mismo. Su perfeccionamiento depende del efectivo nacimiento de la iniciativa económica”. Sala Primera. *Resolución 00046-1994*; del 02 de marzo de 1994. Expediente: 94-000046-0004-CC. Consultado de: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-160769> os motivos previamente establecidos conforme a la ley (32 bis Código Comercio de Costa Rica) o contrato societario, esta última figura o instituto sí le permite al socio su separación<sup>11</sup>.

Asimismo, si las decisiones tomadas no son aceptadas por la persona socia “porque tal determinación, valorándose en relación con la participación que tengan en la compañía, puede ir en detrimento de sus intereses patrimoniales o en aumento de sus responsabilidades”<sup>12</sup>, cumpliéndose conforme a los supuestos taxativos del 32 bis, habilita la posibilidad de que entre en juego esta figura, como una “herramienta para descomprimir y equilibrar intereses legítimos en situación de conflicto, permitiendo al socio opositor su retiro previo reembolso del valor de su participación social.”<sup>13</sup>

En ese sentido si la persona socia decide hacer uso y ejercicio pleno de este derecho, estaría realizando una declaración de voluntad, plena, de carácter unilateral y facultativa; la cual va dirigida a la sociedad comunicando la posición que ha sido asumida; y aunque esta se encuentre o no de acuerdo debe dar lugar y acogida a la decisión del socio recedente. Es evidente la manifestación en este aspecto, de la segunda vía que cubre el artículo 25 de la Constitución anteriormente explicada por la Sala Constitucional, respecto a la libre voluntad del socio de separarse de la asociación, pues no puede estar obligado a

permanecer en el contrato asociativo en contra de su voluntad y bajo los supuestos de ley.

De manera posterior, es menester indicar que esta misma Sala supra citada ha ido brindando mayor fundamento a esta segunda línea o vía de manifestación de voluntad en cuanto a la separación del socio, pero, de manera más específica respecto al derecho de receso debido a que manifiesta que cumpliéndose los requisitos establecidos en el código de comercio para ejercer el derecho de receso, se estaría dando esa circunstancia especial de vulnerabilidad toda vez que al ser la sociedad un acuerdo de voluntades dentro de un contrato asociativo, al violársele los supuestos de ley se estaría dando una desproporcionalidad y un abuso del derecho; y que, esa violación riñe, además, con la libertad de comercio, pues al ser la sociedad mercantil por la forma comerciante - artículo 17 código de comercio en relación con el artículo 5 -, los socios ven limitada o eliminada su libertad de comercio al no permitírseles el pleno goce de sus derechos de socio dentro de la sociedad.

Esa libertad de comercio no solo es visible en la posibilidad de ser sujeto pasivo, sino que además puede serlo en el sujeto activo. Ambos conceptos confluyen e integran dentro de la sociedad mercantil – que ya de por sí es comerciante – el derecho que tiene el socio de ejercer el comercio por medio de esa sociedad y, por ende, su libertad de comercio. Así pues, reza expresamente su jurisprudencia que:

Se ha señalado que la libertad de comercio, como garantía fundamental es el derecho que tiene todo ciudadano para escoger, sin restricciones,

11 Delfino, Luis. *Principales aspectos sobre el derecho de receso*. I Congreso Argentino Derecho Societario en La Cumbre, Córdoba, 1977. Consultado de: <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/570/CDS01020275.pdf?sequence=1>; pág. 280

12 Ibid.

13 Nicolás Di Lella

la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus intereses, de manera que, ya en el ejercicio de una actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establezca (véase sentencia de esta Sala No. 1994-1901). En este sentido, dichas regulaciones deben perseguir un fin general de protección de esos intereses, de manera que la libertad de la autonomía de la voluntad, la libertad de contratación, no son irrestrictas, lo que implica la imposición de ciertas limitaciones especialmente para la protección de las personas que puedan estar en una situación de vulnerabilidad<sup>14</sup>

### **Análisis artículo 32 bis Código Comercio**

1. Respecto a las figuras de entorpecer, limitar y excluir el derecho de receso.

Como contrato asociativo que es la sociedad mercantil, los socios al momento de constituir la toman los acuerdos que estimen necesarios. Bajo esos supuestos, tenemos que analizar la posibilidad de que los socios, sea por mayoría o por unanimidad, decidan excluir, limitar o de alguna forma entorpecer el derecho de receso o el ejercicio del mismo dentro de esa sociedad.

Los supuestos pueden ser muy amplios, analicemos cada uno por separado:

- 1.1. Entorpecer el derecho de receso:

Para el Diccionario de la Real Academia Española, entorpecer significa “dificultar u obstaculizar [algo]”<sup>15</sup>. Ese verbo posee la particularidad de ser sumamente amplio pues dificultar u obstaculizar permite enmarcar una gran multiplicidad de actos positivos o negativos, contratos, acuerdos, obstaculizaciones, manipulaciones, etc.

En el quehacer societario, se manifiestan de muy variada manera el entorpecer. Muchas de ellas van desde simples actos para menospreciar o hacer sentir incómodo al socio para limitar ese derecho de receso hasta aquellas que hacen necesario la intervención en muchos casos de la vía jurisdiccional para comunicar o notificar a la sociedad de que ese socio quiere ejercer el derecho de receso. El derecho comercial se rige por los usos y costumbres, según su artículo segundo y es precisamente mediante los usos y costumbres mercantiles que podemos interpretar y valorar ese supuesto de entorpecer. Hoy día, con los medios digitales de tan fácil accionar parecería muy sencillo solicitar el derecho de receso, pero, es precisamente bloqueando los correos, calificándolos como spam, etc., que se logra entorpecer el actuar del socio frente a la sociedad para ejercitar su derecho de receso.

- 1.2. Limitar el derecho de receso: La sociedad en su pacto constitutivo puede y de hecho muchas veces no hace, limita el derecho de receso.

Aquí debemos de ver dos supuestos distintos: el primero de ellos es cuando desde el inicio todos los socios y de común acuerdo al firmar el pacto constitutivo establecen una o varias limitaciones. Esas limitaciones son de muy variada forma desde establecer nuevos requisitos, fijar precios definidos de las acciones – normalmente muy por debajo del valor real – o bien, obligar a cumplir procedimientos previos para la solicitud del derecho de receso.

Bajo este supuesto, la sociedad tiende a alegar que si desde el inicio y sin la oposición el socio aceptó esas limitaciones no puede venir a ejercer ese derecho y decir ahora que le perjudica. El supuesto está presuntamente justificado – según

14 Ibid.

15 Real Academia Española. *Entorpecer*. Consultado de: <https://www.rae.es/dpd/entorpecer>

la sociedad – en ese acuerdo de voluntades, libres dentro de ese contrato asociativo de ejercicio en común de la actividad.

El segundo supuesto, radica en aquellos casos en que una vez constituida la sociedad mediante una asamblea debidamente convocada de conformidad con la ley y los estatutos se modifica el pacto constitutivo para agregar algún tipo de limitación al derecho de receso. Aquí la sociedad alega frente al socio recedente que para poder ejercer ese derecho debió haberse opuesto e impugnada la modificación y que, si no lo hizo en ese momento procesalmente oportuno, no puede venir a alegar o desconocer esa limitación impuesta a los socios. También alega la sociedad en muchas oportunidades que, si fue uno de los socios ausentes, al no haberle dado la importancia que se merece la asamblea o la modificación hecha pierde legitimidad para desconocer las limitaciones impuestas.

1.3. Exclusión del derecho de receso: la exclusión del derecho de receso como tal puede darse de dos formas: mediante la no regulación del derecho de receso y mediante norma expresa que lo excluye.

1.3.1. En cuanto a la no regulación del derecho de receso

Es la forma más usual en que se encuentran estructuradas las sociedades mercantiles en Costa Rica. Para efectos registrales, normalmente los notarios - quienes la mayoría no son especialistas en derecho comercial- utilizan una serie de formatos o modelos de escrituras en donde el derecho de receso no está regulado. La razón estriba en que este derecho es incorporado en nuestra legislación a partir de la reforma introducida en el código de comercio mediante la creación de la Ley Reguladora del Mercado de Valores del 10 de octubre de 1990, y los formatos o modelos que utilizan en la mayoría de los casos son desde la creación del código en 1964.

Bajo este supuesto, la sociedad tiende a justificar en forma contraria a la ley que si no está regulado en el pacto el socio no lo puede aplicar y, por lo tanto, se encuentra excluido. Suelen agregar, además, que, en aquellos casos de las sociedades constituidas antes de la reforma del 10 de octubre de 1990, no se les puede aplicar esa reforma y las posteriores, pues se le estaría dando un efecto irretroactivo a la ley. En estos casos, la sociedad trata por todos los medios de que no se aplique ese derecho de receso.

1.3.2. Mediante norma expresa que lo excluye

Nos encontramos con los casos en donde en la sociedad en forma expresa establece en el pacto constitutivo que se excluye el derecho de receso, sea por acuerdo unánime o de mayoría. Si el acuerdo es unánime, la sociedad intentará de nuevo alegar que el socio no puede venir en este momento a alegar que anteriormente lo aprobó y ahora se desdice, principalmente por ser un contrato asociativo de ejercicio en común de una actividad.

Además, bajo la teoría de los actos propios, no podría el socio que participó en la conformación de la voluntad societaria alegar un derecho contrario a lo que ya resolvió y aprobó con su voto en la voluntad societaria.

Si el acuerdo fue de mayoría y el socio no estuvo de acuerdo, fuera por ausencia o disidencia, fue en ese momento cuando debió – según la sociedad recedida - impugnar la cláusula estatutaria que excluía el derecho de receso.

De estas posiciones, soy del criterio que debemos tener claro, como punto de partida, la reforma de ley efectuada en octubre de 1990 en el cual surge el derecho de receso con una normativa que lo fundamenta. Antes de esa reforma que, si el socio participó en la toma de esas decisiones y con su voto conformó la modificación o creación de la

norma prohibitiva de restricción del derecho de receso, no puede posteriormente alegar y acogerse al derecho de receso que prevé la legislación.

Si la modificación o restricción, por el contrario, se produce bajo la vigencia del artículo 32 bis creado por la reforma de octubre de 1990 y sus posteriores reformas, el socio si puede solicitar del derecho de receso, por cuanto ni él ni la sociedad pueden alegar desconocimiento de la ley e ir en contra de lo estipulado en ella. Todo lo contrario, aquí priva bajo el principio de protección de las minorías que ese socio minoritario sí pueda ejercer su derecho de receso.

De conformidad con el artículo 32 bis último párrafo, el cual dice: “Es nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir el derecho de receso”<sup>16</sup>, se consideran como inexistentes jurídicamente todas esas limitaciones al derecho de receso.

La razón de ser filosófica de esa nulidad – como ya se hizo referencia - se fundamenta en el principio de protección de las minorías que busca mantener un equilibrio dentro del contrato asociativo – societario, que sirve de base para la justa armonía entre los socios.

## 2. Supuestos de aplicabilidad del derecho de receso contemplados en el artículo 32 bis Código de Comercio

Por su parte, respecto a este artículo 32 bis es necesario analizar cada uno de los presupuestos respecto a los cuales procede este derecho.

### 2.1. Los socios disidentes de los acuerdos de prórroga del plazo social

Para analizar este tema debemos comenzar indicando qué entendemos por plazo social. Eso quiere decir que, la sociedad puede tener la

duración que se estime conveniente. No puede ser permanente o perenne -al menos en nuestro país, aun cuando en otras legislaciones si se permite- porque el plazo debe estar determinado. Normalmente el modelo que emplean los notarios establece un plazo de 99 años. No obstante, el plazo social lo deja la ley la fijación al libre albedrío de los socios en el pacto constitutivo o posteriores reformas al pacto social lo determina libremente, pudiendo ser por más de los 99 años. Lo importante es que sea determinado o determinable.

El plazo social, tiene como efecto determinar el plazo mediante el cual la sociedad va a estar vigente y existente -tiene capacidad jurídica-, y por lo tanto es persona jurídica con todos los atributos jurídicos derivados de la personalidad jurídica.

Pero, como todo plazo, tiene una expiración y llegado a su vencimiento se producen los efectos jurídicos propios de la muerte jurídica. Es por eso que los socios cuando firman el contrato societario tienen muy claro cuál va a ser el plazo de la vida jurídica de esa sociedad. Muchas oportunidades, los socios total o parcialmente, no desean que la sociedad se extinga, por lo que, antes de que expire el plazo se lleva a cabo una asamblea de accionistas para modificar la cláusula del plazo social. Ese acuerdo de prórroga del plazo social hace surgir a la vida jurídica de los derechos del socio la posibilidad de que al ser disidente (no estar de acuerdo) y votar en contra, poder ejercer el derecho de receso.

### 2.2. Traslado del domicilio social al extranjero:

El domicilio social de conformidad con Osorio, se define como: “Es el lugar “donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de

16 Código de Comercio; artículo 32 bis

sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente”.<sup>17</sup>

Nuestros registradores a la hora de calificar y registrar el pacto constitutivo en el Registro de Personas Jurídicas, exige que el domicilio cumpla con lo establecido en el artículo 18 inciso 10) del código de comercio, por lo que “deberá ser una dirección actual y cierta dentro del territorio costarricense, en la que podrán entregarse válidamente notificaciones.”<sup>18</sup>

Adicional a lo establecido en este inciso 10 el Registro Público exige que la dirección sea clara y precisa y solicitan que debe indicarse la provincia, el cantón, distrito y caserío, o bien, la dirección por calles y avenidas. De no tener la dirección por calles y avenidas debe indicarse por una dirección o punto de referencia fácilmente identificable.

La razón de ser de este domicilio radica en delimitar la competencia territorial y el ámbito de aplicación de la sociedad. En aquellos casos en que exista el acuerdo de traslado del domicilio al extranjero, el socio ausente o disidente tiene el derecho de exigir su derecho de receso, que la ley le ha otorgado.

### 2.3. Transformación y Fusión

Las sociedades mercantiles, en especial la sociedad anónima, de conformidad con los artículos del 220 al 225 del Código de Comercio, pueden transformarse o fusionarse. Ante este supuesto, para llevar a cabo sea la transformación o la fusión, se requiere una convocatoria expresa de asamblea para conocer u aprobar dicha fusión o transformación.

El socio ausente o disidente de ese acuerdo de fusión o de transformación puede ejercer su derecho de receso, siempre y cuando esa fusión o transformación genere un aumento de su responsabilidad. El aumento de responsabilidad es un tema no bien definido por el legislador, lo que nos lleva a pensar que ese aumento de responsabilidad puede ser muy poco, no se requiere que sea excesivo, así como de cualquier naturaleza que sea. Puede ser por aumentos de responsabilidades internas o sea al seno de la sociedad o bien, externas, frente a terceros, e incluso frente a responsabilidades tributarias para con el Estado.

2.4. “Que la sociedad, a pesar de tener utilidades durante dos periodos consecutivos, no repartió en efectivo cuando menos el diez por ciento(10%) en dividendos, en cada período”<sup>19</sup>:

Para determinar si una sociedad tiene o no dividendos, se hace necesario que exista una asamblea de accionistas ordinaria, en la cual se determine después de aprobar el balance respectivo y el pago de los impuestos, que existen dividendos a repartir. Es ahí cuando surge el derecho al dividendo.

La Sala I de la Corte Suprema de Justicia, conociendo de un Recurso de Casación, indicó algunos criterios sobre legitimación activa y oportunidad para ejercer el Derecho de Receso, en el supuesto previsto en el 32 bis párrafo tercero del Código de Comercio, que regula como causal, la no distribución de utilidades de al menos el 10% de utilidades durante dos periodos consecutivos, lo citamos y posteriormente haremos la crítica respectiva al no compartir algunos aspectos del fallo.

17 Cabanellas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Consultado de: <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>

18 Código de Comercio; artículo 18 inciso 10

19 Código de Comercio; artículo 32 bis

“...A nivel legal, el derecho de receso está contemplado en el Código de Comercio, Libro I, Título I, Capítulo Tercero: De las sociedades, artículo 32 bis, el cual establece: “Los socios disidentes de los acuerdos de prórroga del plazo social, traslado del domicilio social al extranjero y transformación y fusión que generen un aumento de su responsabilidad, tienen derecho a retirarse de la sociedad y a obtener el reembolso de sus acciones, según el precio promedio del último trimestre, si se cotizan en bolsa, o proporcionalmente al patrimonio social resultante de una estimación pericial. / La declaración de retiro debe ser comunicada a la sociedad por carta certificada o por otro medio de fácil comprobación, por los socios que intervinieron en la asamblea, dentro de los cinco días siguientes a la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil./ **Puede también ejercer el derecho de receso, el socio que compruebe: a) Que la sociedad, a pesar de tener utilidades durante dos períodos consecutivos, no repartió en efectivo cuando menos el diez por ciento (10%) en dividendos, en cada período. b) Que ha cambiado el giro de su actividad de modo que le cause perjuicio. En estos casos, la acción caduca un año después de haberse producido la causal.** / Para efectos del ejercicio del derecho de receso, las acciones del recedente deben ser depositadas en una entidad financiera o bancaria, o en una central para el depósito de valores, desde la notificación establecida en el párrafo segundo de este artículo. / El valor de sus acciones le será reembolsado al recedente en un plazo máximo de sesenta días, contados a partir de la notificación a la sociedad, en dinero efectivo. / Es nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir el derecho de receso.” (el subrayado no es del original). Esta Sala considera que la norma invocada establece causales taxativas, únicas que autorizan el ejercicio del receso. El párrafo primero de manera expresa dispone supuestos vinculados a los socios disidentes de los

acuerdos de: prórroga del plazo social, traslado del domicilio al extranjero, transformación y fusión. Todos implican cargas adicionales, que los socios no necesariamente tienen por qué soportar, razón que en buena parte justifica ese derecho. En el párrafo tercero agrega otras causales donde se autoriza el receso cuando el socio compruebe que: a) la sociedad pese a tener utilidades no repartió dividendos en dos períodos consecutivos; b) cambió el giro de la actividad de modo que le cause perjuicio. Para estos supuestos, la norma no requiere expresamente el voto disidente, sin embargo, no sería coherente con el principio de buena fe (artículo 21 del Código Civil) admitirlo cuando el socio ha concurrido con la decisión de no repartir dividendos. Lo contrario sería amparar las actuaciones que se realizan en contra de los actos propios.

**VI.-** En el presente, según fue dicho con anterioridad, a la actora se le negó el receso a pesar de haberlo pedido cuando se concretó lo especificado en el apartado a), párrafo tercero del artículo 32 bis del código de comercio. Según el cuadro fáctico descrito, ella era socia desde agosto de 1998 (por acuerdo de transacción y la correspondiente homologación judicial). Además, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 673 del código de comercio, el traspaso de la titularidad social, implica el ejercicio de los derechos inherentes a dicha titularidad, entre estos el de receso. Por ello, contrario a lo dispuesto por el Tribunal, la Sala acuerpa los reproches del casacionista, en tanto se considera que la actora es parte legítima para ejercitarlo, ya que es socia y la empresa decidió, en dos periodos consecutivos, no repartir dividendos. Adicionalmente, no consta que haya concurrido a conformar esa decisión. **También coincide la Sala, en que la causal que nos ocupa, puede darse por una mera situación fáctica, sin que requiera de un acuerdo de accionistas.** En consecuencia, el requerimiento impuesto por

el Tribunal de ser disidente, para esta causal, no es legítimo, por lo que no puede afectarle a la actora. Aunado a lo expuesto, el mandato 120 del Código de Comercio establece que la acción es el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio, por ende, si a la actora se le transmitieron las acciones mediante acuerdo unánime de la sociedad retroactivo a agosto de 1998, debe concluirse que era ya socia para el 30 de enero de 2008 cuando la asamblea general ordinaria decidió no repartir utilidades, así como el 4 de marzo de 2009 cuando la asamblea general ordinaria tomó nuevamente la decisión de no repartir dividendos. Ese acuerdo es ley entre las partes, en este caso los socios. En mérito de lo dicho, ambos reparos deben acogerse, y fallando por el fondo, se confirmará lo decidido por el Juzgado”<sup>20</sup>.

Esta jurisprudencia de la Sala I de la Corte Suprema de Justicia presenta algunas consideraciones que deben ser analizadas. Al respecto, el licenciado Carlos Carrera Castillo en su libro “Derecho al Dividendo”, expresa tres críticas a lo resuelto por la honorable Sala:

*“I) Que no se requiera ser socio disidente del acuerdo de no distribución de utilidades durante dos periodos consecutivos. La norma 32 bis regula cinco supuestos de receso, en el primer párrafo aquellos que modifican la estructura de la sociedad, en tanto, implican reforma del pacto social (artículo 156 del Código de Comercio) y se deben adoptar en asamblea general extraordinaria de accionistas. En el tercer párrafo regula un supuesto que no modifica la estructura societaria (no distribución de utilidades) y otra que implica modificación del objeto social (cambio de giro de la actividad), quedando la duda si esa*

*modificación es de facto o expresa mediante acuerdo social que modifica el objeto social (18 inciso 5). De una interpretación sistemática del artículo 32 bis del Código Mercantil derivamos que tanto los supuestos normados en el primer párrafo, como en el tercero, requieren disidencia o discrepancia de esos acuerdos por parte del socio, la frase: “Puede también ejercer el derecho de receso el socio...”, debe entenderse en relación con el primer párrafo, de no ser así, entonces, la regla del párrafo primero rige para esos 3 supuestos pero no para los del tercero, con lo cual, a los efectos de coherencia, entonces, el procedimiento del reembolso (pago) de las acciones recedidas estaría regulado únicamente para estos y no para los otros, lo cual significaría crear una distinción que no formula la ley.*

*II) En el caso estudiado la situación es diferente, dado que la sociedad se colocó en el presupuesto objetivo de la causal, es decir, en los periodos 2008 y 2009 acordó no distribuir utilidades entre los socios, ni siquiera, el mínimo (10%). La socia actora adviene como tal en el periodo 2009 (por un convenio de transacción homologado por un Juzgado se retrotrae y se le reconoce su condición a 1998). En la asamblea de 2008 no participa directamente y en la del 2009 vota negativamente (discrepa o disiente) del acuerdo de no distribuir utilidades. En el caso de autos, la Sala I estima que la actora al tener en el 2008 la condición de socio y disentir en la asamblea correspondiente en 2009, concurren a favor de ella la causal reglada en el párrafo 3 del Código Mercantil, aunque no haya sido disidente explícita del acuerdo. Hubiera sido oportuno saber como votaron esas acciones*

20 Sala Primera. Resolución 001099-F-S1-2016; del 20 de octubre del 2016. Expediente 09-000167-0184-CI. Consultado de: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-685111>

que le fueron traspasadas a la actora. La Sala I estima que no se requiere ser socio disidente y por ende, tenía legitimación para reclamar el receso, toda vez, que lo acreditable es la situación objetiva de la causal, con la salvedad que no haya votado afirmativamente a crear esa voluntad social. En este caso, son posibles dos soluciones: el expuesto por la Sala I y el opuesto, según el cual, para ejercer el derecho de receso se requiere ser socio disidente. La norma 32 bis parte del principio de ser socio disidente, en consecuencia, consideramos que solamente el socio disidente tiene legitimación activa.

III) Se dice en la sentencia citada que: "También coincide la Sala, en que la causal que nos ocupa, puede darse **por una mera situación fáctica, sin que requiera de un acuerdo de accionistas**". En este particular discrepamos totalmente de lo resuelto por la Sala I. Para que exista jurídicamente utilidades o dividendos, es indispensable, conforme a los numerales 27 párrafo segundo y 155 incisos a) y b) del Código de Comercio que se hayan discutido, improbadado o aprobado los estados financieros por la asamblea general ordinaria, la que determinará si existen o no, utilidades líquidas y realizadas susceptibles de repartición entre los socios. Deben cumplirse dos condiciones – ciertos autores observan una condición prolongada- para que estemos en presencia del derecho concreto al dividendo. La primera de ellas, la existencia de utilidades -líquidas y realizadas- provenientes de un balance o estado económico presentado por los administradores y aprobado por la asamblea competente, es decir, la junta de socios, posteriormente de la presentación, análisis, discusión y deliberación de los

datos económicos y contables aprueba o imprueba unos balances o estados contables de la sociedad que arrojan la existencia de utilidades (ganancias o beneficios) en el periodo o año económico respectivo, y la segunda condición, es que la asamblea general de socios, en el ejercicio de sus facultades legales, acuerde distribuir entre los socios, conforme el pacto social los dividendos respectivos, parcial o totalmente. Al cumplirse las dos condiciones mencionadas surge el derecho a percibir utilidades o recibir dividendos. La Asamblea de socios puede, no obstante, acordar no distribuir utilidades o dividendos entre los socios. Sin embargo, para determinar la existencia de utilidades en un determinado periodo (primera condición), es requisito "sine qua non" que la asamblea de socios competente apruebe la existencia de utilidades. Por consiguiente, no aceptamos la tesis que la causal prevista en el artículo 32 bis párrafo tercero, apartado a) del Código de Comercio, puede darse como una situación fáctica sin necesidad de acuerdo, en tanto, ello sería desconocer como se establece jurídicamente las utilidades e infringir los artículos 18 inciso 9, 27 y 155 del Código de Comercio"<sup>21</sup>.

Las tres consideraciones hechas por Carlos Carrera son atinadas y reflejan el sentir profesional de él y del suscrito.

2.5. Que ha cambiado el giro de su actividad de modo que le cause perjuicio:

El giro o actividad de las sociedades mercantiles se determina en la asamblea de accionistas principalmente y en la mayoría de los casos, en la asamblea constitutiva; y es la que determina a qué se va a dedicar la sociedad. Se expresa en

21 Carrera, Carlos. Derecho al Dividendo. Libro inédito no publicado. Fuente de consulta suministrada por el autor. 2021.

el pacto constitutivo, en el objeto. Al respecto, el artículo 18 inciso 5 establece su obligatoriedad.

*¿Qué es el objeto? Es la actividad, la cual no debe confundirse con finalidad (pudiendo ser esta lucrativa o no). En este sentido, se define objeto social, de conformidad con Osorio, como: “Cláusula de los contratos de sociedad en la que se establece cuáles serán las actividades a las que ha de dedicarse la sociedad”<sup>22</sup>.*

En materia de societaria encontramos 3 tipos de objeto:

- A) Objeto Genérico. Es aquel objeto que es imposible de realizar, porque es muy genérico. Y es el tipo de objeto es muy usual en las sociedades mercantiles. Por ejemplo: se constituye una sociedad para dedicarse al comercio de la agricultura, ganadería, la pesca, la agroindustria, etc. Dichos objetos son continuos y su cumplimiento no lo extingue, más bien, le legitima y le actualiza constantemente.
- B) Objeto Específico o Ad hoc. Es aquel en el cual la sociedad únicamente puede realizar ese específico objeto para la cual fue constituida. Por ejemplo, tenemos objetos específicos, en aquellos casos en los que se va a constituir una sociedad mercantil que se va a dedicar a un banco. También, encontramos otros, como los almacenes de depósito y almacenes de depósito fiscal, etc.

Una vez que se ha cumplido con el objeto específico constituido, la sociedad debe disolverse por consumación de este objeto, según lo establece el artículo 201 del Código de Comercio.

- C) Objeto Mixto o Híbrido. Es aquel que combina un objeto genérico con un objeto específico. Ejemplo: el pacto va a decir “la sociedad se dedicará a importar autos, pero además podrá dedicarse al comercio de la agricultura, ganadería, la pesca, la agroindustria, etc.”. Este es el tipo de objeto que más se utiliza en la sociedad costarricense.

Una vez entendido lo anterior, debemos analizar el supuesto del artículo 32 bis, el cual establece que procederá el derecho de receso si se ha cambiado el objeto social. El fundamento de este inciso de la norma, de conformidad con Rivera Bianchini y Moruá radica en lo siguiente:

*“Es de justicia que la ley proteja al socio disconforme, de manera que se le permita separarse de una sociedad que ha cambiado el tipo de operaciones que éste tuvo en mente al participar en su fundación o adquiriendo posteriormente títulos de la misma”<sup>23</sup>.*

*“Es indudable que si tal cambio de objeto respondía a una decisión social, reflejo claro de la voluntad mayoritaria, sería absurdo que dicha medida se impidiera por la oposición de algunos socios. Tampoco sería justo mantener dentro de la compañía a un socio que estuviera en desacuerdo con dicha decisión”<sup>24</sup>*

22 Osorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. 1 Edición Electrónica. Guatemala: Datascan, S.A. Consultado de: [https://campusacademica.rec.uba.ar/pluginfile.php?file=%2F613288%2Fmod\\_resource%2Fcontent%2F0%2FDiccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales%20-%20Manuel%20Osorio.pdf](https://campusacademica.rec.uba.ar/pluginfile.php?file=%2F613288%2Fmod_resource%2Fcontent%2F0%2FDiccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales%20-%20Manuel%20Osorio.pdf); pág. 634

23 Jiménez, Rosa; Quesada, Mario. *El derecho de suscripción preferente y el derecho de receso en las sociedades de capital*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1990; pág. 286

24 Ibid., pág. 287.

Pero el cambio puro y simple de objeto no genera el derecho de receso; pues, todo lo contrario, este tiene que ser un cambio que le genere un perjuicio al socio.

El perjuicio tiene que ser demostrado y la carga de la prueba le corresponde al socio que alegue el derecho de receso. Ese perjuicio puede ser muy amplio, pues puede serlo no solo dentro de la sociedad, sino que también podrá serlo fuera de la sociedad. En ambos casos debe existir un nexo causal entre la modificación hecha y el daño producido o por producirse.

Nuestro legislador estableció un plazo de caducidad de un año contado a partir del momento en que se produce la causal. Véase que no es un plazo de prescripción, sino de caducidad de la acción.

### 3. Procedimiento para el ejercicio del derecho de receso

#### 3.1. Comunicación a la sociedad

El artículo 32 bis del código de comercio en su párrafo segundo, establece: “La declaración de retiro debe ser comunicada a la sociedad por carta certificada o por otro medio de fácil comprobación (...)”<sup>25</sup>.

La comunicación a la sociedad debemos entenderla que puede ser hecha a su representante, en la sede social, en el domicilio social, o bien, en una asamblea de accionistas, pues, en dichos casos, la razón de ser consiste en que la sociedad esté informada correctamente.

El medio escogido por el legislador en un primer momento, lo es mediante carta certificada. Para el momento de la reforma en 1990, la carta certificada era un medio usual y de fácil acceso. Hoy día ha caído en desuso y se utilizan otros medios más ágiles y eficientes, por ejemplo, un acta notarial, un correo electrónico, y más recientemente el uso de una comunicación por medio de Blockchain. Estos medios alternativos se encuentran autorizados por la misma ley al establecer “o por otro medio de fácil comprobación”<sup>26</sup>.

#### 3.2. Legitimación para comunicar a la sociedad:

El párrafo segundo del artículo 32 bis citado en este artículo, establece que la comunicación del derecho de receso debe ser llevada a cabo “por los socios que intervinieron en la asamblea”<sup>27</sup>. Aquí el legislador parece que excluye al socio ausente en la asamblea como el legitimado para reclamar el derecho de receso. Si hacemos una interpretación extensiva, pero, además, dentro del concepto regulado y filosófico de protección a las minorías, tenemos que decir que con muchísimo más razón el socio ausente se encuentra legitimado para reclamar su derecho de receso. El no hacerlo estaría violando el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política.

#### 3.3. Del plazo para presentar la solicitud de derecho de receso

La parte final del párrafo segundo del artículo 32 bis ya citado, establece que la solicitud del derecho de receso se debe presentar a la sociedad “dentro de los cinco días siguientes a la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil”<sup>28</sup>.

25 Código de Comercio; artículo 32 bis

26 Ibid.

27 Ibid.

28 Código de Comercio; artículo 32 bis

Este supuesto presenta algunas situaciones especiales. La primera de ellas radica en el supuesto de que la inscripción no se lleve a cabo. La sociedad toma el acuerdo, lo comunica a los socios e incluso puede ser que se presente al registro público, pero, que por algún motivo no se inscribe. Ante este supuesto, el plazo de los cinco días posteriores a la inscripción, lo debemos entender para aquellos casos en que se requiera la publicidad registral frente a terceros. Eso quiere decir que el socio que se considere perjudicado y requiera ejercer su derecho de receso, lo podría impugnar desde el momento en que se tomó el acuerdo. No podríamos interpretar que es hasta que se inscriba que surge el derecho a reclamar el derecho.

Otro supuesto podría darse cuando la inscripción se lleve a cabo y el socio ausente o disidente se apersona a reclamar su derecho y, como ya se dijo, se es del criterio de que se violaría el principio de igualdad si no se le acepta, pero, el socio ausente parecería que sí debe esperar a la inscripción para que le surja el derecho, pues, muy probablemente no se va a enterar sino es hasta inscripción y publicidad registral que se deriva de dicha inscripción.

### 3.4. Reembolso y valoración de las acciones

Respecto al reembolso y valoración de las acciones se ha señalado en nuestro *código* – 32 bis - lo siguiente: “tienen derecho a retirarse de la sociedad y a obtener el reembolso de sus acciones, según el precio promedio del último trimestre, si se cotizan en bolsa, o proporcionalmente al patrimonio social resultante de una estimación pericial”<sup>29</sup>.

Aquí es importante destacar los supuestos para la valoración y reembolso de las acciones:

#### 3.4.1. Cotización en bolsa:

Nuestro mercado bursátil accionario es muy reducido y son muy pocas las sociedades que se encuentran cotizando en bolsa. La mayoría de las sociedades costarricenses son sociedades familiares o para el manejo de actividades personales, desligándolas del patrimonio personal de los socios. Aquí la división de patrimonios entre el patrimonio personal y el de la persona jurídica es lo que se busca.

Para los casos de la cotización en bolsa, nuestro legislador ha establecido que “el precio promedio del último trimestre”<sup>30</sup>, es el que determina el valor de las acciones. La posibilidad de discutir por las partes ese valor es muy reducida, pues la bolsa nacional de valores dará la constancia respectiva del valor dado según las transacciones de ese periodo indicado.

#### 3.4.2. Estimación pericial:

La estimación pericial opera en todos aquellos casos, que son la mayoría, en donde la sociedad no opera en bolsa. Aquí se deberá de hacer una tramitación que puede estar regulada en el pacto constitutivo como una cláusula de valoración de las acciones o bien, siguiendo el trámite pericial.

La valoración pericial puede darse dentro del ámbito privado de la sociedad y los socios, en cuyo caso la confidencialidad y manejo de la información queda a lo interno de la sociedad, y en donde el perito es nombrado normalmente de mutuo acuerdo o bien por el procedimiento establecido en el pacto constitutivo si allí se regula.

El perito puede ser unipersonal o colegiado y va a depender de la complejidad de la valoración y

29 Código Comercio; artículo 32 bis

30 Ibid.

principalmente del método contable llevado por la sociedad.

También, nos podemos encontrar en el supuesto que no encontrándose regulado en el pacto constitutivo la forma de la valoración o no existiendo acuerdo sobre la valoración, se debe acudir a los tribunales de justicia y por ende a la vía judicial a dirimir esta valoración. Ahí será la autoridad judicial quien nombrará el perito que va a determinar esa valoración.

### 3.5. Depósito de las acciones

Una vez realizada la solicitud del derecho de receso por parte del socio, las partes se encuentran en la obligación de cumplir con lo establecido en la ley ya que, “las acciones del recedente deben ser depositadas en una entidad financiera o bancaria, o en una central para el depósito de valores, desde la notificación establecida en el párrafo segundo de este artículo”<sup>31</sup>.

### 3.6. Pago o reembolso de las acciones

El reembolso del valor de las acciones se encuentra regulado por la ley, artículo 32 bis código de comercio, al establecer que: “El valor de sus acciones le será reembolsado al recedente en un plazo máximo de sesenta días, contados a partir de la notificación a la sociedad, en dinero efectivo”<sup>32</sup>.

## Conclusiones

El derecho de receso es, un derecho que tiene el socio de separarse de la sociedad ante los supuestos establecidos por la ley o el contrato societario, de allí que se deriva su naturaleza jurídica mixta. Este, es un instituto poco desarrollado jurisprudencialmente por la Sala Constitucional

y un poco más, aunque no mucho, por la Sala I de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, se determina que es gracias a esta jurisprudencia que se le da contenido al mismo, se establece su importancia y fundamento a nivel constitucional en el ejercicio de derechos fundamentales de la persona y se llenan vacíos legales existentes.

Se evidencia, también, que el derecho de receso debe de seguir un procedimiento, el cual debe ser llevado a cabo de manera correcta, para que el socio recedente logre obtener el reembolso del valor de sus acciones; por ejemplo: comunicación a la sociedad dentro del plazo establecido, que se cuente con legitimación activa, que se realice el depósito de las acciones, que las mismas puedan ser valoradas en dinero (ya sea si son acciones en bolsa o por medio de un perito) y que, al final se realice el pago correspondiente.

También se concluye que son cinco los supuestos en los cuales puede aplicar el derecho de receso que se desprenden del artículo 32 bis del código de comercio: 1) Los socios disidentes de los acuerdos de prórroga del plazo social, traslado del domicilio social al extranjero, como consecuencia de una fusión y transformación de la sociedad que implique un aumento de responsabilidades para el socio, que la sociedad no reparta al menos el 10% de los dividendos durante dos periodos consecutivos y que la actividad cambie el giro de su actividad. Al respecto, se debe de hacer referencia que es un derecho sumamente limitado, pues no solo son las causales de aplicabilidad taxativas en la legislación, sino, que cada una de ellas puede contar con requisitos, plazos o consideraciones adicionales que el socio recedente deberá tener en consideración a la hora de ejercer su derecho de receso.

31 Código de Comercio; artículo 32 bis

32 Ibid.

Por último, se concluye que, al ser un derecho sumamente limitado y restrictivo para el socio, si éste no se encuentra de acuerdo y no puede invocarse ninguna de las causales previstas y explicadas, la persona deberá buscar otras alternativas que le permitan una salida alterna de la sociedad, por ejemplo, con la venta de las acciones a terceros.

## Bibliografía

Asamblea Legislativa. *Ley número 3284: Código de Comercio*; del 30 de abril de 1964. Consultado de: [Nnúmerohttp://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=6239](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=6239)

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Consultado de: <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>

Carrera, Carlos. *Derecho al Dividendo*. Libro inédito no publicado. Fuente de consulta suministrada por el autor. 2021.

CIJUL. *El derecho de receso*. Centro de Información Jurídica en Línea, 2006. Consultado de: [file:///C:/Users/j/Downloads/el\\_derecho\\_de\\_receso.pdf](file:///C:/Users/j/Downloads/el_derecho_de_receso.pdf)

Constitución Política de la República de Costa Rica. Consultado de: [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871)

Delfino, Luis. *Principales aspectos sobre el derecho de receso*. I Congreso Argentino Derecho Societario en La Cumbre, Córdoba, 1977. Consultado de: <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/570/CDS01020275.pdf?sequence=1>

Jiménez, Rosa; Quesada, Mario. *El derecho de suscripción preferente y el derecho de receso en*

*las sociedades de capital*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1990.

Nicolás Di Lella. *Derecho de receso y valuación de acciones recedidas*. Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, No. 1, 2011: s.p. Consultado de: [https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=42469&print=1#indice\\_2](https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=42469&print=1#indice_2)

Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. 1 Edición Electrónica. Guatemala: Datascan, S.A. Consultado de: [https://campusacademica.rec.uba.ar/pluginfile.php?file=%2F613288%2Fmod\\_resource%2Fcontent%2F0%2FDiccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf](https://campusacademica.rec.uba.ar/pluginfile.php?file=%2F613288%2Fmod_resource%2Fcontent%2F0%2FDiccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf)

Pennaca, Martín. *El derecho de receso*. Editorial Astrea, 1978.

Real Academia Española. *Entorpecer*. Consultado de: <https://www.rae.es/dpd/entorpecer>

Sala Constitucional. *Resolución 01334-2010*; del 26 de enero del 2010. Expediente 09-018541-0007-CO. Consultado de: <https://nexuspj.poderjudicial.go.cr/document/sen-1-0007-469833>

Sala Constitucional. *Resolución 01584-2014*; del 05 de febrero del 2014. Expediente 12-016364-0007-CO. Consultado de: <https://nexuspj.poderjudicial.go.cr/document/sen-1-0007-598664>

Sala Primera. *Resolución 00046-1994*; del 02 de marzo de 1994. Expediente: 94-000046-0004-CC. Consultado de: <https://nexuspj.poderjudicial.go.cr/document/sen-1-0034-160769>

Sala Primera. *Resolución 001099-F-SI-2016*; del 20 de octubre del 2016. Expediente 09-000167-0184-CI. Consultado de: <https://nexuspj.poderjudicial.go.cr/document/sen-1-0034-685111>

---

*Comentarios  
de Jurisprudencia*

---

[Volver al índice](#)



# EL CORPUS, EL ANIMUS Y LA POSESIÓN INCORPORAL EN LA NUEVA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dr. Francisco Chacón Bravo\*

## RESUMEN

Presento un análisis sobre la posesión incorporal: un nuevo enfoque de nuestra jurisprudencia. La tesis que se plantea es el abandono que hace nuestra jurisprudencia de la doctrina romana para seguir la tesis germánica de la *Gewere* y si, con la nueva tesis, se va a proteger más la propiedad que la posesión.

**Palabras claves:** posesión incorporal, jurisprudencia, doctrina romana, propiedad.

## ABSTRACT

I present an analysis on incorporeal possession: a new approach to our jurisprudence. The thesis that arises is the abandonment that our jurisprudence makes of the Roman doctrine to follow the Germanic thesis of the *Gewere* and if, with the new thesis, property is going to be protected more than possession.

**Keywords:** incorporeal possession, jurisprudence, Roman doctrine, property.

Recibido 20 febrero 2020.

Aprobado 4 de marzo de 2021.

---

\* Doctor en derecho, Exmagistrado de la Sala Primera, Profesor de la Universidad de Costa Rica, e-mail: [franciscochaconbravo@yahoo.com](mailto:franciscochaconbravo@yahoo.com), Fax 24427662. Tel. 83833667

## 1. LA DOCTRINA TRADICIONAL FUNDADA EN LA POSESIÓN ROMANA

En los Códigos<sup>1</sup> de Europa y de América, se ha sostenido que los elementos en que se fundamenta la posesión son dos: el *corpus* y el *animus*. La falta de cualquiera de ellos hace desaparecer la posesión. La nueva jurisprudencia nos habla de una posesión sin *corpus*, es decir, una posesión incorporal.

HERNANDEZ GIL indica: “*En materia de posesión, Savigny y Ihering siguen siendo inevitables. La fulgurante modernidad perdida se va tornando clasicismo. De uno u otro modo permanecen*”<sup>2</sup>.

FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, fundador de la Escuela Histórica, nació en Fráncfort el 21 de febrero de 1779 y falleció en Berlín, el 25 de octubre de 1861. RODOLFO VON IHERING nació el 22 de agosto de 1818 en Auch, Hannover, y falleció en 1892 en Göttingen, donde era aún profesor.

Cuando algún jurista nos habla de posesión, podemos comprobar, inmediatamente, lo cierto de esta afirmación.

## 2. ELEMENTOS DE LA POSESIÓN

Los elementos constitutivos de la *possessio* son dos y, según los textos romanos, integran la posesión, el *corpus* que es la sujeción efectiva de la cosa, y el *animus* que es la intención<sup>3</sup>.

Estos dos elementos, sencillos en apariencia, ofrecen en la doctrina romana una difícil fundamentación.

## 3. LA TESIS DE SAVIGNY

Para Savigny, el *animus* es tomar la cosa como dueño, *animus domini*, y para Ihering, el *animus* es solo el saber y querer tener el *corpus*.

Savigny, refiriéndose a la doctrina sostenida con anterioridad a sus ideas, señala que siempre se ha conocido la posesión como un estado donde el poseedor ejerce una influencia física en la cosa poseída. También indica que el poseedor impide toda otra influencia extraña sin ser propietario. Todo se reducía a tener por cierto que el propietario tiene el derecho de poseer, y, en consecuencia, todo poseedor tiene el derecho de poseer sin ser propietario, negándole ese derecho a cualquier otra persona.

La obra de Savigny trató de los derechos de la posesión (*jus possessionis*) y no del derecho que tienen el propietario de poseer (*jus possidendi*).

Savigny nos explica al respecto:

*Hemos definido la detentación como el estado físico correspondiente a la propiedad que es el estado legal. De aquí se deduce que el animus possidendi consiste en la intención de ejercer el derecho de propiedad. Pero esta circunstancia no basta por sí sola, puesto que quien ejerce la detentación puede tener esta voluntad de dos maneras diferentes; para ejercer el derecho de propiedad de otro, o bien para ejercer el suyo propio. Cuando el detentador tiene intención de ejercer el*

1 RUSSOMANNO, Mario C. *La posesión en los principales códigos civiles contemporáneos*.

2 HERNANDEZ GIL, Antonio. (1969). *La función social de la posesión*. Alianza Editorial, S. A., p.14.

3 D. 41, 2, 3. Paulo. *Comentarios al Edicto, Libro LIV*. Pero pueden poseer las cosas que son corpóreas.1. Alcanzamos la posesión con el cuerpo y con el ánimo, y no solamente con el ánimo o con el cuerpo.

*derecho de propiedad que reconoce en otro, esta clase de animus possidendi que tiene no es capaz por su naturaleza de dar a la detentación el carácter de posesión [...]. [Luego agrega:] No nos falta más que el segundo caso: aquel en que la intención está dirigida al ejercicio de su propia propiedad, de modo que animus possidendi debe ser explicado por animus domini, o por animus sibi habendi y no puede por consiguiente considerarse como poseedor más que el que trata como propietario la cosa detentada, esto es, el que de hecho quiere tratarla lo mismo que un propietario autorizado para ello en virtud de su derecho [...] y este es el motivo para que la posesión competa lo mismo al ladrón [...]»<sup>4</sup>.*

La tesis de Savigny sirvió para demostrar, en Costa Rica, que la posesión de un fundo se hacía necesario, casi como frase sacramental decir que la posesión se ha ejercido a título de dueño.

#### 4. LA TESIS DE IHERING

Como bien lo expone Ihering, la doctrina dominante para fundar la posesión era la de Savigny, basada en el *animus domini*. Ihering indica:

*Quien desee combatir una falsa tendencia, debe buscar a aquel que ha sido el primero en seguirla [...] Por esta razón he elegido a Savigny y la teoría de la posesión [...] Tengo el convencimiento de haber puesto en pleito mi nombre científico, en esta obra, de una manera tal, que si las censuras y las*

*acusaciones que contra Savigny lanzo son infundadas, el perjuicio que experimentaré será irreparable. He criticado sin piedad, y quien me quiera mal podrá tildarme de ingrato, aun sin considerar el pleno homenaje que rindo a los méritos de Savigny [...]»<sup>5</sup> El asunto a que estas investigaciones se refieren, entraña la cuestión siguiente: Una vez dadas las condiciones legales exteriores (corpus) de la relación posesoria, ¿de qué depende que haya posesión o tenencia? Savigny y con él la doctrina imperante, responde de la voluntad del que tiene la cosa. Si tiene voluntad de poseer para él (animus rem sibi habendi, o al modo de propietario (animus domini), hay posesión. Si tiene voluntad de poseer para otro hay tenencia<sup>6</sup>. [...] La voluntad individual libre hace de la relación posesoria lo que le place, puede decidir hoy por la posesión, mañana por la tenencia... Encuentro una cosa que creo poder considerar como abandonada, me voy a mi lecho con el animus domini. Al día siguiente sé que el propietario la ha perdido y deseo entregársela, me quedo con el animus alieno nomini detinendi [...] Tercer noche, duermo con el animus domini.*

Para Ihering, esta es una tesis subjetiva errónea, por lo que para combatirla, construye una tesis objetiva que señala:

*Una noción de posesión que no esté fundada en la voluntad, es completamente irrealizable [...] El motivo que la pone en movimiento, que la solicita, según diría Shopenhauer es el interés. La relación exterior en que*

4 SAVIGNY, M. F. C. (2005). *TRATADO DE LA POSESIÓN según los principios del derecho romano*. Traducción anónima de Madrid. Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, Edición revisada por José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, S. L., pp. 2, 66, 67.

5 IHERING, Rodolfo. (1910). *La voluntad en LA POSESIÓN con la crítica del método jurídico reinante*. Versión Española de Adolfo Posada. Madrid: Imprenta Revista de Legislación, pp. 12 y 13.

6 Ob. cit., p. 21.

*nos ponemos con ellas, tomándolas para nosotros, contiene de hecho la expresión del interés que tomamos por ellas; la relación posesoria es la afirmación del interés que una persona tiene en una cosa. Las cosas que podríamos tomar y que no tomamos no tienen interés para nosotros [...] En realidad el corpus no puede existir sin el animus, como el animus tampoco, puede existir sin el corpus [...] son entre sí como la palabra y el pensamiento[...] En la palabra toma cuerpo el pensamiento[...]. En el corpus toma cuerpo la voluntad [...] pero (se refiere a la cosa) no se convierte en corpus sino desde que la voluntad le imprime el sello de la relación posesoria [...] Pero aquí también el animus debe realizarse en corpus lo cual se advierte de que el tenedor se conduzca como propietario: enajene la cosa, se niegue a entregarla al dueño de la posesión, niegue haberla recibido, le prohíba la entrada al fundo.*

## PROBLEMAS DE AMBAS TEORÍAS

El problema que se presenta es que si bien los interdictos no nacen para proteger la posesión, los interdictos posesorios son los medios adecuados que tiene el derecho romano para proteger la posesión y solo la posesión.

### A. Pregunta para Savigny

¿Por qué el acreedor pignoraticio, el secuestrario y el precarista están protegidos por los interdictos y estos no tienen *animus domini*?

Si esto es así y, en realidad, aunque el acreedor tiene la cosa en prenda, es decir, que el dueño se la entrega como garantía; el precarista se comporta como como dueño por voluntad del dueño; el

secuestrario tiene la cosa mientras se dan las circunstancias que alega cada uno como dueño, no tienen *animus domini* y, sin embargo, como indicamos anteriormente, están protegidos por los interdictos. La situación de Savigny es bastante difícil, por lo que él responde lo siguiente:

### B. La explicación de Savigny

Savigny indica que la posesión de ellos (el acreedor pignoraticio, el secuestrario y el precarista) deriva de la voluntad de los dueños de la cosa.

Sostiene que lo que esta posesión tiene de singular es que un poseedor precedente transmite su *ius possessionis* sin la propiedad. Indica al respecto que: “No es pues consiguiente ni aún posible querer tratar la cosa como propia (*animus domini*), porque se reconoce expresamente la propiedad de otro”.

Para Savigny, debe examinarse cada acto, a fin de determinar si se transmite o no el *ius possessionis* al mismo tiempo que la detentación. Hay casos en que jamás se transmite la posesión jurídica con la detentación; por ejemplo, cuando se transmite la retención a otro para que administre nuestra posesión. En este caso, “no hace más que ejercer en calidad de representante, la posesión de otro”.

En el comodato en que se da el uso de una cosa, “no pierde en consecuencia la posesión que no adquiere el comodatario”. En el caso del arrendamiento, “no hay motivo alguno capaz de hacer suponer que, según su naturaleza lleva consigo enajenación de la posesión”. Sostiene Savigny que, en el contrato de arrendamiento, el arrendatario está protegido del propietario contra cualquier violencia que le ejerza, y si es un tercero, puede exigir al propietario que este lo indemnice o le ceda los interdictos<sup>8</sup>.

7 Ob. cit., p. 35.

8 SAVIGNY, M. F. C. Ob. cit., pp. 182, 183, 184.

### C. Pregunta para Ihering

Pero si para Ihering, el *animus* significa la conciencia del poseedor *de tener la cosa, saberlo y quererlo*, cabe preguntarse: ¿por qué, entonces, no se concede protección interdictal al arrendatario, al depositario, al comodatario y al usufructuario que, según su concepción, tienen *animus*, porque tienen conciencia de que tienen la cosa, lo saben y lo quieren?

No cabe duda de que la respuesta para IHERING le ha de resultar difícil, porque si todos ellos tienen conciencia de tener la cosa como poseedores, no como propietarios, tienen *animus* según su concepción, entonces deben estar protegidos por los interdictos. Sin embargo, no lo están.

### D. La explicación de Ihering

Este es un grave problema que tiene Ihering, pero lo resuelve apartándose de la tesis subjetiva de Savigny y crea la tesis objetiva.

Al respecto, en resumen, indica lo siguiente:

*La regla del derecho y no la voluntad es quien decide la posesión y la tenencia. El orden y la seguridad reinan en todo [...] Los obstáculos de la posesión son de derecho positivo siendo preciso preguntar lo que ha determinado a los romanos a excluir la posesión en ciertos casos, a pesar de la reunión de sus condiciones legales. Y es aquí en donde entra en escena el fin o el interés práctico que nos ilumina todos los fenómenos que en la materia aquí percibimos.*

En resumen, la explicación de Ihering es la siguiente:

*I.-La casa romana es el lugar originario de la aparición de hecho de la distinción entre posesión y tenencia, y el sitio donde por primera vez fue conocida.*

Concluye explicando: “No fue el elemento subjetivo de la voluntad, sino los motivos objetivos, el interés práctico, el técnico y el jurídico, los que han efectuado el desenvolvimiento completo de la noción de tenencia”<sup>9</sup>.

En resumen, para Ihering, el interés práctico del jefe de la casa romana es el que le concedió protección posesoria al acreedor pignoraticio, al secuestrario y al precarista que no tenían *animus domini*, pero tenían conciencia de poseer la cosa, lo saben y lo quieren.

Ahora bien, por venir de una relación contractual en que el jefe de la casa romana no tiene interés de que sea protegida por los interdictos, no se le concede esa acción posesoria al arrendatario, al depositario, al comodatario ni al usufructuario, porque el jefe de la casa romana puede ejercer para defender la posesión, las acciones contractuales correspondientes.

## DOCTRINA ALEMANA. LA GEWERE

### A. Etimología

La palabra proviene de la voz *giweri*, del alto antiguo alemán, la cual significa custodia, guarda, posesión. Las fuentes latinas hablan de vestidura e investidura que significa transmisión de la posesión. Equivale a lo que en derecho francés

9 IHERING, Rodolfo Von, ob. cit., p. 131.

se denomina *saisine*, y en el inglés, *seisin*, que provienen de *sazjan*<sup>10</sup>.

### B. Concepto

La *Gewere* viene a representar, para los derechos germánicos, una equivalencia a la *possessio* romana, pero no una identidad, ya que hay en el fondo profundas diferencias entre ambos.

La mentalidad latina pudo concebir la idea de una posesión independiente, abstraída del ejercicio del derecho real que se protegía en sí. En cambio, los germanos atribuyeron efectos a la *Gewere*, en tanto aparecía como exteriorización de un derecho<sup>11</sup>.

Planitz indica que:

*La Gewere es la forma jurídica del derecho real. Tiene Gewere quien se presenta como realizador del derecho real mediante la dominación efectiva de la cosa. Y esta persona es aquella a quien corresponde el aprovechamiento de la finca, puesto que ella es públicamente el titular real. Sin embargo la Gewere no solo es la forma jurídica del derecho real, sino que, además es ella misma un derecho en cuanto que el señorío sobre la cosa produce efectos jurídicos propios. Como tal la Gewere es transmisible y heredable*<sup>12</sup>.

La forma se independiza del contenido. La forma es la *Gewere*. El contenido es el derecho real. Pero esta forma tiene valor en sí, puesto que, a su vez, es un derecho.

Las formas de las cosas son muy importantes, tal vez no les damos esa relevancia en nuestra vida. Si vemos una mesa, sabemos que lo es, porque tiene forma de mesa. La *Gewere* es para el derecho real, lo que la cáscara es para la fruta. Pero la cáscara tiene su propio valor nutricional.

La *Gewere* es pues, la vestidura, la forma externa del derecho. Literalmente, es el acto de vestir la mano con el guante. Puede que, en esa apariencia, no exista el derecho, pero mientras no se demuestre tal cosa, se presume la existencia de ese derecho en quien tiene la *Gewere*<sup>13</sup>.

Se puede indicar que los germanos hacen realidad el viejo refrán español de que las cosas no pasan por lo que son, sino por lo que parecen. Para ellos, importa mucho lo que los demás piensen de las cosas. La colectividad da forma y vida al derecho, como los recipientes dan forma al líquido que contienen. Es como cuando, a través del cristal, vemos el líquido y su forma, y eso es lo que para la ley existe.

Esa es la razón por la cual puede existir a veces la *Gewere* sin el elemento corporal, de manera que, aunque se ostente poder sobre la cosa, si manifiestamente no existe derecho alguno (como en el caso de una usurpación con notoria violencia), el despojante no obtiene *Gewere* alguna, la cual se conserva en el despojado. Y no existe, porque la colectividad sabe que no existe. No hay apariencia. Se sabe que el líquido del recipiente fue sustraído. Y lo fue aparatosamente bajo el uso de la violencia. Todos saben que la víctima fue robada, por así decirlo gráficamente. La colectividad sigue otorgándole el recipiente al despojado del líquido.

10 **PLANITZ, Hans.** (1957). *Principios de derecho privado germánico*. Traducción de CARLOS MELON INFANTE. Barcelona: Editorial Boch, p. 155.

11 **MARTIN PÉREZ, Antón.** (1958). *La posesión*. Derechos reales I. Zaragoza: Editorial Noticiero S. A., p. 45.

12 **PLANITZ, Hans.** *Principios de Derecho privado germánico*. Op. cit., p. 154.

13 **GARCIA VALDECASAS, Guillermo.** *La posesión incorporal del despojado*. Op. cit., p. 40.

Por eso, expresa Planitz que “*Mediante simple Auflassung sin toma corporal de la posesión se transmite la Gewere de la finca*”<sup>14</sup>. Así la Gewere tampoco desaparece al perderse el señorío de hecho sobre la cosa; a pesar de la usurpación violenta, la Gewere subsiste.

Es necesario explicar que, en el derecho de origen romano, la compraventa es un contrato consensual y bilateral perfecto, en que uno de los contratantes se obliga a entregar al otro la posesión pacífica y definitiva de la cosa. Pero no sirve para que el comprador adquiera el dominio de la cosa, de manera que, con el contrato de compraventa, no se obtiene un derecho real, *erga omnes*, sino obligaciones recíprocas entre los contratantes, en donde el comprador deberá pagar el precio, y el vendedor deberá entregar la cosa.

El comprador tiene una *actio in personam* para reclamar el cumplimiento de su obligación; pero no es dueño de la cosa. Por esa razón, no puede reclamarla ante un tercero. Sin embargo, el derecho honorario dio tales garantías al comprador que difícilmente puede decirse que este no fue dueño de la cosa comprada<sup>15</sup>.

En la actualidad, vemos la transmisión de la propiedad como un acto unitario. Se venden y se adquieren realmente al mismo tiempo la posesión y la propiedad, lo que no ocurre en el derecho germánico. En este, como señala pintorescamente Núñez Lagos, citando los versos de un famoso madrigal, aparece “*partido por gala en dos*”, de manera que, por un lado, el transmitente se despoja de la cosa y, por el otro, el adquirente la toma.

Pero la separación es tal que puede hacerse en actos distintos. Así, un día va al fundo el transmitente que se despoja de todos sus derechos sobre la cosa (*Exfestucatio, Ausflassung*), y otro día, el adquirente se apodera y ocupa la cosa, es decir, se enviste de la misma *Gewere*<sup>16</sup>.

#### D. *Las distintas clases de Gewere*

Al hablar de la *Gewere* en el derecho germánico, pueden distinguirse claramente varias clases de esta: inmediata, mediata, yacente, expectante, de derechos, jurídica, ideal y corporal. En este artículo, nos referiremos únicamente a la *Gewere* mediata e inmediata, ideal y corporal, por ser en las que se funda, sin decirlo, la nueva tendencia de la jurisprudencia.

- a) ***Inmediata***: es la que confiere un derecho directo sobre la cosa, es decir, la que permite, por ejemplo, recoger los frutos de un fundo.
- b) ***Mediata***: es donde no se ejerce un derecho directo sobre la cosa, sino que media una determinada relación, y así, por ejemplo, le permite recoger las rentas que paga el arrendatario.
- c) ***Gewere corporal***: es la tenencia real o el poder ejercido sobre la cosa.
- d) ***Gewere ideal***: es el derecho que subsiste cuando ha habido despojo de la *gewere* corporal<sup>17</sup>.

La presunción de derecho que constituye la *Gewere* no puede ser destruida sino en forma judicial. Así, cuando alguien usurpa un inmueble, el usurpado sigue conservando la *Gewere* ideal, aunque el inmueble haya salido de su poder, y

14 **PLANITZ, Hans.** *Principios de derecho privado germánico*. Op. cit., p. 155.

15 **ARIAS RAMOS.** Op. cit. Tomo II, pp. 631 y 633.

16 **PLANITZ, Hans.** *Principios de derecho privado germánico*. Op. cit., p. 155. **NUÑEZ LAGOS, Rafael.** (1950). *Hechos y derechos en el documento público*. Madrid: Editorial Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pp. 106, 107, 109.

17 **PLANITZ, Hans.** *Principios de derecho privado germánico*. Op. cit., p.155.

el usurpador adquiere lo que se llama la *Gewere* corporal<sup>18</sup>. Hay pues, sobre un mismo inmueble<sup>19</sup>, dos *Geweres*: la ideal del despojado y la corporal del despojante, las cuales entran en pugna.

En principio, es más fuerte la *Gewere* ideal, pues confiere derecho incluso para que, por propia autoridad, el usurpado expulse al usurpante. Si fracasa en su intento, puede ejercitar la acción judicial antes de que transcurra un año y un día a partir del despojo; pero si deja transcurrir ese término, la *Gewere* corporal se fortalece. La *Gewere* ideal antes del año solo es vencida por la *Gewere* corporal si esta se apoya en un título de mayor rango que aquella.

En todo caso, la *Gewere* ideal tiene la virtud de conferir al despojado la calidad de demandado, y el usurpador, correspondiéndole la calidad de demandante, le incumbe probar una *Gewere* más fuerte y, que para vencer, debe destruir la prueba del demandado. Pero también al mismo tiempo que defiende su *Gewere* ideal, podía establecer acción contra el usurpador, para el restablecimiento de la *Gewere* corporal que le correspondía. A esto se le llama el efecto ofensivo de la *Gewere*.

Se le reconoce al heredero la *Gewere* ideal desde que el causante muere, aunque no haya recibido la

herencia, también cuando, por sentencia judicial, se reconoce la *Gewere* sobre un fundo, ya que esta tiene eficacia, aunque no haya ocupado en fundo<sup>20</sup>.

En el derecho germánico, a fin de cuentas, al menos dentro del proceso, resulta mejor protegido el propietario que el poseedor.

### LA JURISPRUDENCIA EN COSTA RICA PROTEGÍA MÁS AL POSEEDOR QUE AL PROPIETARIO

Nuestras leyes y la jurisprudencia en general dan una gran fortaleza al poseedor en contra del propietario, lo que, en la mayoría de los casos, desde un punto de vista sociológico, no resulta conveniente, porque los propietarios se sienten desprotegidos por los jueces y las juezas, y la comunidad siente que el propietario ve frustradas sus justas aspiraciones en forma inmediata, ante la larga duración de los procesos, durante los cuales disfruta el poseedor, injustificadamente del inmueble.

Cabe preguntarse, ¿por qué existe la tendencia de las personas juzgadas de proteger más al poseedor que al propietario?

18 **PÉREZ GONZÁLEZ, Blas. ALGUER, José.** (1944). *Anotaciones al tratado de derecho civil, derecho de cosas*. Traducción de la XXXII Edición Alemana con estudios de comparación a la legislación y jurisprudencia española. Barcelona: Editorial Bosch. Tomo III, p.79. **PLANITS, Hans.** *Principios de derecho privado germánico*. Op. cit., p.156. **GARCÍA VALDECASAS, Guillermo.** *La posesión incorporal del despojado y la posesión de año*. Op. cit., p.342.

En el Código Español, se observa la influencia germánica en el artículo 440: “*La posesión de bienes hereditarios se entiende transferida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adrice la herencia*”, y en el artículo 464, para la reivindicación de bienes muebles. En cuanto a este último, pueden verse los valiosos trabajos fonográficos de Hernández Gil. El giro de la doctrina española en torno al Artículo 464 del Código Civil y una posible interpretación de “privación ilegal”. En *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 496 y siguientes. De nuevo sobre el artículo 464 del Código Civil, *Revista de Derecho Privado*, 1945, pp. 413 y siguientes.

19 En cuanto a muebles, la *Gewere* tiene características propias, así, no pueden concurrir dos *geweres*, solo una, la corporal, que se apoya en el elemento hecho y que funda una presunción de propiedad. **MARTIN PÉREZ, Antonio.** (1958). *La posesión. Derechos reales. Doctrinas generales*. Zaragoza: Editorial Noticiero S.A., p.48.

20 **MARTIN PÉREZ, Antonio.** *La posesión*. Op. cit., p. 46. **GARCÍA BALDECASAS, Guillermo.** *La posesión incorporal del despojado y la posesión de año*. Op. cit., p. 342. **PLANIZ, Hans.** *Principios de derecho privado germánico*. Op. cit., pp. 156 y 157.

Atribuimos la razón a un fenómeno sociológico. Los gobernantes en los primeros tiempos eran de origen capitalino, más preparados intelectualmente y con mayor poder económico que el resto de la población.

En la época de la colonia, nos rigieron las leyes de la Corona española, luego se dictó el Código Carrillo, y después el Código vigente que derogó el Código de 1841 no tomó en cuenta la naturaleza de nuestro territorio que estaba casi todo cubierto de bosques. Así nuestros gobernantes les concedieron a jóvenes de 20 años terrenos de bosques que se denominaron baldíos; es decir, susceptibles de ocupación y posesión a particulares, a efecto de que estos fueran cultivados. También concedieron terrenos propiedad del Estado a particulares para que fueran explotados los bosques con el fin de obtener madera en una extensión de 500 hectáreas<sup>21</sup>.

En 1941, se dictó la Ley N.º 139 del 14 de julio de 1941, a fin de obtener la inscripción de los inmuebles en el Registro de Propiedad. En 1942, se dictó la Ley N.º 88, denominada *Ley de ocupantes para resolver los problemas de quienes, sin título, ocuparon inmuebles debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad*. Esta ley pretendía resolver el problema entre el dueño y el ocupante, a quien el pueblo denominó, cariñosamente, precarista.

Esta pugna surgida entre propiedad y posesión fue lo que dio lugar a esa preferencia de algunos jueces, juezas, abogados y abogadas para proteger a quien se creía más débil económicamente que era la persona poseedora y no la propietaria. Pero, en la actualidad, resulta evidente que todo

el territorio de Costa Rica está debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, con sus respectivos planos.

El Registro Público, creado por Reglamento n.º 6 del 19 de agosto de 1932 y reformado por Decreto n.º 8 del 17 de agosto de 1934, ordenaba que se inscribieran los documentos enumerados en el artículo 459 del Código Civil, el cual entró en vigencia en 1888 y, en el inciso primero, ordenaba inscribir simplemente los títulos de dominio sobre inmuebles, con los problemas que hemos apuntado anteriormente.

## LA NUEVA JURISPRUDENCIA

La limitada extensión de este artículo me impide examinar los argumentos y las fundamentaciones de dichas sentencias, desde el punto de vista del derecho romano. Nos limitaremos a citar solo sus argumentos.

Vamos a empezar a señalar como punto de partida la sentencia de las 14:20 horas del 27 de abril de 1990, de la Sala Primera, la cual puede servirnos de modelo del pensamiento anterior a ella. En esta se indica con toda claridad que, para ejercer la acción publiciana, debe ser poseedor con *animus domini* y, en cuanto a la cosa, debe estar bien identificada.

En la sentencia n.º 68 de las 14:55 horas del 17 de agosto de 1990, se habla de la posesión incorporal como derecho. Esta sentencia señala:

*Para que la posesión ad usucapionem pueda operar se requiere -además de ser como titular del derecho y en forma continua,*

21 El primer código vigente en Costa Rica fue el denominado Código General de Carrillo en 1841, al parecer copiado del general Santa Cruz, primer legislador de Bolivia, cuya comisión legislativa lo había redactado bajo la inspiración del Código de Napoleón. Véase, ANTILLÓN MONTEALEGRE, Wálter, Derecho Romano. (2017). *Historia jurídica de occidente*, ed. Investigaciones Jurídicas S. A. San José, Costa Rica. El 3 de diciembre de 1934, se dictó el Decreto n.º 29, Denuncio de baldíos. El 22 de Julio 1935, se redactó un nuevo decreto que reglamentaba el anterior, y el 11 de agosto de ese mismo año, se dictó la Ley N.º 111 del 14 de agosto de ese mismo año.

como se ha dicho, y públicamente como se comentará más adelante- en forma pacífica (artículo 856). Con este requisito se pretende que durante su ejercicio el titular no debe mantener su poder de hecho en la cosa haciendo uso de la fuerza, sea ésta material o moral. Dada la exigencia de no mantenerla con violencia esto no significa que carezca de ese carácter la adquirida violentamente una vez concluido dicho estado, pues la posesión obtenida con violencia se transforma en pacífica cuando cesa la causa generada de la nueva titularidad por ello útil para usucapir (artículo 857), **y resulta lógica esa interpretación de nuestro Código pues el adquirente pasa a ser inmediatamente poseedor aún cuando el despojado mantenga la posesión incorporal, o posesión como derecho.** Naturalmente si el poseedor debe defender su posesión mediante la fuerza para impedir a otro el desposeerlo (artículo 305) no por ello su posesión debe entenderse violenta pues al tratar de evitar que se la arrebaten está ejerciendo” un derecho subjetivo tutelado por el ordenamiento jurídico civil, pero esta tutela -como se dijo- no comprende la acción del despojado violentamente de acudir a las vías de hecho para recuperar su posesión, aún cuando legalmente le corresponda, pues mientras otro se oponga, deberá recurrir a la autoridad judicial (artículo 317). Finalmente, la posesión debe ser pública, frente a todos los demás, sin ocultar o esconder los actos ejercidos sobre la cosa para denotar su poder de goce, y por ende calificar ampliamente la posesión.

En el presente caso, se trata de bienes de menores, y como bien la sentencia lo indica:

*Si bien él ha mantenido la posesión sobre los inmuebles objeto de reivindicación su posesión no es apta para adquirir por*

*usucapión. Efectivamente, el demandado poseyó por muchos años las fincas del Partido de San José,[...] propiedad de los actores. Lo hizo en su carácter de tutor, es decir, como administrador de los bienes pertenecientes a sus hijos menores (posesión por medio de representante).*

En la sentencia n.º 75, de las 14:50 del 7 de julio de 1995, la Sala Primera amplía fundamento a la tesis de la posesión incorporal, manifestando:

*En materia agraria la posesión ejercida de hecho es determinada por ese poder unido a la realización de actos posesorios agrarios propiamente tales realizados de forma racional y efectiva. Por su parte, la posesión ejercida como derecho determina que, bajo el amparo de una ficción legal, se tiene como posesión una situación carente del substrato fáctico. Esta forma de ejercer la posesión se puede dar por la vía del desdoblamiento posesorio, en virtud de una relación negocial subyacente que genera la concurrencia posesoria (posesión mediata e inmediata) o bien, en virtud de la desposesión de que ha sido objeto el poseedor por un tercero. En este último caso se alude al concepto de posesión incorporal, llamada por algunos doctrinarios “Posesión del año y del día” como forma de referirse al plazo que tiene el sujeto para recuperar o intentar recuperar judicialmente el bien, antes de que pueda perder la posesión de nuevo a causa de la desposesión de otro. En Costa Rica, en materia agraria, salvo en lo que respecta a un tipo especial de posesión agraria conocido como Posesión Precaria de Tierra, existe la posibilidad de ejercer la posesión como derecho en sus modalidades, mediata o bien incorporal. La figura de la posesión incorporal se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico referida a la posesión, abstracción hecha de cualquier*

referencia a la propiedad, en virtud de lo establecido a contrario sensu por el inciso 2° del artículo 279 del Código Civil. En efecto, si el hecho de conservar la posesión por más de un año confiere el derecho de posesión, por ende, el hecho de no tener la posesión -sin un acto facultativo en favor de quien la tiene de hecho- por más de un año determina la extinción de la posesión ejercida como derecho. Lo anterior por cuanto, en principio la posesión es una figura fáctica que si bien se ha espiritualizado mediante ficciones legales, dicha espiritualización no puede perpetrarse en el tiempo ni ser asimilada a la propiedad que requiere el ejercicio de una posesión de diez años a los efectos de hacer perder el derecho de propiedad.

En esta sentencia, encontramos tres conceptos fundamentales:

1. La existencia de una posesión ejercida como derecho carente de substrato fáctico.
2. Una posesión mediata y una posesión inmediata. Es inmediato el poder directo y material del sujeto sobre la cosa y es mediata la posesión que se tiene en virtud de una relación subyacente (el propietario concedió la cosa en usufructo o en arrendamiento) o el propietario ha sido despojado del objeto por un tercero.
3. El despojo produce una posesión incorporal llamada posesión de año y día, porque es el plazo que tiene el sujeto que sufrió el despojo de recuperar judicialmente la posesión del bien.

## LA LLAMADA POSESIÓN SOLO ÁNIMO

En Roma, surgió un problema de carácter práctico. Muchos poseedores en las épocas invernales y estivales se ausentaban de los campos que, por razones de tiempo, no podían ser cultivados, y no dejaban a ninguna persona encargada de su

cuido, ya que ello implicaría un gasto superfluo y sin ningún sentido. Ahora bien, si durante esa ausencia, eran despojados del fundo, perdían la posesión. Como ello no era justo, por vía de excepción, en la época clásica, se consideró por algunos que la posesión se conservaba solo ánimo por razones de utilidad.

No cabe duda de que esto es por vía de excepción, porque Paulo es muy claro cuando indica:

*Et adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore. Quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: astaased ssusufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.*

La cita anterior puede traducirse como:

*Y logramos la posesión por el corpus y el animus, no por el solo animus o el solo corpus. Esto que acabamos de decir, de que la posesión la debemos de adquirir mediante el corpus y el animus, no se ha de entender, sin embargo, de tal manera que quien quisiera poseer un fundo haya de andar sobre todos sus terrones, pues basta con que entre en una parte cualquiera del fundo, con tal de que lo haga con la intención y propósito de querer poseer todo el fundo hasta sus límites.*

Como puede observarse, la doctrina de origen romano sostiene que dos son los elementos que conforman la posesión, el *corpus* y el *animus*. Si cualquiera de los dos elementos faltan, no existe la posesión, y si bien es cierto que la posesión se conserva solo *animus*, en los predios alejados en el tiempo de invierno, se conserva la posesión

porque el poseedor no puede ejercer el *corpus*, ya que esos predios no pueden ser cultivados en esa estación.

La doctrina seguida por la Sala es distinta porque sí hace referencia al *corpus* y al *animus*. La doctrina es germánica, fundamentada en la *Gewere*.

*La Gewere es la forma jurídica del derecho real. Tiene Gewere quien se presenta como realizador del derecho real mediante la dominación efectiva de la cosa. Y esta persona es aquella a quien corresponde el aprovechamiento de la finca, puesto que ella es públicamente el titular real. Sin embargo la Gewere no solo es la forma jurídica del derecho real, sino que, además es ella misma un derecho en cuanto que el señorío sobre la cosa produce efectos jurídicos propios. Como tal la Gewere es transmisible y heredable<sup>22</sup>.*

La forma se independiza del contenido. La forma es la *Gewere*. El contenido es el derecho real. Pero esta forma tiene valor en sí, puesto que a su vez es un derecho.

Parte de la doctrina española ha sostenido que, en el artículo 460, inciso 4º, se encuentran reminiscencias germánicas no siempre puras, sino combinadas con las romanas<sup>23</sup>.

## LA POSESIÓN, HECHO O DERECHO

No es tema de discusión por los romanistas que la posesión consta de dos elementos el *corpus* y el

*animus*, pero sí es controvertible, si la posesión es un hecho o un derecho.

Algunos han sostenido que los romanos tuvieron posiciones diferentes. Paulo señala la *possessio est rei facti non iuris*, mientras Papiniano piensa *non est corporis, sed iuris*<sup>24</sup>. Otros consideran que la frase no significa que la posesión es un derecho, sino que se toma en cuenta la posesión con miras a ciertas adquisiciones jurídicas<sup>25</sup>.

Al examinar la frase mencionada en su contexto, esta tesis tiene como fundamento lo siguiente: “Los que están bajo potestad pueden tener pueden tener materialmente una cosa del peculio, pero no pueden tenerla como propietarios, **ni tampoco poseerla, pues la posesión no es algo material, sino también de derecho**”. De esta manera, bien puede interpretarse que es explicativa de la situación concreta del esclavo o del *alieni iuris* sin hacerla extensiva a otras situaciones.

Para los efectos de este artículo, no se pretende analizar las diferentes posiciones de la doctrina en este punto, basta con hacer la observación de que en los libros de texto que les pedimos a los y las estudiantes, Arias Ramos indica: “*son pues conceptos distintos propiedad y posesión [...] la propiedad es un derecho la posesión es un hecho*.”<sup>26</sup>

Para Juan Iglesias: “Sustantivamente, la posesión no es un hecho, ni acto, sino acción del sujeto: desaparece la *possessio* si cesa o se interrumpe la acción”<sup>27</sup>.

22 **PLANITZ, Hans**. *Principios de derecho privado germánico*. Op. cit., p. 154.

23 **HERNÁNDEZ GIL, Antonio**. (1980). *La posesión*. Madrid: Editorial Civitas, S. A. . 92.

24 **HERNÁNDEZ GIL, Antonio**. Ob. cit., p. 46.

25 **IGLESIAS, Juan**. *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. Ediciones Ariel, Barcelona. Cuarta Edición, sin fecha. Véase D. 41, 2, 1, 3, y D, 41, 2, 49, 1.

26 1969. *Derecho Romano*. T. I. Madrid: Editorial de Derecho Privado, p. 282.

27 (1958). *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. Barcelona, Ediciones Ariel. Cuarta Edición, p. 28.

Para Savigny, la posesión es al mismo tiempo hecho y derecho, y agrega “La posesión es un derecho cuando hay derechos combinados con la sola existencia de esta relación [...]”<sup>28</sup>.

De acuerdo con Hernández Gil, no debe hablarse de una doble naturaleza, y sitúa la posesión entre los derechos de contenido fáctico y así expone: “ *Nuestra tesis es la de que la posesión, aun nutrida del máximo contenido fáctico, puede ser integrada en la estructura de los derechos [...] Lo que ocurre en la posesión es que en contraste con otros derechos, no se diferencian nítidamente ejercicio y titularidad en cuanto a que el ejercicio mismo implica atribución*”<sup>29</sup>.

Para Ihering es un derecho cuando señala: “[...] *no es la voluntad subjetiva sino la regla de derecho, la que determina la naturaleza de la relación posesoria*”<sup>30</sup>.

Diego Lora indica que todavía se observa como actual la vieja discusión de las escuelas acerca de si la posesión es un hecho o un derecho, y quiénes sostienen que puede ser hecho o derecho según la clase y categoría<sup>31</sup>.

## LA POSESIÓN MEDIATA E INMEDIATA

La concepción de una posesión mediata e inmediata no es romana, sino germánica. En consecuencia, en los códigos latinos, no encontramos esa terminología.

El artículo 868 del BCG explica que “*si alguien posee una cosa como usufructuario, acreedor prendario, arrendatario de uso y disfrute, arrendatario de uso, depositario, o en una relación semejante en cuya virtud esté frente*

*a otro autorizado u obligado temporalmente a la posesión, también el otro es poseedor (posesión mediata)*”. Es decir, el usufructuario es un poseedor inmediato, y el propietario es un poseedor mediato.

El artículo 22.5 del nuevo Código Procesal Civil usa en su título, por primera vez en la legislación costarricense, el término poseedor mediato, pero no lo usa en su desarrollo.

Nuestra jurisprudencia comenzó a usarlo en la sentencia n.º 230 de las 16 horas del 20 de julio de 1990, así como en la sentencia 170 de las 14:50 del 23 de diciembre de 1992, y lo reitera en las sentencias n.º 68 de las 14:55 de 173 de agosto de 1994, n.º 75 de las 14:50 minutos del 7 de julio de 1995, y de las 11: 15 minutos del 1º de marzo de 2002.

## CONCLUSIONES

1. La doctrina romana y nuestra jurisprudencia siempre se han inclinado por sostener que la posesión ha constado de dos elementos: *el corpus y el animus*.
2. Los romanos tuvieron el mérito de separar los conceptos de propiedad y de posesión como situaciones jurídicas independientes.
3. En relación con los problemas que presenta la explicación en cuanto a la protección interdictal, se recurre siempre a la protección de la propiedad. Cuando Ihering combate la doctrina de Savigny de que los romanos protegían con los interdictos al acreedor pignoraticio, al secuestrario y al precarista que no tenían *animus*

28 (2005). *Tratado de la posesión*. Granada, Editorial Comares, S. L.

29 HERNÁNDEZ GIL, Antonio, ob. cit. pp. 54, 61.

30 HERING, Rodolfo Von. (1910). *La voluntad en la posesión*. Trad. Adolfo Posada. Madrid: Imprenta Revista de Legislación.

31 DIEGO LORA, Carmelo. (1962). *La posesión y los procesos posesorios*. Vol. 1. Madrid: Ediciones Rialp, S. A., p. 66.

*domini*, Savigny indica que la posesión es derivada del propietario, es decir, que su protección la hacían valer por el dueño de la cosa. Pero, para Ihering, el problema es por qué no se concede protección entonces al arrendatario, al depositario, al comodatario y al usufructuario, quienes tienen el *animus* que se requiere según la concepción de Ihering, sino que ellos tienen que recurrir al propietario de la cosa. Entonces recurre a razones históricas en que el *pater* conserva para su conveniencia esta acción. En resumen, para Ihering, el interés práctico del jefe de la casa romana es que les concedió protección posesoria al acreedor pignoraticio, al secuestratario y al precarista que no tienen *animus domini*; pero, tienen conciencia de tener la cosa, lo saben y lo quieren

4. Considerar si la posesión es un hecho o un derecho no cambia en absoluto la doctrina tradicional de que la posesión consta de dos elementos el *corpus* y el *animus*.
5. La nueva tendencia de la jurisprudencia al sostener que la posesión puede carecer de *corpus* se aparta de la doctrina romana y de la tradicional en Costa Rica.
6. La posesión incorporal es de origen germánico, aun cuando los romanos consideraron en casos excepciones la posesión solo ánimo.
7. Con la nueva doctrina, se protege más a la propiedad que a la posesión, porque el derecho de propiedad no tiene necesidad de tener un contenido fáctico, como sí es necesario en la posesión.
8. En resumen, podemos indicar que la nueva tendencia de la jurisprudencia aplicada con sabiduría y prudencia facilita la

solución de los problemas con justicia y equidad, porque protege en muchos casos la propiedad, en contra de la tendencia prevaleciente en algunos tribunales en que se protege más al usurpador que al propietario de la cosa.

## BIBLIOGRAFÍA

DIEGO LORA, Carmelo. (1962). *La posesión y los procesos posesorios*. Vol. 1. Madrid: Ediciones Rialp, S. A.

GARCÍA VALDECASAS, MARTIN PÉREZ, Antonio. (1958). *La posesión. Derechos reales. Doctrinas generales*. Zaragoza: Editorial Noticiero S.A., p.48.

HERNANDEZ GIL, Antonio. (1969). *La función social de la posesión*. Alianza Editorial, S. A.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. (1980). *La posesión*. Madrid: Editorial Civitas, S. A.

IGLESIAS, Juan. *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. Ediciones Ariel, Barcelona. Cuarta Edición, sin fecha.

IHERING, Rodolfo. (1910). *La voluntad en LA POSESIÓN con la crítica del método jurídico reinante*. Versión Española de Adolfo Posada. Madrid: Imprenta Revista de Legislación.

IHERING, Rodolfo Von. (1910). *La voluntad en la posesión*. Trad. Adolfo Posada. Madrid: Imprenta Revista de Legislación.

MARTIN PÉREZ, António. (1958). *La posesión. Derechos reales I*. Zaragoza: Editorial Noticiero S. A., p. 45.

NUÑEZ LAGOS, Rafael. (1950). *Hechos y derechos en el documento público*. Madrid: Editorial Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pp. 106, 107, 109.

*PÉREZ GONZÁLEZ, Blas. ALGUER, José. (1944). Anotaciones al tratado de derecho civil, derecho de cosas". Traducción de la XXXII Edición Alemana con estudios de comparación a la legislación y jurisprudencia española. Barcelona: Editorial Bosch. Tomo III, p.79.*

*PLANITZ, Hans. (1957). Principios de derecho privado germánico. Traducción de CARLOS MELON INFANTE. Barcelona: Editorial Boch.*

*RUSSOMANNO, Mario C. La posesión en los principales códigos civiles contemporáneos. Abeledo-Perrot, 1967*

*SAVIGNY, M. F. C. (2005). TRATADO DE LA POSESIÓN según los principios del derecho romano. Traducción anónima de Madrid. Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, Edición revisada por José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, S. L., pp. 2, 66, 67.*

## **JURISPRUDENCIA.**

Sentencia n.º 230 de las 16 horas del 20 de julio de 1990,

Sentencia 170 de las 14:50 del 23 de diciembre de 1992

Sentencia n.º 68 de las 14:55 de 173 de agosto de 1994,

Sentencia n.º 75 de las 14:50 minutos del 7 de julio de 1995,

Sentencia de las 11: 15 minutos del 1º de marzo de 2002.



---

*Reseña de Libros  
e Investigaciones*

---

[Volver al índice](#)



## RESEÑA DE LIBRO



Presentamos a su consideración el libro publicado por la Melissa Benavides Viquez, abogada, Máster en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires Argentina, actualmente jefa de la Unidad de Acceso a la Justicia del Poder Judicial, ha investigado sobre temas de Derecho Alimentario y Análisis Económico del Cuidado.

El libro plantea que la Perspectiva de Género es un principio general del derecho, que ha venido funcionando para delimitar, interpretar e integrar el ordenamiento jurídico. Con este reconocimiento se pretende brindar herramientas al ejercicio jurídico, combinando la teoría de los principios generales del derecho y la amplia doctrina de los estudios de género, que permitirá visibilizar que las consecuencias de las normas recaen de manera distinta entre los hombres y las mujeres.

El libro se divide en dos secciones: la primera expone un desarrollo conceptual sobre las principales discusiones acerca del género, los sesgos en el derecho, la delimitación del concepto de perspectiva de género y, como complemento, los principales aspectos respecto a la teoría de los principios general del derecho y sus funciones.

La segunda parte analizará la aptitud de la perspectiva de género como principio general del derecho; para ello, se repasarán los fundamentos normativos que permiten una visión no unidimensional, sino plural del derecho, con un recorrido a través de la normativa nacional, internacional y jurisprudencia interamericana.

Por último, se expondrán ejemplos de los distintos tribunales nacionales que evidencian que la perspectiva de género como principio general del derecho, es una práctica que desde hace bastante tiempo está en ejecución en nuestro país.



---



# *Entrevista*

---



[Volver al índice](#)



## ENTREVISTA CON EL MASTER ANDRÉS MÉNDEZ BONILLA,

Jefe del Centro de Gestión de calidad y acreditación del Poder Judicial



**D**on Andrés es abogado y administrador de empresas, es facilitador y docente y tiene un amplio curriculum académico y amplia experiencia en el Poder Judicial.

Por medio de esta entrevista conoceremos a la persona que está a cargo de este centro pero sobretodo, se detallará gran parte de la labor que se realiza y que constituye una política institucional del Poder Judicial.

### 1. ¿Don Andrés que nos podría contar algo de su vida para conocerlo un poco mejor?

Nací en la provincia de Limón donde viví mi infancia. A los 8 años nos vinimos a residir a San José. Mi secundaria la hice en la Escuela República de Argentina en Bo Méjico y parte de la secundaria en el Liceo de San José también en Barrio Méjico. Culminé mi secundaria en el Colegio Técnico Profesional de Educación Comercia y de Servicios (COTEPECOS), obteniendo el Técnico Medio en Contabilidad y el Bachillerato en Educación Media, iniciando mi experiencia laboral a los 17 años como auxiliar de contabilidad en varias empresas. Inicé mi experiencia laboral en el Poder Judicial en enero de 1995 y hasta la fecha. En el Poder Judicial he ocupado varios puestos en el Departamento de Planificación, pasando por el Puesto de Técnico Administrativo 2, luego desempeñe el puesto de Profesional 2 por y finalmente como Jefe Administrativo, del 2007 al 2011. En el 2012 me incorporé al Centro de Gestión de Calidad como Jefe del Centro, puesto que desempeño hasta la fecha. Mis estudios iniciales fueron en Administración, obteniendo los títulos de Diplomado, Bachillerato, Licenciatura y Maestría. Luego de ello estudié la Licenciatura en Derecho que obtuve en el 2011. Tengo un hijo de 17 años y soy divorciado. Mi tiempo libre lo dedico a leer y a caminar en cuanto sea posible, también me agrada mucho cocinar.

## 2. ¿Cuáles son los objetivos de este centro?

El Centro de Gestión de Calidad tiene como objetivo el desarrollo y ejecución de la Política Institucional de Gestión de la Calidad, para lo cual se realizan las siguientes funciones:

- a. Gestión Institucional del Sistema de Gestión de Calidad: coordinación con distintos órganos de la institución judicial para el soporte y la creación de herramientas de gestión de cualquier despacho u oficina que pretenda acreditarse con alguna de las normas GICA-Justicia. Y es un canal de comunicación ante el Órgano Nacional de Calidad y Acreditación para la Justicia
- b. Coordinación institucional de los procesos de implementación: centralización, custodia y aprobación del banco de protocolos, transversales a toda la institución judicial, de modo que procure la gestión de recursos internos a fin de brindar apoyo logístico y de capacitación en los procesos de acreditación que institucionalmente se estén coordinando, además de contribuir a la replicabilidad de los sistemas de gestión.
- c. Verificaciones internas de Despacho u Oficina.: coordinación y ejecución de las verificaciones de despacho u oficina a fin de verificar la idoneidad de su Sistema de Gestión de Calidad para su acreditación o re-acreditación.
- d. Capacitación: coordinar la capacitación requerida por los despachos u oficinas a efecto de que cumplan con el rediseño de procesos requerido para la implementación de alguna de las normas GICA-Justicia y su posterior acreditación
- e. Secretaría Técnica de la Comisión de Gestión Integral de la Calidad de la Justicia ( GICA-Justicia)
- f. Atender consultas nacionales e internacionales respecto de las labores técnicas en Gestión de Calidad.

## 3. ¿Cómo surgió esta idea de crear este centro?

La idea surge de una discusión que se dio en Corte Plena en el 2010 (Acta de Corte Plena de Sesión 012-2010 Artículo XXVI), relacionada con el tema de la eficiencia y la eficacia en el uso de los recursos asignados presupuestariamente, de manera que el Ex Magistrado Rolando Vega Robert propuso en el seno de la Corte, implementar modelos de Gestión de Calidad y una Norma de Gestión de Calidad, que incluía criterios de calidad ajustados a las necesidades de la persona usuaria y conforme las características del servicio de justicia que se presta. Esta propuesta fue avalada por la Corte Plena y mediante un convenio con Euro Justicia se obtuvo el financiamiento para elaborar la primera Norma de Gestión de Calidad específicamente la del ámbito Jurisdiccional y las tres primeras acreditaciones, para lo cual se hacía necesario que existiese una instancia responsable de la elaboración de futuras Normas de Calidad e implementarlas en todos los ámbitos del Poder Judicial, lo cual dio origen al Centro de Gestión de Calidad que inició funciones en el 2011, y fue incorporado en la estructura del Poder Judicial como un órgano dependiente

hoy dependiente de la Comisión de Gestión Integral de la Calidad de la Justicia (GICA-Justicia), siendo por tanto el Centro una oficina conformada como Centro de Responsabilidad y adscrito directamente a los Órganos de decisión, en vista de su responsabilidad del desarrollo de una Política Institucional.

Con la aprobación del presupuesto del periodo 2011 quedó formalmente aprobada la creación de dicha figura bajo el nombre de Centro de Gestión de Calidad (CEGECA). Adicionalmente el Centro de Gestión de Calidad, cuenta con una base legal representada por el Decreto Ejecutivo N° 35839-MP-J, relacionado

con la Creación del Sistema Nacional de Calidad y Acreditación para la Justicia (SINCA-Justicia), que en su artículo 4 cita:

*“Artículo 4º-Garantía de independencia. El SINCA-Justicia respetará la independencia del Poder Judicial y de las demás instituciones del sector de administración de justicia que voluntariamente se sometan a la aplicación de la Norma GICA. Sus gestiones no serán vinculantes sino recomendaciones para los procesos de validación externa de acreditación a que se sometan los entes u órganos que opten por esa distinción, tramitadas a través de su propio centro de gestión de calidad.” (el subrayado es propio)*

Conforme lo anterior, el Centro de Gestión de Calidad, se conformó como una estructura con Jerarquía claramente definida y ubicada conforme otros Programas Institucionales también especializados y fines específicos para generar esfuerzos en procura del Servicio al Usuario, y con la base Legal Presupuestaria del caso, como Centro de Responsabilidad Específico.

## 5. ¿Cómo es el procedimiento para medir la calidad?

El proceso de Acreditación en Calidad busca la implementación de criterios de calidad bajo tres enfoques, denominados Sellos de Calidad. En este sentido a la fecha tenemos tres Sellos: Sello de Gestión Organizacional, Sello de Gestión Documental y Sello de Gestión de Procesos, cada uno de ellos con alrededor de 8 a 10 criterios que las oficinas o despachos deben cumplir para lograr su acreditación.



Lo que se verifica es el cumplimiento de los criterios de los Sellos una vez implementados. El objetivo de cada Sello es impactar positivamente en la gestión de la oficina o despacho y que se traduzca a la vez en una mejor gestión y servicio a la persona usuaria. Este proceso es completamente participativo de manera tal que el CEGECA acompaña y orienta técnicamente a la oficina o despacho judicial con el fin de que construyan en equipo las evidencias que dan cumplimiento al Sello que están implementando, apropiándose del mismo y con ello dar la sostenibilidad debida en el tiempo.

Una vez implementadas las evidencias de cumplimiento de los sellos, la oficina entra en el proceso de verificación de calidad (medición de la calidad), cuyos resultados reflejan el grado de cumplimiento de los criterios, de manera tal que como mínimo deben obtener un 80% de cumplimiento para obtener la acreditación. Lo importante en el proceso no es la nota sino interiorizar los cambios en la gestión con los criterios de calidad y que estos sean sostenibles en el tiempo.

## 6. ¿Cuál han sido los resultados?

Los resultados a la fecha han sido muy satisfactorios, inclusive logrando exportar el Sistema de Gestión de Calidad. Enumeramos algunos de ellos:

- En el 2013, reconocimiento por parte del Departamento para la Gestión Pública Efectiva de la Secretaría de Asuntos Políticos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en el marco del Premio Interamericano a la Innovación para la Gestión Pública Efectiva – 2013, en la categoría Innovación en la Calidad de las Políticas Públicas.
- Incorporación en el seno del Cumbre Judicial Iberoamericana del tema de Gestión de Calidad, lo cual fue promovido por el Poder Judicial de Costa Rica, que tuvo como resultado la creación de la Red Iberoamericana de Gestión e Investigación de la Calidad para la Justicia (RIGICA-Justicia); así como la Comisión Iberoamericana de Calidad para la Justicia (CICAJ) de la cual forma parte el Poder Judicial de Costa Rica como Integrante, desempeñando a la vez del 2012 al 2018 la Secretaría Técnica Ejecutiva de dicha Comisión.
- Redacción del Decálogo Iberoamericano para una Justicia de Calidad como un documento cuyos enunciados buscan orientar la implementación de la Calidad en la Justicia en diferentes temas como la persona usuaria, el acceso a la justicia, el trabajo en equipo, el desarrollo del talento humano, la eficiencia y la eficacia, entre otros.
- Firma de 9 convenios de cooperación internacional para el intercambio de experiencias con otros Poderes Judiciales o Instituciones relacionadas con la Administración de Justicia.
- Redacción de la familia de Normas GICA-Justicia, con el fin de tener un documento con criterios de calidad por ámbito.

Finalmente, en cuanto al tema de resultados de implementación de Sistemas de Gestión de Calidad en Despachos y Oficinas Judiciales se tiene el siguiente resultado:

<b>Acreditaciones por metodología unificada (Metodología Original)</b>		
<b>AÑO</b>	<b>CANTIDAD</b>	<b>TIPO</b>
2010-2018	26	Acreditaciones nacionales
2010-2019	13	Acreditaciones Internacionales
2011-2017	10	Reacreditaciones nacionales
2016	1	Reacreditación Internacional
2019	1	Reacreditación Internacional

Fuente: Elaboración propia.

<b>Acreditaciones por Sellos de Calidad (Nueva Metodología por Sellos)</b>			
<b>AÑO</b>	<b>CANTIDAD</b>	<b>SELLO</b>	<b>TIPO</b>
2019	5	Gestión Organizacional	Acreditación
	9	Gestión Documental	
	1	Gestión de Procesos	
2020	8	Gestión Documental	Acreditación
	2	Gestión de Procesos	
2020	9	Gestión Documental	Reacreditación
	1	Gestión de Procesos	
	5	Gestión Organizacional	
2021	2	Gestión Documental	Acreditación

Fuente: Elaboración propia.

A manera de reconocimiento a las oficinas y despachos judiciales que logran la acreditación o la re-acreditación, se les otorga un certificado y una medalla para visibilizar el logro obtenido.



**7. Que sucede por ejemplo con los juzgados que no aprueban este control de calidad?**

Los despachos u oficinas que no logran la acreditación luego de realizada la verificación, entran en un proceso de mejora continua, que les permita en un plazo de 3 meses (o bien el plazo que estime la Comisión GICA-Justicia) implementar las oportunidades de mejora generadas de la verificación de calidad. En caso de que en ese plazo no logren superar la verificación con éxito, no se otorga la acreditación, siendo decisión de la oficina o despacho solicitar en cualquier momento una nueva verificación para optar por la acreditación. Cabe citar que la acreditación es un proceso voluntario que la oficina solicita, por tanto, no tiene mayores consecuencias internas más que perder el estado de acreditado o re-acreditado, lo cual, si

pudiese repercutir en la gestión interna de la oficina y por ende en el servicio a la persona usuaria, al no cumplir con los criterios desarrollados que dieron base a la acreditación o re-acreditación.

#### **8. ¿Cuáles son las metas que se proponen a futuro?**

Las metas futuras es continuar con el proceso de información y sensibilización en cuanto al tema a lo interno del Poder Judicial, en vista de que a pesar del tiempo transcurrido consideramos que existe aún algún nivel de desinformación e inclusive interpretación errónea de los alcances de la Política de Gestión de Calidad y sus efectos en las oficinas y despachos judiciales. Con ello lograríamos mayor convencimiento del impacto que la Política puede generar en las oficinas y despachos judiciales y de esa manera también paulatinamente ir realizando mayores procesos de Implementación de la Gestión de la Calidad en todos los ámbitos del Poder Judicial. Por otro lado, otra meta es continuar colaborando e intercambiando experiencias con otros Poderes Judiciales a nivel Iberoamericano que han visto en nuestro Modelo y Metodología de Implementación de la Gestión de la Calidad una experiencia que puede ser aplicada en otros países, de lo cual tenemos un ejemplo claro que es el Poder Judicial de Honduras. Lo anterior mediante la interacción en la Cumbre Judicial Iberoamericana cuyos resultados fueron detallados anteriormente.

#### **9. ¿Este sistema se aplica en otros lugares del mundo?**

El Modelo y Metodología GICA-Justicia ha sido divulgado a Nivel Iberoamericano y se ha participado en diversas actividades como parte de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en países como México, Colombia, Nicaragua, Panamá y Honduras. Como producto tangible de ello es que el Poder Judicial de Honduras dispuso a partir de la experiencia GICA-Justicia en Costa Rica, implementar la Gestión de la Calidad tomando como base el Modelo del Poder Judicial costarricense, cuyos resultados han sido las 13 acreditaciones y 2 reacreditaciones en Despachos Judiciales del Poder Judicial de Honduras.

#### **10. Algo más que desee agregar.**

El tema de Gestión de Calidad ha tenido diferentes fases desde sus inicios, como toda innovación al inicio generó una labor de sensibilización para que se interiorizara en la población judicial los alcances y propósitos todos ellos relacionados con la mejora de la gestión interna en las oficinas y despachos judiciales y con ello impactar positivamente el servicio a la persona usuaria.

Este proceso de cambio inició en el 2009 con el desarrollo de alrededor de 15 Talleres de Participación Ciudadana, en los cuales se visitó todo el país, mediante los cuales se escuchó la voz de la persona usuaria con el fin de redactar las Normas de Gestión de Calidad. En estos talleres hubo participación de fuerzas vivas de las comunidades, personas usuarias que habían estado en procesos o gestiones judiciales y personal judicial, lo cual permitió conocer directamente opiniones y sugerencias respecto de los criterios de calidad que deberían estar presentes en los servicios del Poder Judicial, lo cual culminó con la redacción de la Primer Norma de Gestión de Calidad para el Ámbito Jurisdiccional aprobada por la Corte Plena en el 2010 (*Acta de Corte Plena de Sesión 012-2010, Artículo XXVI*). Lo anterior como un esfuerzo de generar un Sistema de Gestión de Calidad propio, conforme las necesidades y particularidades en la Administración de Justicia, que luego se enfocó en la redacción de una Norma de Gestión de Calidad para cada ámbito del Poder Judicial, lo cual se hizo también mediante la Metodología de Talleres de Participación con Personal

de respectivo ámbito. Para lo anterior, se crearon grupos de redacción tanto en la Defensa Pública, como en el Ministerio Público, así como en el Organismo de Investigación Judicial y con oficinas del Ámbito Administrativo, los productos finales representan la elaboración de una Norma de Gestión Judicial para cada ámbito, las cuales fueron aprobadas por la Corte Plena en sesión 15-15, Artículo XXIII.

El tema de la Gestión de la Calidad si bien es un elemento constitucional como lo dispuso la Corte Plena en sesiones 029-2011, Artículo XVI y 032-2011, Artículo I, al indicar:

*“4.) Reconocer que la función de control para la eficacia, eficiencia y efectividad del servicio público de justicia, establecida constitucional y legalmente, constituyen un pilar obligatorio y esencial para obtener una gestión integral de calidad.”*

Se ha venido trabajando con una visión orientada a que las oficinas y despachos judiciales de manera voluntaria implementen los criterios de calidad por sellos, lo cual implica el compromiso y la sostenibilidad por parte del personal, y de esa manera ir incorporando paulatinamente la Gestión de la Calidad, lo cual año con año ha venido incrementándose.

En el transcurso de los años, el tema se ha comprendido de mejor manera y se ha visto un aumento en la solicitud de acreditaciones, lo cual es el resultado de los esfuerzos realizados en las sensibilizaciones y de la conciencia de las oficinas que voluntariamente han decidido implementar la Gestión de la Calidad, logrando de esa manera pasar de una etapa informativa y de sensibilización a una de mayor comprensión del tema iniciando entonces una etapa de madurez. Los retos son muchos aún, pero la labor de iniciar el camino de la Gestión de la Calidad en el Poder Judicial está hecha, ahora corresponde mantenerlo y día a día aplicar la mejora continua. Nuestro lema es **“Comprometidos con la Mejora”**, lema que en conjunto con las oficinas y despachos judiciales que han implementado la Gestión de Calidad, continuaremos desarrollando, entendiendo que el tema de la calidad es progresivo y que siempre mediante las oportunidades de mejora podemos innovar y desarrollar esfuerzos en procura de analizar la gestión y mejorarla en procura de un mejor servicio hacia la persona usuaria.



---

*Commemoración  
del 40 Aniversario de la  
Escuela Judicial*

---



# CONMEMORACIÓN DEL 40 ANIVERSARIO DE LA ESCUELA JUDICIAL



## Reseña histórica

En este año 2021, estamos celebrando el 40 aniversario de la creación de la Escuela Judicial gracias a la gran visión que tuvo el entonces alcalde segundo civil de San José, Lic. Edgar Cervantes Villalta, que provocó que el 13 de octubre de 1964, se diera la primera capacitación judicial de la que se tiene registro. Don Edgar, quien después fue presidente de la Corte Suprema de Justicia, solicitó el permiso para impartir un curso de capacitación judicial a las personas auxiliares judiciales y al personal de apoyo del despacho, iniciándose con ello los procesos de capacitación para mejorar la calidad de la Administración de Justicia. En su honor la Escuela lleva el nombre de Escuela Judicial Edgar Cervantes Villalta.

Debido al éxito de esta iniciativa, la Corte Plena extendió la capacitación al resto de despachos y el 18 de octubre de 1971 se emitió un acuerdo donde se estableció formalmente la Escuela de Capacitación Judicial, la cual en enero de 1972, fue dotada de un reglamento que le dio mayor sustento jurídico.

El 1978, la Corte Plena ordenó el funcionamiento permanente de la Escuela Judicial y eligió al juez superior penal, Lic. Luis Paulino Mora Mora, también futuro presidente de la Corte Suprema de Justicia, para que preparara un proyecto de organización y funcionamiento de esta dependencia.

En enero de 1980, la Corte fue ubicada en el quinto piso del edificio del Organismo de Investigación Judicial y se consolidó aún más, cuando el 6 de agosto de 1981, se aprobaron tanto la Ley No. 6593 como su reglamento, donde se determinó que debía contar con un Consejo Directivo, un director y el personal necesario para realizar sus funciones. Además se recalcó que su objetivo principal era satisfacer las necesidades de capacitación de todas las personas servidoras judiciales.

En el año 2007, la Escuela Judicial se trasladó a la Ciudad Judicial en San Joaquín de Flores en Heredia, donde actualmente se encuentra y donde se ha convertido en una instancia eficaz para el mejoramiento de las personas judiciales de todo el país. Esta labor exitosa de la Escuela

la ha convertido internacionalmente en una institución modelo muy reconocida y que le ha hecho acreedora de premios como el de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales acreditó la norma de calidad RIAEJNCR 1000-2011 al Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura y al Programa de Especialización, en el 2013, entre otros.

### Capacitación virtual.

En los últimos tiempos y debido a la pandemia que nos afecta, la plataforma de cursos virtuales se ha consolidado como el principal elemento de soporte en la gestión de actividades académicas, gracias a su flexibilidad y accesibilidad, que permiten ofrecer un mayor alcance a la población judicial en todo el país y en el ámbito de la cooperación interinstitucional e internacional.

Por estos motivos, el Área de Servicios Técnicos de la Escuela Judicial coordinó con la Dirección de Tecnología del Poder Judicial para dotar a las Unidades de Capacitación de la Defensa Pública, del Organismo de Investigación Judicial y del Ministerio Público de una plataforma de cursos virtuales propia que les ha dado soporte a las importantes actividades académicas como son el curso Básico de Investigación, Cibercriminalidad, entre otros.

Las actividades académicas se han complementado con la herramienta Teams, se ha desarrollado contenidos con la tecnología podcast, se creó el canal de Youtube de la Escuela Judicial como un medio de difusión de contenidos audiovisuales para ampliar la oferta de recursos tecnológicos de la Escuela Judicial.

Las actividades académicas que se han impartido tienen un formato de programas, cursos, talleres y foros en los diferentes programas para las personas juzgadoras, las personas técnicas judiciales, los fiscales y las fiscalas, las personas defensoras

públicas, los y las oficiales de investigación del OIJ y el personal administrativo en general.

En medio de esta crisis sanitaria la Escuela se ha reinventado para lograr sus objetivos y parte de los resultados se reflejan en los siguientes gráficos:



### El Consejo Directivo de la Escuela Judicial

La Escuela Judicial se rige por un Consejo Directivo, que actúa como órgano superior el cual está formado por siete miembros: una persona magistrada, quien lo presidirá, el director o la directora de la Escuela, dos jueces o juezas, el (la) jefe(a), o el (la) subjefe(a) de la Defensa Pública, del Ministerio Público y del Organismo de Investigación Judicial.

Este órgano es el responsable entre otras cosas de analizar, orientar y aprobar procesos de

capacitación para el personal judicial, producir y revisar las políticas generales de certificación y lineamientos metodológicos para la Escuela y todas las Unidades de Capacitación, aprobar los planes anuales estratégicos y operativos, así como los planes de trabajo de cada unidad de capacitación, con la previa revisión de la Dirección de la Escuela.

En la sesión 30-2021, celebrada el 19 de julio de 2021, la Corte Suprema de Justicia nombró a la nueva presidencia del Consejo Directivo de la Escuela Judicial por un período de dos años:

- La magistrada, Dra. Sandra Eugenia Zúñiga Morales, como presidenta titular.
- El magistrado suplente, M. Sc. Hubert Fernández Argüello, como presidente suplente.

### **El personal de la Escuela Judicial:**

El éxito de toda organización se debe en un alto porcentaje al trabajo que realiza su personal, y el personal de la Escuela Judicial no es la excepción, que con mística y esfuerzo realizan cada día una gran labor que debe reconocerte y que incluye a todas y todos sin distinción de cargo o puesto.

Al frente de esta institución se encuentran la directora y subdirectora que son las personas encargadas de ejecutar las decisiones tomadas por el Consejo Directivo.

También desde el año 2016 la Escuela se encarga de la publicación de la Revista Judicial, de larga trayectoria en la vida institucional del Poder Judicial.

En estos 40 años de existencia, la Escuela ha enfrentado muchas crisis de diversa índole y la de estos dos últimos años ha sido una prueba que ha sabido enfrentar en la mejor forma posible para cumplir sus objetivos.

*\*Compilación hecha por la Lic. Irene Rojas Rodríguez.*

## CONMEMORACIÓN DEL 40 ANIVERSARIO DE LA ESCUELA JUDICIAL

### GALERÍA DE FOTOGRAFÍAS



Magistrada Sandra Zúñiga Morales  
Presidenta Consejo Directivo



Licda. Rebeca Guardia Morales  
Directora a.i.



Licda. Kattia Escalante Barboza  
Subdirectora a.i.



Parte del personal que ha trabajado en la Escuela Judicial

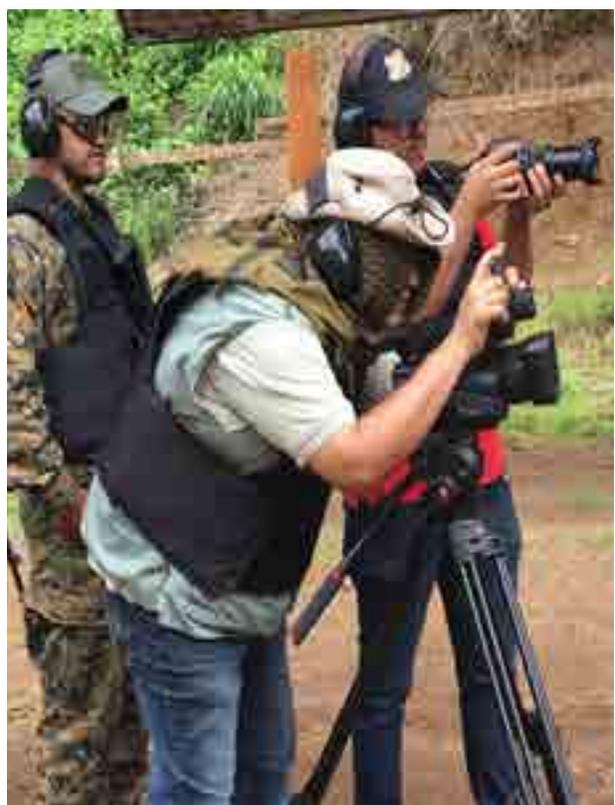
**Área Administrativa**



**Área académica**



**Área de servicios técnicos**





Dr. Haideer Miranda Bonilla Dr. Víctor Pérez Vargas Dra. Vilma Alpizar Matamoros  
Lic. Román Bresciani Quirós. Ex directores, directora y colaborador de la Revista Judicial

\* Las fotografías corresponden a diferentes épocas de la Escuela Judicial.

---

*Personas que  
colaboraron  
en este número*

---

[Volver al índice](#)



## PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTA EDICIÓN

**DR. ÁLVARO JOSÉ MEZA LAZARUS.** El autor es Abogado. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Agrario, Derechos Reales, Derecho de Obligaciones y Derecho de la Contratación Privada de la Facultad de Derecho de la UCR. Coordinador del Posgrado en Derecho Agrario de la UCR. Correo: alvaromeza@econojurisabogados.com.

**DR. HAIDEER MIRANDA BONILLA.** Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, tesis aprobada con distinción summa cum laude. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y especialista en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento, Italia. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos y Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho (UCR). Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ). Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Además ha realizado una serie de estancias profesionales en la Corte Constitucional italiana, el Tribunal Constitucional español, la Corte Constitucional colombiana, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como estancias académicas, en el Departamento de Diritto Pubblico de la Universidad de Pisa, en el Centro di Ricerca sui Sistemi Costituzionali Comparati de la Universidad de Génova, en el Centro de Ricerca e Formazione sul Diritto Pubblico Europeo ed Comparato de la Universidad de Siena, en el Instituto de Derecho Público Comparado “Manuel García Pelayo” y en el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, ambos en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III en Madrid, en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla y en el Departamento de Derecho Procesal y Administrativo de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: haideer.miranda@ucr.ac.cr

**DR. ANDREI CAMBRONERO TORRES.** Abogado, criminólogo y sociólogo. Doctor en Derecho, magíster en Justicia Constitucional y licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR). Bachiller en Ciencias Criminológicas por la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Bachillerato en Sociología por la UCR. Diploma de especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa, Italia. Letrado de la Presidencia del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica y profesor de la línea curricular de Teoría y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la UCR, unidad académica en la que también se desempeñó como gestor de calidad, director de Asuntos Estudiantiles, miembro del Consejo Asesor de Facultad y miembro de la Comisión de Docencia. acambronerot@gmail.com

**MS.c MARIO PEÑA CHACÓN.** Consultor externo del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica (UCR). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE). Correo: mariopenachacon@gmail.com

**MSc. PAOLA AMEY GÓMEZ.** Doctorado en Derecho Penal, Escuela Libre de Derecho. Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. Especialidad en Derecho Notarial y Registral con Énfasis en Contratos Comerciales, Universidad Interamericana. Especialidad en Derecho de Familia, Escuela Judicial. Maestría en Administración de Justicia, enfoque Socio-jurídico con énfasis en Administración de Justicia en Relaciones Familiares Universidad Nacional de Costa Rica, Maestría en Derecho Procesal Penal y Derecho Penal, ha realizado estudios de maestría en derecho de familia, en la Universidad Latina, pendiente el trabajo final de investigación pamey@poder-judicial.go.cr

**Dr. RODRIGO JOSE CARRANZA ZUÑIGA.** Doctor en Derecho por *l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*, Italia, con énfasis en Litigio y Resolución Alternativa de Conflictos. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Actualmente abogado litigante y notario público, en Dr. Rodrigo J. Carranza Z., email: rjcarranza@gmail.com

**DR. LUIS MARIANO ARGUELLO ROJAS.** Doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia. Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica (UCR). Es licenciado en Derecho con énfasis en Derechos Humanos por la UCR. En el 2011, fue medalla de honor y obtuvo el primer promedio del Sistema de Estudios de Postgrado en Derecho de la UCR. En el 2019, obtuvo el primer promedio en el Posgrado cursado en la UNA. En general, todas sus graduaciones han sido con distinción. Desde el 2012, es juez de la república, donde ha desempeñado su cargo en la Jurisdicción Civil y Contencioso-Administrativa. A partir del 2015, es profesor de Derecho en la UCR (Sede de Occidente). Es autor de diversos artículos de investigación publicados en revistas jurídicas especializadas. Ha fungido como director de varios trabajos finales de graduación presentados en la UCR. Es investigador jurídico, conferencista y miembro de la Asociación Costarricense de la Judicatura. Correos electrónicos: luis.arguellowrojas@ucr.ac.cr / arguellowmariano@gmail.com.

**DR. FRANCISCO CHACÓN BRAVO.** Doctor en derecho, Exmagistrado de la Sala Primera, Profesor de la Universidad de Costa Rica, e-mail: franciscochaconbravo@yahoo.com

**MSc. LOURDES ESPINACH RUEDA.** Jueza penal juvenil. Integrante de la Subcomisión de Acceso a la Justicia en Penal Juvenil. Gestora de penal juvenil con 17 años de trabajar en el Poder Judicial. Excoordinadora del Programa de Justicia Restaurativa. Máster en Derecho Penal. Especialista en derecho penal juvenil, resolución alterna de conflictos y Justicia Restaurativa. Facilitadora y formadora en Justicia Juvenil Restaurativa. Corredactora de la Ley de Justicia Restaurativa. Autora de diferentes artículos sobre la Justicia Restaurativa. E-mail: lourdes@espinachrueda.com

**MSc. WARREN CORRALES CASTILLO.** Máster en Asesoría Jurídica de Empresa por la Universidad Carlos III de Madrid, máster en Derecho Comercial y Compliance por la Universidad Carlos III de Madrid y máster en Derecho de la Empresa por la Universidad para la Cooperación Internacional. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: corrales\_warren@hotmail.com

**MSc. MARIAANGELICA FALLAS CARVAJAL.** Licenciada en Derecho y notaria pública, **Universidad Escuela Libre de Derecho.** Además tiene especialización, curso de Formación Judicial "Jurisdicción Social

y el Nuevo Derecho del Trabajo, Aula Iberoamericana del Consejo General del Poder Judicial de España. Especialización en materia laboral, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Máster en Administración de Justicia, Enfoque Socio-Jurídico, con énfasis en Materia Civil, Universidad Nacional de Costa Rica. Actualmente es jueza de trabajo, Juzgado de Trabajo de Heredia.

**MSc. NACIRA ANGULO DE LA O.** Máster en Administración de Justicia, Enfoque Sociojurídico en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Máster en Derecho Penal de la Universidad Internacional de la Américas. Cuenta con una especialidad en derecho penal y una especialidad en derecho penal juvenil de la Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica. Jueza de la república en derecho penal de adultos y derecho penal juvenil

**MSc. MEICER ARAYA ESPINOZA.** Máster en Administración de Justicia Enfoque Socio jurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA), Egresada del Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura (FIAJ) impartido por la Escuela Judicial Lic. Édgar Cervantes Villalta del Poder Judicial de Costa Rica, Licenciatura en Derecho y Notaria Pública de la Universidad Latina de Costa Rica. Jueza de la República, que ha desempeñado el cargo en distintos tribunales del país.

**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. Sus inicios en carrera profesional en el año 2008 se enfocaron en el ámbito del Derecho Penal, 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 la zona de Heredia. A partir del 2015 es profesor de Derecho en la Universidad Hispanoamericana. Correo electrónico: mmarin@abogados.or.cr.

**MSc. Misanillas Reyes de Orellana,** Máster en Administración de Justicia, enfoque Socio-jurídico en énfasis Civil, de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA); Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Las Américas de El Salvador, en 1993; Especialización en Civil y Mercantil por el Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ). Quien ha cursado diferentes diplomados tanto en el área pública y privada. Ejerciendo actualmente el cargo de Juez de Paz, desde 1990, en el departamento de La Paz, de la República de El Salvador. Asimismo, se ha desempeñado como juez suplente en los juzgados de Primera Instancia, Juzgados de Menores, Juzgados de Instrucción y, Juzgados de Sentencia.

**Lic Pedro Bernal Chaves Corrales,** Licenciado en derecho y Especialidad en Derecho Comercial por la Universidad de Costa Rica. Profesor de derecho comercial y bolsa en la Universidad de Costa Rica, ex director del área de Docencia de la Facultad de Derecho UCR. Autor de diversos artículos en áreas como comercial, bolsa y propiedad intelectual. pedrobernal@derechoucr.org



## NORMAS DE PUBLICACIÓN

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.

### **ENVIO DEL ARTÍCULO**

El artículo deberá ser enviado a la dirección electrónica de la Directora de la Revista y de la Revista que aparecen al inicio de esta edición. En este correo deberá indicarse:

#### **a) ARTÍCULO INÉDITO**

La persona postulante deberá manifestar en el correo donde envía el artículo que éste es original e inédito, 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 y que como persona autora asume la responsabilidad legal en el caso de que el material presentado sea copia de otro, 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.

#### **b) RESEÑA DE LA PERSONA AUTORA**

Los datos generales de la persona autora para su reseña. (calidades, títulos académicos, cargos, correo electrónico, teléfono)

### **FORMATO DEL ARTÍCULO**

- Deben presentarse los textos con interlineado 1.5.
- El tipo de letra utilizado debe ser times o times new roman 12.

- El tamaño de la página (márgenes) será el utilizado en word tamaño carta. Los márgenes estándar que debe tener el papel de carta son los siguientes: Margen superior e inferior de 2,5 cm, Margen derecho e izquierdo de 3 cm.<sup>284</sup>
- 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 ante el Consejo Editorial.
- 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).

## **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.

## **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.

El artículo debe tener:

- 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 valoradoras dictaminarán sobre los siguientes aspectos:

- Un alto contenido académico.
- El aporte de tesis o conocimientos nuevos sobre el tema.
- Las afirmaciones respaldadas con argumentos, teoría o por investigación fáctica.
- La relevancia del trabajo en su campo.
- Un buen uso del idioma.
- Uso de lenguaje inclusivo.
- Una exposición clara.
- Una buena organización de las ideas.
- El empleo de las normas de publicación de artículos científicos avaladas por el Consejo Editorial

La recepción del artículo de las personas autoras postulantes, no implica el compromiso de publicación automática por parte de la Revista Judicial.

**LAS OPINIONES Y COMENTARIOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS NO REPRESENTAN NECESARIAMENTE EL CRITERIO OFICIAL DE LA REVISTA, LA ESCUELA O EL PODER JUDICIAL, PERO RESPETAMOS LA OPINION DE LAS PERSONAS AUTORAS**

