

**Poder Judicial**

**Nº 131**

ISSN 2215-2385

# *Revista Judicial*

*“Commemoración del Bicentenario  
de la Independencia de Costa Rica”*



# REVISTA JUDICIAL

ISSN 2215-2385

N° 131

Diciembre 2021

## DIRECTORA

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

## CONSEJO EDITORIAL

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

MSc. Ileana Sánchez Navarro  
Jueza del Tribunal Contencioso Administrativo

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

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

Dr. Álvaro Burgos Mata  
Docente universitario

MBA. Xinia Fernández Vargas  
Secretaría Técnica de Género.

MBA. 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

Licda. 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°131**

**Fundada en 1976**

**ISSN 2215-2385**

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

**Publicación semestral**

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

### **DIRECTORA/EDITORA**

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

### **Diseño de la portada:**

Raúl Barrantes Castillo

### **Diagramación e Impresión:**

Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial

### **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.

# CONTENIDO

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
<b>I. ARTÍCULOS</b> .....	9
<b>LA CADUCIDAD INTERDICTAL DE TRES MESES, UN ERROR DEL LEGISLADOR EN 1933</b> Dr. Francisco Chacón Bravo .....	11
<b>INTRODUCCIÓN A LOS CONTRATOS CON CONDICIONES GENERALES</b> MSc Mario Felipe Marín Cascante .....	21
<b>CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: HACIA EL FUTURO DE LOS CONTRATOS COMERCIALES</b> Esp. Pedro Bernal Cháves Corrales .....	47
<b>LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO: DOGMA INADMISIBLE EN SEDE JURISDICCIONAL</b> Dr. Cesar Hines Céspedes .....	69
<b>LIMITACIONES EN EL ACCESO EFECTIVO AL SEGURO DE RIESGOS DE TRABAJO. VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS “CUELLOS DE BOTELLA” EXISTENTES</b> Dr. Mauricio Castro Méndez .....	79
<b>DESMATERIALIZACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO: DERECHO DE LA PERSONA TRABAJADORA A LA DESCONEJÓN DIGITAL</b> M.Sc. Brisa Campbell Argüello M.Sc. María Elena Carvajal Duarte M.Sc. Arlenny Fernández Zúñiga .....	93
<b>LA JUSTICIA RESTAURATIVA: DESAFÍOS Y RECOMENDACIONES ANTE EL COVID-19</b> M.Sc. Lourdes Espinach Rueda .....	105
<b>EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO: REFLEXIONES A PARTIR DE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA</b> M.Sc. Frank Harbottle Quirós .....	123
<b>ACOSO SEXUAL CALLEJERO Y VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES: PROCURANDO UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA</b> M.Sc. María Fernanda Soto Alfaro .....	141
<b>ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LAS COMUNICACIONES PRIVILEGIADAS</b> M.Sc. Mario de Jesús Jiménez Aguilar .....	165

<b>ANÁLISIS RESPONSABILIDAD PENAL CON BASE EN LA SENTENCIA NÚMERO STS 1885/2017, MADRID, DEL VEINTICUATRO DE MAYO DE DOS MIL DIECISIETE, ¿Y LOS MÉTODOS DE COMPLIANCE?</b>	
M.Sc. Warren Corrales Castillo .....	177
<b>EL PÁRRAFO UNIORACIONAL</b>	
M. L. Irene Rojas Rodríguez.....	211
<b>II. JURISPRUDENCIA COMENTADA.....</b>	<b>223</b>
<b>EL CASO BRENES VS. ANDRÉ DE 1918: DE LA MUY ENIGMÁTICA SUBROGACIÓN LEGAL A FAVOR DEL COMPRADOR DEL INMUEBLE HIPOTECADO</b>	
Lic Federico Torrealba Navas, con comentario por el Dr. Luis Baudrit Carrillo .....	225
<b>III. EL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA Y LA EMISIÓN DEL PACTO DE CONCORDIA. ....</b>	<b>241</b>
<b>LOS RETOS DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN EL BICENTENARIO DE NUESTRA INDEPENDENCIA</b>	
Dr. Fernando Cruz Castro .....	243
<b>LAS ACTAS DE INDEPENDENCIA DE LA PROVINCIA DE NICARAGUA Y COSTA RICA</b>	
Dr. Jorge Francisco Sáenz Carbonell .....	259
<b>LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: DESCENDIENTE DIRECTA DEL PACTO SOCIAL FUNDAMENTAL INTERINO DE COSTA RICA (PACTO DE CONCORDIA) Y LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.</b>	
M.Sc. David Fallas Redondo .....	283
<b>DON PABLO DE ALVARADO BONILLA: PRECURSOR INTELECTUAL DEL PACTO DE CONCORDIA</b>	
M.Sc. Tomás Federico Arias Castro.....	301
<b>LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LOS PRIMEROS AÑOS DE LA INDEPENDENCIA</b>	
Dra. Vilma Alpízar Matamoros.....	325
<b>RESEÑA DE LIBROS .....</b>	<b>341</b>
Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. 180 Aniversario. ....	343
Los Padres de la Constitución. Los Firmantes del Pacto de Concordia.....	344
<b>PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO .....</b>	<b>347</b>
<b>NORMAS DE PUBLICACIÓN .....</b>	<b>351</b>

---

# PRESENTACIÓN

Esta edición de la Revista Judicial reviste una importancia muy especial ya que coincide con el mes en que se emitió hace doscientos años nuestra primera constitución, marcando el inicio de nuestra vida independiente como país.

Por supuesto que este hecho se enmarca dentro de la celebración del Bicentenario de la Independencia, pero la alusión al Pacto de Concordia o Pacto Fundamental Interino de Costa Rica, obedece a que el primero de diciembre de 1821, los costarricenses en un acto de suprema madurez política y democrática emitieron un texto con carácter constitucional para gobernarse a si mismos. Es la primera señal de independencia, una decisión propia, aunque se estuviera pensando en la posibilidad de unirse a otro estado como el Imperio Mexicano.

En realidad, la declaración de independencia y posible unión al Imperio mexicano fue tomada por todas las provincias que hoy históricamente forman Centroamérica, con la gran diferencia de que salvo Costa Rica, los demás se quedaron con las mismas autoridades y con las normas jurídicas que imperaban en ese momento.

Costa Rica después de la declaración de independencia del 29 de octubre, decidió nombrar una Junta de Gobierno y crear un estatuto político para gobernarse, surgiendo de esta forma el Pacto de Concordia.

Esta forma de actuar de los costarricenses realmente requiere de una valoración histórica donde se destaque la importancia de estos actos. Las decisiones tomadas evitaron las guerras sangrientas que si se dieron en los otros estados centroamericanos y más importante aún, es el hecho de que fueron tomadas por personas con pocos estudios formales y en una Costa Rica donde no había una sola farmacia, ni centros de estudios superiores, donde no había un solo abogado costarricense, ni contábamos con una imprenta, pues la primera llegó a nuestro país en 1830. Es decir una Costa Rica muy pobre y poco desarrollada.

Por eso la promulgación del Pacto de Concordia, emitido bajo la premisa de que el contrato social del que hablaba Rousseau se había roto y era necesario establecer uno nuevo, tiene un trasfondo importantísimo en lo que será posteriormente Costa Rica. Es la primera decisión que toman los costarricenses en una forma democrática y sin dejarse llevar por presiones externas ante los acontecimientos de esa época.

Es por ello que en este número dedicamos una sección a la celebración del Bicentenario de la Independencia y a la emisión del Pacto de Concordia. Distinguidos profesionales encabezados por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia don Fernando Cruz Castro, el juez David Fallas Redondo, los historiadores y profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Dr. Jorge Sáenz Carbonnell, el MSc. Tomás Federico Arias y la suscrita hemos colaborado con artículos referentes a personas y acontecimientos relacionados con esta efeméride y que don Fernando Cruz y don David Fallas aprovechan para compartir la preocupación por la independencia judicial y así lograr un buen desempeño del Poder Judicial.

Aunado a esto, compartimos en la sección de recomendación de libros dos textos que todo abogado y amante de la historia debería tener y ambos se pueden obtener gratuitamente en formato digital. El primero

es una Historia del Poder Judicial y el segundo un libro dedicado a nuestra primera constitución titulado Los Padres de la Constitución y donde se encuentra un excelente artículo de los acontecimientos que llevaron a la independencia y cómo se produjo ésta, donde se narra en una forma clara los más importantes acontecimientos que se dieron en esta etapa de nuestra historia patria, además de las biografías de los constituyentes del Pacto de Concordia.

La revista contiene, como es habitual, una serie de artículos de profesionales que nos favorecen con su colaboración, la cual agradecemos profundamente en temas como justicia restaurativa, derecho civil, laboral, contratos, comercial, derechos humanos, derecho administrativo, penal y de filología.

A todas estas personas, muchas gracias por su colaboración tan valiosa y desinteresada. Y aprovechando que es la última edición del año desearles que el año 2022 sea muy productivo y termine esta pandemia que nos ha puesto a prueba en muchos aspectos y que se restablezca esa normalidad tan deseada.

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

---



# *Artículos*

---





# LA CADUCIDAD INTERDICTAL DE TRES MESES, UN ERROR DEL LEGISLADOR EN 1933

Dr. Francisco Chacón Bravo \*

## RESUMEN

La tesis que sostengo es que fue un grave error del legislador establecer la caducidad interdictal en tres meses en vez de un año. El plazo de la caducidad debe coincidir con el plazo de un año en que se adquiere el derecho de posesión.

**Palabras claves:** Plazo, caducidad, derecho romano, códigos extranjeros, Código Civil, Código de Procedimientos Civiles de 1933, Código Procesal Civil de 1989 y Código Procesal Civil actual.

## ABSTRACT

The thesis I sustain is that it was a serious mistake of the legislator to establish the caducidad interdictal in three months instead of one year. The term of caducidad should coincide with the one year term in which the right of possession is acquired.

**Key words:** Time limit, caducidad, Roman law, foreign codes, Civil Code, Code of Civil Procedure of 1933, Code of Civil Procedure of 1989 and current Code of Civil Procedure.

Recibido: 2 de setiembre de 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

---

\* Dr. en derecho, ex-Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, profesor Universidad de Costa Rica. Correo [franciscochaconbravo@yahoo.com](mailto:franciscochaconbravo@yahoo.com)

## Sumario.

Introducción – 1. El plazo de caducidad en el Derecho romano. – 2. El plazo de caducidad en los códigos extranjeros. – 3. El Código de Procedimientos Civiles de 1887 y la Ley de Enjuiciamiento Civil Española. – 4. El fundamento de la caducidad y de la prescripción. – 5. La caducidad en el Código de Procedimientos Civiles de 1933. – 6. La caducidad en el Código Procesal Civil del 2018. – Conclusión. – Bibliografía.

## Introducción

Cuando se analiza el porqué y desde cuando se estableció el plazo de caducidad o de prescripción para la interposición de los interdictos, llegamos a la conclusión de que dicho plazo no puede establecerse de manera arbitraria como lo hizo nuestro legislador, sino que tiene que guardar armonía con las demás normas de la institución.

*Dice Russomanno “... que hace más de ciento sesenta años, un joven jurista alemán –Federico Carlos de Savigny- publicó una obra que produjo una verdadera revolución en el campo de las investigaciones jurídicas al estudiar, con criterio personal, la posesión en el Derecho romano”. Y agrega “El derecho positivo de un pueblo, no es obra de la mente más o menos genial del legislador; es el producto de la experiencia histórica, el residuo por decantación de la labor jurídica, en muchos casos, multiseccular. Por eso pienso que la única manera de desentrañar los sistemas seguidos en los códigos de este siglo, en cuanto a la posesión, consiste en partir del estudio de la evolución histórica*

*del instituto, transitando el arduo camino del mismo, desde la aparición en el Derecho romano hasta nuestros días”.*<sup>1</sup>

### 1. El plazo de caducidad en el derecho romano.

Como siempre se ha dicho, el Derecho romano resulta inevitable, sobre todo cuando se habla de interdictos o de posesión. ¿Cuál es la génesis de la fijación de un plazo para el establecimiento de los interdictos? ¿Por qué, se establece una caducidad y no una prescripción?

Para Savigni, el tiempo es una parte integrante de algunas instituciones en que los hechos sirven de base a una regla general y las clasifica en tres clases:

- 1) En la primera clase, dice: “*la existencia del derecho depende de la actividad o de la posibilidad humana, esto es, de una acción ejercitada o sufrida voluntariamente durante un determinado periodo de tiempo*”<sup>2</sup> Cita los siguientes casos: La antigua institución de la usucapión; la prescripción de las acciones pretorianas por **un plazo de un año**, que luego se extendió a todas las acciones; etc.
- 2) La segunda clase, dice SAVIGNY, es la “Adquisición o pérdida de un derecho a causa de la duración no interrumpida, durante un espacio de tiempo determinado, de un estado independiente de la voluntad humana”. En esta clase cita las diferentes edades que confieren al hombre ciertos derechos, por ejemplo para adquirir la mayoría.

1 RUSSOMANNO, Mario C, La Posesión en los Principales Códigos Civiles Contemporáneos, Abeledo-Perrot, 1976, Buenos Aires pág.7.

2 SAVIGNY, M. F. Sistema de Derecho Romano Actual, tomo III, Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Ediciones Góngora San Bernardo, 40, Madrid. Segunda Edición, pág. 199.

3) La tercera clase dice el mencionado autor es la *“Asociación de un derecho a una relación individual de tiempo en donde no se trata del transcurso del periodo entero, sino de un hecho o de una circunstancia ocurrida dentro de cierto plazo”* y cita la actio Legis Aquiliae, porque el demandante podía escoger dentro de un mes o dentro de un año, el momento que ha de servir para determinar la estimación más elevada del daño. Y agrega, *“Por último los casos siguientes, que han solido colocarse equivocadamente entre la prescripción de las acciones.”* y cita, el interdicto de itinere, el interdicto de agua, el interdicto utrubi, *“que se concede de igual modo, cuando en el año último, el demandante había poseído la cosa, durante mayor tiempo que su adversario.”*<sup>3</sup> En ninguno de estos casos hay en realidad prescripción de acciones, puesto que ninguno de ellos implica pérdida de la acción por falta de ejercicio, que es la base de esta clase de prescripciones; la regla significa por el contrario, **que fuera de las relaciones de tiempo que determina, no existe posesión que merezca la protección de los interdictos.”**<sup>4</sup> (Lo destacado no es del texto).

La frase *“que fuera de las relaciones de tiempo que determina, no existe posesión que merezca la protección de los interdictos”*, no la entenderíamos si no examinamos las cita que Savigny hace de Gayo, sobre lo anterior y posterior a dichas citas. El interdicto **UTI POSSIDETIS** se refiere a inmuebles y el interdicto **UTRUBI** se refiere a muebles. En cuanto al primero el poseedor que tiene preferencia es el poseedor actual la **mayor parte del año**.

En el interdicto **UTRUBI** para muebles la posesión es **ad usucapionem**, y a esta posesión, de buena fe y justo título, se le añade la posesión, y es el que ha poseído por mas tiempo durante el año.<sup>5</sup>

Veamos las citas de Gayo, que hace Savigny, en la nota marcada t). G. 4. 150. 151 así como las cita 149 y 150, que dicen;

*“149. El interdicto **COMO ESTÁIS POSEYENDO, (ET QUIDEM UTI POSSIDETIS)**, se da en referencia a un fundo o un edificio mientras que el interdicto **AQUEL EN CUYO PODER (UTRUBI)**, es para la posesión de cosas muebles. 150. Si el interdicto versa sobre un fundo o un edificio, establece el pretor que es prevalente aquel que en el momento de otorgarse el interdicto poseyera en relación a su contrario **la mayor parte de aquel año**, sin vicio de violencia, clandestinidad ni en precario; si la cosa es mueble, ordena que lo es la que lo haya poseído la mayor parte de **aquel del año** sin vicio de violencia, clandestinidad ni en precario en relación con el contrario. Esto aparece suficientemente explícito en los propios términos de los interdictos. 151. En el interdicto **AQUEL EN CUYO PODER** no solo aprovecha el tiempo de la propia posesión, sino que cuando es justo se añade el de otra persona, así el de aquel que suceda como heredero, el de aquel a quien comprara la cosa, o la recibiera a título de donación o dote. Así pues, si incrementada de esta manera nuestra posesión supera la del adversario, vencimos mediante este interdicto. Pero no se conoce ni puede reconocerse este incremento de tiempo a aquel que no posee, pues no cabe*

3 SAVIGNY, nos dice también que en el último estado del derecho se derogó esta regla, y no quedó más que la prescripción pura como para el interdicto uti possidetis.

4 SAVIGNY, Ob. Cit. Pág. 203 ss.

5 ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, Instituciones de Derecho Romano, Bueno Aires 1973, Pág. 304.

*incrementar algo inexistente. No se da tampoco esta accesión si posee viciosamente, es decir, con violencia, clandestinidad o en precario respecto al adversario, pues de nada le sirve esta posesión. 152. El año se computa hacia atrás de tal manera que si tu, por ejemplo, hubieras poseído durante ocho meses y yo a continuación, durante siete meses, prevaleceré yo, puesto que a ti los tres primeros meses, que has poseído no te aprovechan en este interdicto, al corresponder a una posesión del año anterior.”*<sup>6</sup> Algunos romanistas consideran que el número 152 se refiere solo **AQUEL EN CUYO PODER (UTRUVI)**. En la época Justiniana, la distinción entre *actio* y *interdictum*, se equiparan, sin embargo queda el nombre de *interdicta* como un vestigio.<sup>7</sup> En cuanto al interdicto *De vi y de vi armata*, en el *Digesto* leemos: *Daré acción respecto del lugar donde tú lo echaste violentamente, o lo echó tu familia, del modo en que entonces estaba, solo dentro de un año: y después del año por aquello que adquiriese el que despojó violentamente.*<sup>8</sup>

En el Código de Justiniano, cuanto al interdicto **UNDE VI**, leemos “*Es muy cierto en derecho, que en fuerza del interdicto debe restituirse en la posesión a los que por violencia se les ha quitado, si lo reclaman dentro del año útil.*”<sup>9</sup>

## 2. El plazo de caducidad en los códigos extranjeros.

Russomanno hace una selección de textos legales relativos a la posesión, que a continuación citamos: Código Civil Alemán, Vigente desde el

1° de enero de 1900, en su artículo 861, párrafo 2° dice: “La pretensión será excluida si la posesión era viciosa frente al actual poseedor o su antecesor jurídico y ha sido obtenida antes del en el último año antes de la privación”. Igual plazo contienen los artículos 862 y 864, para la pretensión viciosa y la pretensión por fuerza propia prohibida. El Código Suizo de 1907, establece la prescripción de un año, en su artículo 929, para la usurpación o turbación de la posesión. El Código Civil Brasileño, establece la caducidad de un año, en el artículo 523. El Código de México, de 1928, en el artículo 827, inciso V, dice que la posesión se pierde por el despojo, si la posesión del despojante dura más de un año. El mismo plazo establece para la prescripción o la caducidad, los códigos chino de 1930 en su artículo de 1063 que curiosamente aplica el Derecho romano, El Código Peruano de 1936, en su artículo 831, el Código italiano de 1932, en su artículo 1170, el Código Egipcio de 1948, en los artículos 958 y 959. Estos códigos fueron, al igual que el nuestro, fundamentados en el Derecho romano, al igual que los actuales códigos europeos y latinoamericanos.<sup>10</sup>

## 3. El código de procedimientos civiles de 1887 y la ley de enjuiciamiento civil española del año 1881, y la nueva ley de enjuiciamiento civil española.

El Código de Procedimientos Civiles de 1887 de Costa Rica, no establecía ningún plazo de caducidad para el establecimiento del interdicto, como sí lo establecía en su artículo 1653 la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, que fija en un año el plazo para el establecimiento

6 G. 4. 149, 150, 151, 152.

7 ALVAREZ SUAREZ, Ursicino. Curso de Derecho Romano. T. I. Madrid, 1955.

8 Digesto Libro XLIII, TIT. XVI Ley I.

9 Código de Justiniano, Libro VIII, Tit. IV, n° 2,

10 RUSSOMANO, Mario C. Ob. Cit.

de la demanda interdictal. La nueva ley de Enjuiciamiento Civil de España, 1/2000 de 7 de enero del 2000 y sus reformas, no contiene ningún artículo sobre caducidad sobre este punto.

También para recobrar y reterner la posesión, el artículo 460 inciso 4) del Código Civil Español expresa que la posesión se pierde cuanto otro posee por más de un año y el artículo 1968, inciso 1° del Código Civil español, establece que prescribe en un año la acción<sup>11</sup> Antonio Hernández Gil dice que: *“El artículo 460, 4°acumla o combina en el transcurso de un año lo que nosotros hemos llamado la “usucapión de la posesión” en favor de un nuevo poseedor con la pérdida de posesión del antiguo”*.

La nueva ley de Enjuiciamiento Civil de España a los interdictos, los clasifica como juicios verbales en el artículo 950 y son los equivalentes a los sumarios del nuestro Código Procesal. Estas demandas son, 1... 2.° Las que pretenden la recuperación plena de una finca rústica o urbana cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier persona con derecho a poseer dicha finca. 3° Las que pretenden que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario. 4.° Las que pretenden la tutela sumaria de la tenencia o la posesión de una cosa o derecho por quien ha sido despojado de ella o perturbado en su disfrute.

Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que se propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social:

5° Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva.

6° Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande.

En estos casos la nueva ley de Enjuiciamiento Civil, eliminó la caducidad de la acción, caducidad, a la que se refiere Hernández Gil como importante, porque *“ Es comprensible la diferencia, por la diversidad de efectos. En la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 1653), el año opera como delimitación temporal del ejercicio de un derecho que ha de efectuarse, dentro de él. En el Código Civil (artículo. 4° y 1698) el efecto jurídico se origina si ha transcurrido el año; pero fuera ya de él”* . Como veremos a continuación la importancia estriba en cerrar al inicio cualquier discusión sobre la posesión interdictal. Solo será posible establecer un juicio ordinario en cuanto se discuta la posesión definitiva.

#### **4. El fundamento de la caducidad y de la prescripción.**

La caducidad tiene distinto fundamento que la prescripción, desde el punto de vista del interés jurídico protegido. La prescripción tiene como fundamento que el transcurso prolongado del tiempo sin que el titular del derecho ejercite la acción, perjudica al sujeto pasivo de los derechos, porque los medios de defensa han desaparecido o son difíciles de encontrar. Por el contrario, la caducidad tiene como fundamento el interés de la sociedad en hacer cesar una situación de incertidumbre que de prolongarse, causa daño a la

11 HERNANDEZ GIL, Antoni, La Posesión, Madrid, 1980, pág. 751.

justicia. De este distinto fundamento, se derivan diferentes efectos entre una y otra institución.

La prescripción interesa únicamente al sujeto pasivo, quien puede renunciarla expresa o tácitamente, una vez cumplido el plazo. Es expresa cuando se manifiesta de un modo directo o inequívoco, y es tácita cuando no se opone en tiempo la excepción correspondiente. De allí que el juez no puede hacerse cargo de oficio, porque la prescripción extingue la acción y no el derecho. Si el demandado no opone la excepción, ésta no se extingue como tampoco se extingue el derecho y la demanda debe declararse con lugar si fuere procedente.

En cambio, la caducidad extingue el derecho por el transcurso del tiempo; de allí que el juez debe examinar si en la demanda consta que ya transcurrió el plazo de caducidad, a efecto de no darle curso a la acción o bien declarar sin lugar la demanda si en el curso del proceso resulta demostrado que dicho plazo ya había vencido cuando se estableció la demanda, aún cuando no se le hubiere alegado.

Basta con que conste en los autos el transcurso del tiempo, desde el inicio de la perturbación, para que el juez deba declarar de oficio sin lugar la demanda, aunque el actor tuviere derecho, según los hechos tenidos por demostrados.

## 5. La caducidad en el código de procedimientos civiles de 1933.

El Código de Procedimientos Civiles de 1887 no establecía, como se dijo, ningún plazo de prescripción o caducidad para el establecimiento de los interdictos, ni tampoco lo establecía el Código Civil, y no por ello se regía por la prescripción decenal del Código Civil, sino por la prescripción de **un año**, por interpretación lógica, al establecer el artículo 269, inciso 3 del Código Civil, que el

derecho de posesión se adquiere por el hecho de conservar la posesión **por más de un año** y el artículo 860 que establece el **plazo de un año** para la prescripción de posesión positiva; de manera que adquirido el derecho de posesión definitiva, no cabe duda de que se cierra la vía interdictal, puesto que en los interdictos no pueden discutirse derechos de propiedad o de posesión definitiva, y al interponerse una demanda interdictal podía oponerse, la prescripción de la acción.

No obstante lo dicho, y la clara fundamentación jurídica del Código de 1887, el legislador de 1933 no entendió con así el problema posesorio, y encontró que como no había una disposición expresa en el Código de 1887, le pareció prudente establecer una caducidad en tres meses, y no en un año, como era lo lógico para armonizar esa caducidad con la adquisición del derecho de posesión que establece el Código Civil, en su artículo 269 Inciso 3. y 860 del Código Civil.

## 6. Los códigos procesales de 1933, de 1989 civil y el actual.

El error histórico de tres meses para la caducidad interdictal que estableció el Código de Procedimientos Civiles de 1933, continuó en el Código Procesal Civil de 1989, y en el actual del 2015.

## 7. La caducidad debe ser de un año.

Considero que esa caducidad debe ser de un año por las siguientes razones:

1. Debe coincidir con el artículo 269 inciso 3 para adquirir el derecho de posesión, que dice, *“independientemente del derecho de propiedad se adquiere el de posesión, 1°.- ...2° Por el hecho de conservar la posesión por más de un año. El año corre desde que*

*se tome públicamente la posesión, o si fuere tomada clandestinamente, desde que conste al despojado.”*

Los interdictos se conceden tomando en cuenta los hechos posesorios, es decir por hechos jurídicos que son acontecimientos fenoménicos que tienen consecuencias jurídicas. Si lo relevante es el acontecimiento en sí, estamos en presencia de un hecho jurídico simplemente (la muerte natural de una persona que da lugar a la sucesión). Si lo relevante es la voluntad, estamos en presencia de un acto jurídico (por ejemplo un dictamen médico) y si lo relevante es la intención de producir un determinado efecto jurídico, estamos en presencia de un negocio jurídico (una compraventa o un testamento). Los hechos posesorios son acontecimientos fenoménicos que tienen voluntad y la intención de producir las consecuencias jurídicas que permite el ordenamiento jurídico. Luego la posesión es un negocio un negocio jurídico. Veamoslos.

Los hechos posesorios son hechos en que se requiere el acontecimiento fenoménico y la voluntad. El corpus y el animus. Es decir, tener bajo su poder y voluntad una cosa. (artículo 277 del Código Civil). Esta voluntad puede ser un animus domini según Savigny, o un interés de tener la cosa como propia, según Ihering. Si la posesión para nuestro Código Civil la constituyen hechos que requieren una voluntad, se concluye fácilmente que la posesión interdictal es un negocio jurídico que al permanecer durante un año se convierte en posesión definitiva, no protegida por los interdictos sino por el juicio ordinario, solo vencida por un propietario, o por quien tenga un mejor derecho de poseer, o incluso que ella misma -cumplidos los requisitos de ley- se llegue a convertir en un derecho de propiedad.

Los hechos puros y simples, constituyen una simple tenencia no protegida por los interdictos.

El escritorio que ocupamos los profesores en la universidad, el pupitre donde se sientan los alumnos, o los actos facultativos, como cuando prestamos el garage a nuestro vecino para que guarde el carro. El vecino no posee parte de nuestra casa; ni el huesped posee la habitación del hotel donde se aloja. El plazo de tres meses para determinar si se trata de hechos puros y simples o de hechos posesorios, en algunos casos, es es muy breve para su acertada calificación, verbigracia: construir una cerca, limpiar un terreno, construir una casa, hacer un camino etc.

2. El derecho de posesión se adquiere por el plazo de un año, de acuerdo con el artículo 860 del Código Civil que dice: “...*para adquirir la propiedad de inmuebles o algún derecho real sobre ellos por prescripción, se necesita una prescripción de diez años. El derecho de posesión se prescribe por la posesión de un año.*”

Este artículo 860 tiene relación directa con el artículo 279 inciso 2°, citado anteriormente, y le da la fortaleza que tiene la prescripción adquisitiva, es decir lo constituye en posesión definitiva a que se refiere el artículo 106.1 del Código Procesal Civil, sobre los interdictos posesorios, en la que no se admite discusión alguna.

3. Existe una evidente incongruencia, entre la caducidad de tres meses que establece el Código procesal, y el año establecido en los artículos citados en los párrafos anteriores. La posesión interdictal no puede ser reducida a tres meses, porque en ésta no se admite prueba sobre la posesión definitiva la cual se adquiere al año. Luego, quien tiene posesión definitiva por haberla adquirido al año, no puede defenderla en la posesión interdictal. La indefensión resulta evidente.

4. No existe ningún razonamiento lógico, que explique al propietario de un inmueble, porqué el derecho de posesión que tiene y que le garantiza el artículo, 295 del Código Civil, no puede hacerlo valer en la vía interdictal, si quien lo ha despojado no ha cumplido el año de poseer el fundo despojado, no ha adquirido ese derecho, y en consecuencia su posesión no es definitiva hasta tanto no cumpla el año de poseerla.

Exactamente cabe razonar lo mismo, en cuanto al simple poseedor que tiene la posesión de un inmueble durante varios años, sin violencia, públicamente, de quien se la ha transmitido con justo título y es despojado de ella, y no se le permite acudir a la vía interdictal cuando otro lo despoja de esa posesión con menos de un año de posesión.

5. Existe un error muy generalizado, que los interdictos tienen origen en la posesión y que todos los interdictos son posesorios. Nada más alejado de la verdad. Son más los interdictos que protegen la propiedad, o el bien público, que los interdictos posesorios. De los 69 interdictos que tiene el Derecho romano, solo son dos los interdictos posesorios que nos interesan: “*interdicta retinendae possessionis*” para retener la posesión que es el antecedente de nuestro interdicto de amparo de posesión y el interdicto “*recuperandae possessionis*” que dio lugar al interdicto de restitución de la posesión. En los Códigos de 1933 y de 1989, equivocadamente se califican a todos los interdictos como posesorios. En el nuevo Código vigente a los interdictos de obra nueva, derribo y jactancia, no se califican como interdictos sino como juicios sumarios sin darles el nombre de interdictos. Solo deja como posesorios los interdictos de amparo de posesión,

restitución de la posesión y reposición de mojones; este último, a mi modo de ver no es tampoco posesorio. En cuanto a lo sumarios que hemos mencionado, solo el de jactancia tiene una caducidad de tres meses.

6. Desde un punto de vista práctico, la caducidad de tres meses, es contraria a la justicia que es siempre el objetivo de toda norma, contraria al derecho. La norma sin un objetivo decían los romanos es una norma contraria a la aequitas, una norma iniqua.

Si al poseedor definitivo, se le pasan los tres meses sin establecer la demanda, caduca su acción, en consecuencia se ve obligado ejercer la acción publiciana en juicio ordinario para recuperar la posesión, pero a consecuencia de la caducidad de tres meses, sufre graves perjuicios, porque permanece privado del bien durante los largos años que dura el juicio. En cambio, el despojante permanece usufructuando injustamente la finca que él despojó, lo mismo sucede con el propietario que se ve obligado a presentar la acción reivindicatoria.

7. Un plazo tan corto de tres meses para establecer la demanda, causa una verdadera indefensión al despojado. Muchas veces es difícil distinguir entre posesión y tenencia, entre posesión definitiva o no, entre interdicto posesorio y alteración de mojones que no es, dicho sea de paso un interdicto solo posesorio; todo esto hace que, en algunos casos, sea necesario visitar el bien despojado para redactar la demanda. También es muy difícil en tan corto plazo para los jueces, calificar los hechos como realmente posesorios; baste decir que la posesión es calificada por la mayoría de los autores como uno de los temas que más dificultades ofrecen.

## Conclusión

1. El plazo de un año para interponer el interdicto es el plazo que otorgan todas las legislaciones.
2. El plazo de un año tiene el respaldo de todos los juristas romanos.
3. El plazo de tres meses para interponer el interdicto es totalmente incompatible con el plazo de un año para adquirir el derecho de posesión que establece el artículo 269 inciso 3 del Código Civi y el artículo 860 que establece en un año el plazo para adquirir el derecho de posesión por el plazo de una año.
4. El plazo de tres meses presenta una gran dificultad al actor y a los jueces para calificar o no como posesorios los hechos.
5. El plazo de tres meses es sumamente breve para que el propietario pierda la posesión definitiva que le otorga el artículo 264 inciso 1° del Código Civil.
6. Un plazo de tres mese causa graves daños al despojado en relación con la recuperación del bien.
7. El plazo de tres meses causa verdadera indefensión al prohibirle el derecho de interponer la defensa de posesión definitiva que le otorga el artículo 860 del Código Civil, que establece el plazo de un año para la adquisición de esta clase de posesión.

De acuerdo con lo expuesto queda claro entonces, que el legislador en 1933, cometió un error, al poner un plazo de tres meses de caducidad, para la interposición del los interdicto en lugar de un año, que es el indicado.

## Bibliografía

- RUSSOMANNO, Mario C, La Posesión en los Principales Códigos Civiles Contemporáneos, Abeledo-Perrot, 1976, Buenos Aires
- SAVIGNY. M. F. Sistema de Derecho Romano Actual, tomo III, Trad.Jacinto Mesía y Manuel Poley, Ediciones Góngora San Bernardo, 40, Madrid. Segunda Edición.
- GAYO, Instituciones,4.149 nueva traducción por Manuel Abellan Velasco, Editorial Civitas, S. A. reimpresión 1990
- HERNADEZ GIL, Antonio, La Posesión, Editorial Civitas, S. A, Madrid 1980
- ALVAREZ SUAREZ, Ursicino, Curso de Derecho Romano, t. I Madrid, 1955.



# INTRODUCCIÓN A LOS CONTRATOS CON CONDICIONES GENERALES

*M.S.c Mario Felipe Marín Cascante.\**

## RESUMEN

La investigación versa sobre el tema de los contratos con condiciones generales, también conocidos como contratos de adhesión o en masa. De este modo, se realiza un preámbulo histórico para comprender qué les sucede a la libertad contractual y al principio de autonomía de la voluntad en dicho tipo de contratación. A partir de lo anterior, se pretende dar respuesta a interrogantes, tales como: ¿Qué pasa con la autonomía de la voluntad en los contratos en masa? ¿Cómo identificar un contrato de adhesión? ¿Cuándo vinculan las condiciones generales? ¿Se está obligado a soportarlas independientemente de su contenido? Por último, se efectúa una aproximación respecto a cómo los tribunales costarricenses tratan este tipo de contratos.

**Palabras claves:** contratos con condiciones generales, contratos de adhesión o en masa, derecho del consumidor.

## ABSTRACT

This research paper it's a brief study of standard form contracts, also known as adhesion contracts. It seeks to explain what happens to the principles of freedom of contract and party autonomy. This paper also pursues to answer the following questions: How to identify a standard form contract? When is the standard form contract binding for the customer? Are there limits for the party with stronger bargaining power? Finally, it describes in general terms the judicial treatment of these type of contracts by Costa Rican Courts.

**Keywords:** standard form contracts, contracts of adhesion, consumer rights.

Recibido: 14 de abril del 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

---

\* MSc. Mario Felipe Marín Cascante. Máster en Administración de Justicia Enfoque Socio jurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA), Licenciatura en Derecho y Especialidad en Derecho Notarial y Registral, ambas de la Universidad de Costa Rica (UCR). Sus graduaciones de licenciatura y especialidad han sido con distinción. Su carrera profesional inicia en el año 2008 como Fiscal en la Fiscalía Especializada de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios. Desde el 2013, es juez de la República y ha desempeñado su cargo en varios tribunales del país, actualmente en Juzgados de la provincia de Heredia. A partir del 2015 es profesor de Derecho en la Universidad Hispanoamericana. Correo electrónico: [mfmartin@Poder-Judicial.go.cr](mailto:mfmartin@Poder-Judicial.go.cr)

### **Sumario:**

I. Preámbulo. II. Evolución de la concepción clásica del contrato. III. Sobre la autonomía de la voluntad y la libertad contractual en la normativa de Costa Rica. IV. Sobre la legitimidad del surgimiento de las condiciones generales. V. Aclaración terminológica entre el contrato de adhesión y el contrato de condiciones generales. VI. Sobre el concepto y las partes involucradas en el contrato de condiciones generales. VII. Conclusiones. VIII. Fuentes consultadas.

## **I. Preámbulo**

Los principios autonomía de la voluntad y libertad contractual han desempeñado a lo largo de los años un papel trascendente en el derecho privado y, en particular, en el ámbito contractual.

El consentimiento —y/o voluntad— contemplado en el numeral 1007 del Código Civil costarricense es un elemento indispensable de las obligaciones y, en consecuencia, del contrato, por lo que para la existencia de un contrato, se requiere un libre consentimiento de las partes contratantes.

Sin embargo, hoy cobra vigencia lo expuesto por Alterini (1999), en el sentido de que la autonomía de la voluntad es restringida en el derecho moderno por las teorías del abuso del derecho, de la lesión y de la imprevisión y, especialmente, en los contratos predispuestos (contratos de condiciones generales) y en el derecho de consumo, donde las restricciones se acentúan por la interpretación a favor de una de las partes del contrato (p. 21).

A partir del estudio jurisprudencial realizado por el autor del presente artículo, se abstrae que dejar a las partes a la libre de pactar sus condiciones no

es suficiente para lograr un contenido equilibrado y justo dentro de un contrato, máxime en una situación contractual donde una de las partes (predisponente) en el supuesto de agilizar el comercio, facilitar los actos de consumo, abaratar costos y conseguir una mayor eficiencia económica predispone cláusulas generales en determinados tipos de contratos de servicios o productos, dando lugar algunas veces a la aparición de cláusulas abusivas que agravan la posición poco equilibrada de poder en que se tiende a colocar a la persona consumidora (adherente), quien no participa de forma activa en la negociación de las cláusulas.

En ocasiones, dicho adherente se percató de que algunas condiciones resultan desequilibradas y en otras contrarias a sus intereses hasta después de la contratación e, inclusive, escapa a cualquier previsión razonable de una persona consumidora promedio al momento de suscribir el convenio.

De este modo, queda limitada la tradicional respuesta del Código Civil costarricense enmarcada en los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual, en cuanto a que la parte debe darse cuenta de las condiciones generales y debe valorar todas y cada una de estas para determinar si estaban acorde a sus expectativas e intereses, por lo que al ser responsable suya y al estar su consentimiento o firma en el contrato, debe respetar las condiciones pactadas y atenerse a las consecuencias.

No obstante, en la actualidad, las legislaciones poco a poco se adaptan a la realidad social y comercial, lo cual permite brindar una respuesta por medio del derecho a la persona consumidora que otorga un tratamiento diferenciado a la manera en que debe aplicarse e interpretarse este tipo de contratos, con lo que se genera una protección especial a los sujetos adherentes, situación que se aborda en el presente texto.

Así el derecho responde al surgimiento de nuevos tipos de contratos, lo cual provoca que se readapten los viejos principios a la realidad actual, pues siempre hay personas que compran un bien en una tienda (de forma presencial o virtual), adquieren tiquetes de transporte público (marítimo, terrestre o aéreo), compran entradas al teatro o cine, contratan servicios de seguro, adquieren tarjetas de crédito, entre un gran sinnúmero de actividades comerciales que implican contratos de cláusulas con condiciones generales.

Por consiguiente, se pretende brindar una respuesta coherente y proporcional a un posible uso abusivo que se les pueda dar a institutos jurídicos nuevos como lo es la contratación en masa, donde la nueva concepción de derecho de contrato parece que procura alcanzar de nuevo el equilibrio contractual en las condiciones generales, amparar la buena fe contractual y proteger las expectativas de los adherentes cuando las circunstancias lo justifiquen, sin que esto signifique que se deban repudiar y/o estigmatizar los contratos con condiciones generales, ya que cumplen una relevante función<sup>1</sup> en la sociedad económica actual al agilizar el tráfico económico de un país.

## II. Evolución de la concepción clásica del contrato

El ligamen tan marcado entre la autonomía de la voluntad y los contratos no siempre ha sido así, sino que deriva principalmente de situaciones

sociales y económicas que modifican el desarrollo histórico de ambos institutos. Por ejemplo, en el derecho romano se les otorgaba un mayor interés a la forma y solemnidad al punto que se debían pronunciar ciertas palabras o rituales para concebir la existencia del contrato (Alterini, 1999, p. 13).

Es con el avance de la historia y producto de nuevas ideologías como el asunto de la formalidad varía; por ejemplo, a partir de ideas que dan prevalencia a la voluntad de las personas al punto de considerarla como el valor moral supremo<sup>2</sup>.

Así, el liberalismo como forma de organización económica con el principio dejar hacer-dejar pasar y la concepción individualista del hombre influyen en la trascendencia de la adopción del consentimiento establecida en la concepción clásica de los contratos (Fajart, 2009, p. 14).

Para una mejor comprensión de este tema evolutivo, se trae a colación lo expuesto por Torrealba (2016), cuando sostiene que, en el derecho romano clásico, “el contractus era concebido como un derecho objetivo, que se perfeccionaba mediante el cumplimiento de ritos y formalidades” (p. 18). Así mismo, el consenso por sí solo es suficiente para la formación del contrato y por esto:

*[...] el concepto del contrato, como fenómeno espiritual, consensual fue el producto de una evolución histórica marcada por la*

1 Algunas funciones expuestas de manera expresa en los votos estudiados son: ‘Minimizan los costos de la transacción y de la negociación del contrato, ya que no se tiene que invertir dinero informando, asesorando a las partes y mucho menos en su ejecución’ [...] ‘Uso eficiente de capacidades jurídicas y gerenciales: [...] En el plano interno de la empresa, también este tipo de acuerdos, favorecen la división de tareas entre los miembros de la organización empresarial y con ello la especialización [...]’ o ‘[...] La creación de las condiciones generales del contrato se le encarga a un grupo tecnocrático, que se ocupa del trabajo jurídico (crea las condiciones generales), en tanto que la venta del producto o del servicio se encarga a otro grupo especializado’ (TSSC, sentencias 00165-2009 y 00364-2014, CR). En similar sentido, se puede consultar a Romero (2003), quien plantea ventajas y desventajas de los contratos de condiciones generales (p. 192).

2 Principio de autonomía de la voluntad, implícito en la filosofía del siglo XVIII en torno a ideas de Kant: “Una persona no puede estar sometida más a las leyes que se da a sí misma. Toda obligación que no tenga su fuente en la persona humana será contraria a la dignidad del hombre”. (Kant, citado por Fajart, 2009, p. 14).

*influencia de los canonistas que en la era bizantina fundaron el contrato sobre la base de cánones morales como la bona fides y el respeto a la palabra empeñada. (Torrealba, 2016, p. 18).*

De igual manera, narra cómo en dicha evolución influyen los mercantilistas que tienen el deseo de “liberar las relaciones comerciales del lastre de las solemnidades formales” (Torrealba, 2016, p. 18). Además, el pacta sunt servanda (lo pactado obliga) es “traspolado de las relaciones interestatales al ámbito privado, y se postuló el principio consensual solus consensus obligat (solo lo consensuado obliga)”. (Torrealba, 2016, p. 18).

Por último, el autor indica que, en tiempos modernos, el concepto clásico de contrato, centrado en el dogma de la autonomía de la voluntad, le hace espacio a la “concepción solidaria del contrato” (Torrealba, 2016, p. 18), donde lo que se busca es poner límites a los excesos de la libertad contractual por lo que la idea versa en brindar ayuda a las partes con menor poder de negociación, situación que a criterio del autor del presente artículo es fácilmente palpable en los contratos con condiciones generales.

Entonces, las transformaciones históricas ocasionadas por el desarrollo del comercio en la sociedad actual varían la noción del contrato, y ahora la libre autonomía de la voluntad en la negociación de las condiciones contractuales no es tan marcada como en el pasado. De este modo, lo que se puede llamar la concepción clásica liberal donde existe un contrato con dos partes que negocian y discuten en igualdad las condiciones del contrato varía de forma considerable.

En los contratos con cláusulas generales, la confección tiende a ser obra exclusiva de una de las partes que, por lo general, se encuentra en una posición más fuerte de poder (predisponente). Por

otro lado, el adherente no tiene más opción que aceptar o no las condiciones que se le imponen. Esta situación parece ajena al quehacer diario de la persona ciudadana promedio. Sin embargo, los quehaceres diarios involucran compras de artículos o servicios online, llevar ropa a la tintorería o emplear servicios de transporte, por lo que en algún momento, las personas se enfrentan a un contrato donde existe una serie de cláusulas que son redactadas total y previamente por la persona física o jurídica que presta el servicio.

Se coincide con Segura (2014) en cuanto a que estos contratos suelen ser simples formularios en donde el adherente solo agrega una serie de datos y estampa su firma (en caso de que el contrato tenga sustento físico) o da clic en su celular o computadora para aceptar los términos y condiciones (p. 30). Por esta razón, el autor del presente artículo estima que su utilización en la sociedad actual es parte de la cotidianidad.

A efectos de ilustrar los primeros cambios normativos en el país vinculados al tema en cuestión, es oportuno rescatar un dato histórico proporcionado por Brenes (2009), quien comenta que, con la finalidad de tutelar la aparición de los contratos de adhesión, por iniciativa del Dr. Gerardo Trejos, surge el Proyecto de Ley N.º 6105 (7 diciembre de 1976), el cual adiciona el artículo 1023 del Código Civil, cuya intención pretendía “proteger al consumidor de bienes y servicios, prohibiendo los contratos tipo y en los contratos de adhesión 19 tipos de cláusulas contractuales, consideradas abusivas” (p. 53).

No obstante, en la etapa de discusión legislativa, por iniciativa del entonces diputado Rodolfo Piza Escalante, lo modifica y prohíbe dicho tipo de clausulados no solo en los contratos de adhesión, sino también en los contratos de libre discusión.

A criterio de Brenes (2009), la actual redacción del numeral 1023 permite aplicarlo no solo al

contrato de compraventa, sino también a otros tipos de contrato debido a que la redacción de su clausulado habla de término tales como “vendedor” u “oferente”. Así mismo, podría aplicarse a los contratos mercantiles y no solo a los civiles “en la medida en que el Código Civil es fuente supletoria del Código de Comercio”. (Brenes, 2009, p. 54).

Este breve preámbulo histórico esclarece que el principio de autonomía de la voluntad, entendido en la concepción clásica o decimonónica del contrato, sufre cambios en su aplicación y apreciación desde el momento en que se introducen en escena los contratos de “condiciones generales” o también llamados “contratos en masa”, donde existen restricciones que buscan retomar el equilibrio contractual para favorecer o de alguna manera proteger a la parte adherente (no predisponente) del contrato.

Debido a estas nuevas formas de contratación, dicho principio no es tal y, como se comprende en el pasado, se encuentra de algún modo disminuido por la limitada (o ninguna) posibilidad de negociación ante las condiciones predispuestas que posee la contraparte. En razón de lo anterior, el ordenamiento contempla un régimen jurídico de protección especial ante los contratos en masa que incorporen condiciones generales.

### III. Sobre la autonomía de la voluntad y la libertad contractual en la normativa de Costa Rica

El Código Civil costarricense posee una marcada tendencia hacia la preponderancia de la autonomía de la voluntad de las partes en un contrato, inclusive se acuerpa en razón de los numerales de la propia Constitución Política. Esta situación es puesta en evidencia en dos votos que, a criterio del autor del presente artículo, sientan un precedente con respecto al tema de contratos con

condiciones generales, a saber, el voto n.º 00165-2009 y la sentencia n.º 00364-2014, ambos del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera.

Las líneas de pensamiento de dichas sentencias muestran la existencia de una especie de culto a la autonomía de la voluntad en la contratación, derivado de la normativa costarricense: Código Civil (artículos 627, inciso 1, 632, 1007, 1008, 1009, 1015 al 1021 y 1022) y Constitución Política (artículos 20, 28, párrafo 2do, 33 y 46). Esta concepción sufre cambios significativos a partir de la introducción de los contratos con condiciones generales.

Así mismo, la Sala Constitucional reconoció la libertad contractual como un complemento de la autonomía de la voluntad. Al respecto, se transcribe un considerando de un voto de 1992, de donde se abstrae que se le reconoce a dicha libertad un rango constitucional y se exponen cuatro elementos esenciales de esta:

*XIII- Partiendo del reconocimiento constitucional del principio y sistema de la libertad, en general (art. 28), del derecho a la propiedad privada (art. 45) y de la libertad de empresa (art. 46), se inscribe como principio constitucional, conditio sine qua non para el ejercicio de ambos, el de libre contratación, cuyo contenido esencial la Sala resume en cuatro elementos, a saber: a) **La libertad para elegir al co-contratante; b) La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta; c) La libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación; d) El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según***

**los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato** [...] *Las dichas libertades contractuales sólo pueden ser restringidas en los supuestos del artículo 28 constitucional, es decir, en tanto su ejercicio dañe la moral social, el orden público, rigurosamente considerado, o los derechos iguales o superiores de terceros. De ello se deriva que, tanto el acuerdo de voluntades implicado en la relación contractual, como la determinación de la cosa, objeto y precio de este acuerdo, pueden y deben ser libremente estipulados por las partes, mientras no traspasen aquellos límites; y aquí resulta imprescindible aclarar que la estipulación de una determinada moneda en un contrato normalmente no puede ser dañina a la moral social o al orden público pues aunque el déficit fiscal y comercial planteen un problema público - lo que sí facultaría al legislador para imponer disposiciones tendentes a la estabilidad macroeconómica del país-, el problema del precio y la determinación de la forma de pago de una obligación privada no es en sí público, sin privado inter partes, al menos normalmente. Sin negar la trascendencia que todo esto eventualmente pudiera tener en el giro global de la economía, ni la posibilidad de que en casos excepcionales la libertad para contratar en moneda extranjera pudiera resultar objetivamente perjudicial para la situación económica general del país, esto no podría nunca facultar al legislador para violar los contenidos esenciales de los derechos fundamentales -en lo que aquí interesa, los de libertad en general, propiedad privada, libertad de empresa y libre contratación-*

**.(El resaltado es propio)** (SC, voto n.º 3495-1992, CR).

Es palpable cómo desde tiempo atrás, la Sala Constitucional, cuyos pronunciamientos son erga omnes, no solo reconoce la existencia de un principio de libre contratación, sino que, a su vez, delimita de alguna manera la libertad contractual de las partes, exponiendo que debe haber un equilibrio en las posiciones de las partes del contrato, el cual debe respetar los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, “según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato”. (SC, voto n.º 3495-1992, CR).

Se estima que esta introducción dada desde 1992 al tema de contratos por este tribunal constitucional evidencia el rol que debe desempeñar el Estado al amparo de la parte “débil” del contrato o que de algún modo puede ver perjudicados sus intereses a la hora de negociar, por más legitimidad o ventajas que posea cierta clase de contratos como lo son los de condiciones generales.

Se cree que, en un país con un sistema económico marcadamente capitalista como el costarricense, es trascendente esta posición de la Sala Constitucional, pues establece la pauta de cómo debe ser comprendida la libertad contractual y evidencia el papel fundante que juega la libertad contractual y cómo varían con el paso del tiempo su interpretación y aplicación.

Es importante no partir de la idea de que todos los contratos de masas o de condiciones generales violentan flagrantemente y en todo momento la autonomía de la voluntad al poderse caer en una falacia de generalización apresurada y de forma errónea considerarse que se puede estar en momentos de crisis. Lo cierto del caso es que

la redacción de estos debe ser de alguna manera equilibrada, controlada y no debe dejarse al libre arbitrio de las partes contratantes cuando se dé una serie de particularidades.

Tampoco es que la figura de la libertad contractual o la autonomía de la voluntad sean aspectos del pasado o que se hayan restringido a situaciones muy concretas, pues continúan siendo un elemento trascendental por tomar en cuenta para la configuración del contrato, con mayor razón cuando se esté en presencia de una auténtica negociación de autonomía privada de las partes (por ejemplo, contrato más artesanal, contratos sin condiciones generales).

Sin embargo, en ciertos supuestos (con mayor frecuencia en la etapa contemporánea por la evolución de la industria y el comercio) existe una especie de atenuación en la manifestación expresa de la autonomía privada de la parte contractual adherente (por lo general, la persona consumidora) frente a la predisponente (por lo general, la empresa y parte fuerte de la relación).

La clave del asunto es poder identificar cuándo esa atenuación de la autonomía privada de una de las partes justifica una intervención normativa, ya que se está en presencia de cláusulas leoninas o abusivas y, por esto, se justifican protecciones a las personas consumidoras aplicando controles de inclusión o de contenido de las condiciones generales, los cuales son reconocidos y empleados por los tribunales del país a lo largo del tiempo, situación que se detalla más adelante.

El autor del actual artículo cree que el rol de la judicatura toma gran relevancia, ya que es donde se analizan situaciones jurídicas derivadas de esta clase de contratos, en la cual ya no solo se deben verificar patologías negociales clásicas conocidas

como los típicos vicios del consentimiento o vicio de la voluntad (por ejemplo, problemas por dolo, error o violencia en el contrato), sino que inclusive en caso de que no se determinen los vicios de forma exacta y según lo tipificado en la normativa civil para esta clase de supuestos, considerar que la normativa —como se expone más adelante— no permite que a una de las partes del contrato (adherente) se le oculten condiciones jamás deseables al momento de la suscripción de este, aunque su firma figure en él<sup>3</sup>, máxime en aspectos como el precio, el bien o el servicio que se contrata, y por esto, se terminan produciendo efectos totalmente disímiles de los que se esperan, pudiendo existir cláusulas introducidas de manera furtiva y subrepticia en el contrato que no deben tener validez, al punto de que la misma normativa (entre esta el numeral 42 de la Ley N.º 7472 y 1023 del Código Civil) se decanta por soluciones de nulidad relativa y absoluta.

Se termina este apartado aclarando que el hecho de que la autonomía de la voluntad se “debilita” no significa que se pueda pasar por alto o irrespetar el principio de libertad contractual, pues se debe procurar un equilibrio. Por ejemplo, si las partes pactan una suma cuantiosa de dinero por un determinado servicio, el que se trate de una suma de dinero por encima de la normalidad no conlleva a interpretar que se está a un asunto de ser amparado por tratarse de una “condición general abusiva”. Primero, se debe examinar ante qué clase de contrato se está y, segundo, se debe verificar si realmente la adherencia (poca negociación) y el perjuicio ocasionado obedecen a una situación que más bien quiere utilizar la parte adherente en su provecho a pesar de que tenía pleno conocimiento del asunto.

Independientemente de que se esté ante este tipo de contratos, el precio y la cosa son aspectos

3 Dejando atrás el viejo adagio de que la parte firmante debe leer el contrato, inclusive la letra más pequeña y debe atenerse a lo que firma.

que, por un asunto lógico, el adherente los tiene claros, pues obedecen a una situación que todavía está dentro del “ámbito de negociación” y “voluntariedad”, por lo que, en tesis de principio, superan el control de inclusión y el de contenido, lo cual se aborda más adelante.

#### **IV. Sobre la legitimidad del surgimiento de las condiciones generales**

Alfaro (1991) aclara que la utilización de las condiciones generales responde a necesidades de “racionalización de la actividad contractual de las empresas” (p. 28), debido a que este tipo de contratos resuelve una actividad contractual masificada y, por esto, su utilización se encuentra fuertemente vinculada al tráfico empresarial. Se habla de que estos contratos provocan cuatro grupos de efectos racionalizadores:

*[...] reducción de los costes de celebración y regulación de los contratos; favorecen la división de tareas entre los miembros de la organización empresarial, facilitan la coordinación entre estos y hacen posible el cálculo anticipado del coste de producción de bienes y servicios que ofrece la empresa. (Alfaro, 1991, p. 28).*

Además de los efectos beneficiosos del tráfico en general, se hace referencia a la función de promoción de seguridad jurídica, porque se tornan previsibles las consecuencias derivadas del mismo contrato tanto para la empresa como para los adherentes.

Aunque este argumento es puesto en duda por el mismo autor, principalmente porque en la práctica se observa que no siempre la parte adherente (cliente) es beneficiada debido a que se encuentran cláusulas abusivas, sino que más bien se identifica una escasez de claridad y de corrección de las condiciones generales.

Por esto, concluye el autor, más que por un asunto de necesidad empresarial, no siempre se puede dar cualquier tipo de condiciones generales. En razón de lo expuesto, se indica:

*[...] un legislador que desee respetar los intereses legítimos de los empresarios no tiene por qué admitir la validez de cualquier condición general, sino solo permitir su utilización y validez de aquellas cuyo contenido sea imprescindible para garantizar un desarrollo racionalizado de la actividad contractual de la empresa. (Alfaro, 1991, p. 37).*

#### **V. Aclaración terminológica entre el contrato de adhesión y el contrato de condiciones generales**

Una parte de la doctrina señala que ambos términos obedecen a distintas clases de contratos. No obstante, el autor del presente artículo comparte la posición de Morales (2014), en el sentido de que no existen diferencias sustanciales entre ambos, ya que la utilización de los términos se debe más a un asunto de énfasis.

En el caso del contrato de adhesión, se pone especial atención a lo siguiente:

*[...] la imposición del contenido contractual al adherente, es decir, remarca que éste ante esa situación únicamente tiene dos opciones: aceptar o adherirse simplemente al conjunto de cláusulas que se le presentan, sin posibilidad de negociarlas, o, la otra opción es no contratar (Morales, 2014, p. 20).*

Por esto, autores como García Amigo (citado por Morales, 2014) mencionan: “[...] una de las partes intervinientes en el mismo no hace más que prestar su asentimiento a una normativa de la relación contractual rígidamente predispuesta

de antemano sin intervención alguna por su parte” (p. 20).

Por otro lado, cuando se habla del término “condiciones generales”, el énfasis se da en un momento anterior a la imposición de la voluntad, denominado como “la predisposición”. Dicho autor aclara que “se subraya el momento en el que se redactan previamente las cláusulas que conformarán eventualmente el contenido de los contratos que celebre el predisponente”. (García Amigo, citado por Morales, 2014, p. 20).

Según Castro y Bravo (1961), citados por Morales (2014), las condiciones generales se definen “como conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar”. (p. 21).

Por lo anterior, indica que cualesquiera de los dos términos utilizados se refiere a un mismo fenómeno: la contratación en masa, pero vista desde ángulos distintos (Morales, 2014, p. 21).

Sin embargo, aclara que si bien un contrato que posee condiciones generales es un contrato de adhesión, no todo contrato de adhesión posee condiciones generales, porque puede darse el supuesto de que existan los contratos de adhesión particulares (no se tiene la intención de aplicarlos en masa). (Morales, 2014, p. 21).

A pesar de que los considera sinónimos, concluye que prefiere utilizar el término de “contratos celebrados bajo condiciones generales” al referirse a la génesis o razón de ser de la aparición de la predisposición de las cláusulas, recordando que es “debido a la necesidad racionalizadora y organizativa de las empresas” (Morales, 2014, p. 21), donde se procuran mayores niveles de eficiencia mediante la predisposición de las

cláusulas que son utilizadas para una pluralidad de contratos.

Inclusive, Alfaro (1991) señala que es mejor emplear la expresión “condiciones generales” en lugar de “contrato de adhesión”, pues el objeto que se viene a controlar es una parte del contrato y no el contrato en sí; lo que figura como de especial atención son precisamente esas cláusulas predispuestas e impuestas. A continuación, se transcribe el apartado de interés:

En definitiva, los contratos de adhesión no son más que contratos celebrados sobre la base de condiciones generales. Sin embargo, es preferible utilizar el término condiciones generales no sólo porque tal ha sido la opción legal, sino porque el objeto de control son las singulares cláusulas predispuestas e impuestas y no el contrato en sí, por lo que el contrato de adhesión induce a confusión, sobre todo porque no es posible establecer claramente cuándo estamos ante un contrato de adhesión y cuándo no en aquellos casos en los una parte del mismo haya sido negociada y otra impuesta. En definitiva, mientras el contrato de adhesión hace referencia a una realidad indivisible (un contrato es o no adhesión íntegramente), con el concepto de condiciones generales se hace referencia a una realidad divisible y por ello más útil y flexible para el tratamiento jurídico de la contratación estandarizada. (Alfaro, 1991, p. 154).

## **VI. Sobre el concepto y las partes involucradas en el contrato de condiciones generales**

Los términos “contrato de adhesión”, “predisponente” y “adherente” están contemplados en la Ley N.º 7472 (1994)—conocida como Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en adelante ley del consumidor— en su artículo 2 de la siguiente manera:

- Contrato de adhesión: Convenio cuyas condiciones generales han sido predispuestas, unilateralmente, por una de las partes y deben ser adheridas en su totalidad por la otra parte contratante.
- Predisponente: Sujeto del contrato de adhesión que dispone, por anticipado y unilateralmente, las condiciones generales a las que la otra parte deberá prestar su adhesión total, si desea contratar.
- Adherente: Sujeto del contrato de adhesión que debe adherirse, en su totalidad, a las condiciones generales dispuestas unilateralmente por el predisponente.

Al respecto, Romero (2003) menciona que es “Adherente o sujeto pasivo: persona que presta su consentimiento al contenido del contrato, redactado unilateralmente, por la contraparte o predisponente. Es la parte débil en la relación contractual” (p. 190). Por otro lado, señala que la parte predisponente o sujeto activo:

*[...] es el que dispone por anticipado y unilateralmente el contenido del contrato de adhesión. Generalmente, se trata de una empresa de bienes y servicios que confecciona ese contrato de adhesión, de modo estandarizado y genérico, para ofrecérselo a sus clientes. Se considera que es la parte fuerte en la respectiva relación jurídica. (Romero, 2003, p. 190).*

A partir de lo expuesto, se concluye que, en este tipo de contratos, se pueden identificar con facilidad dos actores principales o sujetos intervinientes. En primer lugar, se halla la parte predisponente, la cual se vale de un contrato preconfeccionado con una serie de clausulados estándar para ser utilizado de manera general por una colectividad de personas, atendiendo al servicio o producto que está de por medio en su comercialización (objeto del contrato), con el fin de agilizar el tráfico mercantil de productos al apresurar el tiempo de redacción de contratos para cada caso específico y, con esto, reducir costos para todas las partes, en especial para la persona jurídica o física predisponente (por lo general empresaria).

En segundo lugar, está la parte adherente (identificada como la parte más débil, pues su voluntad está de cierta forma “debilitada” a aceptar o no) que tiene la posibilidad de adoptar o no el contrato, siendo conocedora de que por lo general el tipo de producto o servicio objeto del contrato, en razón de la costumbre y dinámica comercial, estila un contrato tipo estándar para todo negocio jurídico similar (de ahí también se le denomina con el nombre de cliente o consumidor).

En ambos casos, siempre se deben cumplir a cabalidad las demás condiciones trascendentes de todo contrato, como lo son: i. sujetos intervinientes (contratantes) y capacidad de contratar; ii. consentimiento o voluntad; iii. objeto; iv. causa y v. forma<sup>4</sup>, con la única variación ligada al tema del principio de autonomía de la voluntad.

4 Tradicionalmente los estudiosos en el tema de los contratos se refieren a tres tipos de elementos que pueden encontrarse en estos: los esenciales, los naturales y los accidentales. En la doctrina se les suele llamar con los términos: elementos generales o esenciales, pilares fundamentales o requisitos necesarios para la constitución del contrato. De acuerdo con Vargas (1984), al ser un contrato una obligación contractual, se deben contemplar los requisitos esenciales de toda obligación, contenidos en el Código Civil en el numeral 627, trayendo a su vez a colación el numeral 1007 del Código Civil. El primer numeral refiere que, para la validez de una obligación, son indispensables: i. la capacidad de la parte que se obliga, ii. el objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación y iii. la causa justa (Ley N.º 63 de 1887, art. 627, CR). El segundo numeral alude esencialmente al consentimiento (Ley N.º 63 de 1887, art. 1007, CR).

En caso de que se presente un conflicto entre las partes posterior a la aceptación del contrato, se debe analizar contemplando el tipo de relación contractual existente, a efectos de establecer si se violenta el numeral 1023 del Código Civil o, en el caso de que obedezca a una situación de consumo, si se aplica la ley del consumidor que más adelante se aborda, todo en atención al artículo 46 de la Constitución Política.

Se concluye este apartado rescatando varios ejemplos de aplicación de las condiciones generales expuestos por la jurisprudencia costarricense, donde se enumera una serie de contratos de condiciones generales:

- A) contratos formularios por escrito: en el caso de estos las condiciones se insertan en el documento que recoge el consentimiento de las partes o en un anexo, que se entrega a la persona adherente. Refieren a la adquisición de bienes o servicios de cierto valor económico (seguros, contratos de compraventa de inmuebles o de muebles, factoring, leasing, contratos bancarios, etcétera). Son contratos duraderos y tienen un contenido típico (muy detallados): previsiones sobre entrega, formas de ejecución, limitaciones o agravaciones de responsabilidad, posibilidades de variación de las prestaciones o del precio, atribución del fuero, elección del derecho aplicable, etcétera. B) Contratos con cláusulas de garantía: regulan la responsabilidad de la empresa fabricante o de la comerciante vendedora, frente a defectos de la cosa. Generalmente se entregan en el momento de la ejecución del contrato y sobre ella no se ha informado más que el plazo para hacerla efectiva. C) Contratos de la vida diaria: son prestaciones o servicios de poco valor económico y de ejecución simultánea. Generalmente se realizan de forma verbal o documentados para demostrarlos (ticket,

entrada, boleto, etcétera). Usualmente consisten en una única prestación. Las condiciones generales suelen recogerse en folletos de promoción, avisos expuestos al público (caja, entrega, publicidad en periódico, radial o televisiva, etcétera) (TSSC, voto n.º 00165-2009 y sentencia n.º 00364 -2014, CR).

Ahora bien, al recapitular lo visto hasta el momento, se contesta la siguiente interrogante:

¿Qué es el contrato de condiciones generales?

Para estar ante este tipo de contrato, deben presentarse los siguientes supuestos:

Primero, debe ser un contrato con condiciones predisuestas, esto significa que es redactado con “anterioridad” al momento del acuerdo. Es oportuna la observación de que no necesariamente la parte predisponente lo redacta, ya que puede haber una tercera persona, por ejemplo, un abogado o que sea un formulario modelo utilizado para dicho tipo de contrataciones en un determinado mercado. Por lo tanto, se concluye que las cláusulas no son negociadas de forma individual, sino que son de aplicación general para una colectividad de personas, de ahí proviene su nombre de “generales”.

Segundo, se debe compeler a la parte adherente y, al imponerse la voluntad del predisponente sobre el adherente, tampoco es necesario que manifieste su inconformidad con aplicar la condición. La imposición conlleva que, para celebrar ese contrato, necesariamente la parte adherente debe atenerse a este y a las condiciones que están prerredactadas en él. Por ejemplo, a la hora de comprar un tiquete aéreo o de tren, o adquirir un producto o servicio en línea, no se puede negociar en el sitio web o en la ventanilla del aeropuerto del oferente que no está de acuerdo con la cláusula número x del contrato (por ejemplo,

en caso de un boleto aéreo que haga referencia a la exoneración de responsabilidad por atrasos en el viaje debido a condiciones climáticas). En términos sencillos o se compra y se hace el viaje o no y, por ende, la parte debe trasladarse por otro medio de transporte, cuestión que no es la solución ideal porque en la actualidad la mayoría de los medios de transporte conlleva un contrato de cláusulas generales de por medio.

Por último, una característica determinante es la idea de que el contrato ha sido emitido con la intención de aplicarlo a una pluralidad de personas. Esta situación va muy de la mano con la idea de la actividad contractual masificada que se aborda en la parte de legitimación de esta clase de contratos. Si solo se aplica para un caso concreto, no reuniría una condición necesaria para ser catalogado como de contratación en masa. Parece entonces que existe un mínimo, y debe haber sido direccionado con carácter general para más de una persona.

## VII. Breve abordaje de la aplicación normativa en Costa Rica a los contratos con condiciones generales

Recapitulando, es oportuno tener en mente dos etapas: una primera, donde existe una visión más tradicional del contrato caracterizada por una clara manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, por lo cual son posibles las tratativas y la negociación de las condiciones particulares del contrato, generándose conversaciones previas donde ambas partes se colocan en una similar posición de poder de negociación (participación activa de ambas partes en una negociación previa, conversación dinámica de tratos preliminares).

Por otro lado, en una segunda etapa, se observa un contrato masivo donde las condiciones generales son predisuestas a criterio de la parte oferente del servicio, o bien, enfocadas a una pluralidad de potenciales consumidores o clientes (partes adherentes) sin tratativas o negociaciones para su confección. Inclusive, en ocasiones, el posible desequilibrio contractual pasa desapercibido y no llega a ser protegido hasta que en la práctica salen a relucir algunas desventajas y afectaciones a la **buena fe**<sup>5</sup> contractual para la parte adherente.

5 En 1996, previo a la entrada en vigencia de la ley del consumidor, al tratar un caso de cláusulas abusivas, la Sala Primera de la Corte da énfasis al **principio de buena fe contractual**: “III. La moderna doctrina se ha ocupado sistemáticamente del problema de las llamadas cláusulas abusivas. Al respecto se ha dicho: ‘Concretamente, se puede entender por cláusulas abusivas, las impuestas unilateralmente por el empresario, que perjudiquen de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores y usuarios (aunque también de cualquier otro contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor, como puede suceder, p. ej., en el contrato celebrado entre una empresa monopólica y una que deba someterse a las condiciones impuestas por aquélla)’. (Así: Juan M. Farina, *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, p. 138). Por otra parte, la misma doctrina reconoce que las cláusulas abusivas, en última instancia, entrañan una lesión del principio de la buena fe contractual. En este sentido se sostiene: ‘Podemos decir que, en síntesis, todo el problema referido a las cláusulas abusivas debe hallar su adecuado remedio en la necesaria observancia de la buena fe en la celebración de estos contratos [...]’. (Farina, op. cit., p. 149). En efecto, el problema de las cláusulas abusivas, tanto en los contratos de libre discusión como de adhesión, no puede analizarse con independencia del principio de la buena fe que debe regir en toda relación contractual. En este sentido, es de resaltar que el recurrente no cita como infringido ni el artículo 21 del Código Civil, de conformidad con el cual ‘Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe’, ni el 22 del citado Código, que al hacer referencia al abuso del derecho, brinda la posibilidad de enfocar desde esta óptica el problema de las cláusulas abusivas, ni tampoco señala como quebrantado el artículo 1023 del Código de referencia, el cual, en el párrafo primero, hace alusión a la equidad como fuente de consecuencias jurídicas en todo contrato, lo que permite el análisis de las cláusulas abusivas de esta perspectiva”. (SP, voto n.º 00065-1996, CR).

Albaladejo (citado por Brenes, 2009) menciona que los contratos de adhesión:

*[...] han existido siempre y siguen existiendo ahora, aunque ciertamente, alcanzan un difusión cada vez mayor debido a las exigencias de la vida moderna, tales como la celeridad en la conclusión de los convenios, de evitación de negociaciones ociosas cuando sólo se está dispuesto a contratar en los términos ofrecidos, y de uniformidad (estandarización) en la redacción de modelos establecidos para la contratación en masa (piénsese en lo que entorpecería las cosas el que cada cliente que contrata con una gran empresa suministradora de electricidad o agua o gas, etc., o que sea un billete para entrar a un espectáculo o para utilizar un medio de transporte contratando así con la empresa que explota aquél o éste), o pudiera entrar en una discusión sobre las cláusulas o pactar, o celebrarse el contrato con un contenido o estipulaciones diversas a las demás usuarios [...] (p. 53).*

Entonces, no es que en tiempos pasados no existía esta clase de contratos. A criterio del autor del presente artículo pudieron ser catalogados en su

momento como una especie de “*contrato tipo*” y luego se subclasificaron con otras denominaciones debido a sus condiciones particulares, como por ejemplo, contratos atípicos.

Sin embargo, con el pasar del tiempo, su utilización es mucho mayor debido a la gran era de consumo actual y, por ende, se les reconoce con mayor facilidad, ya sea como contrato de condición general o contrato de adhesión.

Ahora, cabe preguntarse: ¿cuál es la normativa aplicable para esta clase de contratos en Costa Rica? ¿Esta clase de contratos es siempre vinculante o hasta qué grado vincula? ¿Existe alguna consecuencia para las cláusulas introducidas a esta clase de contratos por la parte predisponente? ¿Quién puede declarar la ineficacia, nulidad y anulabilidad de las cláusulas? Estas inquietudes se abordan a continuación con ayuda de lo expuesto por los tribunales costarricenses<sup>6</sup>.

La mayoría de los votos consultados reconoce al numeral 46 de la Constitución como el punto de partida, evidenciándose cómo los legisladores de antaño se preocupaban por la protección integral del consumidor al introducirlo en la Carta Magna

6 Para la redacción de este apartado, se revisan varios pronunciamientos que se refieren de manera directa al tema en estudio, abstrayendo una línea de pensamiento común al reconocer la existencia de los contratos con condiciones generales y el diverso tratamiento que debe realizarse para su abordaje. Además, estos reconocen el principio de buena fe y el justo equilibrio en el marco de las contraprestaciones, así como el control de las cláusulas de un contrato en razón del artículo 1023 del Código Civil y el artículo 42 de la Ley N.º 7472 e, inclusive, hacen mención en su gran mayoría a la existencia de mecanismos de control de inclusión y de control de contenido sobre las denominadas cláusulas generales en los contratos de adhesión, y aluden al derecho de información del consumidor (parte adherente del contrato) o al deber de informar las cláusulas a la parte predisponente. Al respecto, se consultan los siguientes votos: las sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia: n.º 00065-1996, n.º 756-2007, n.º 00094-2009, n.º 00499-2017, n.º 456-S1-17, n.º 00628-2017, n.º 00375-2019, n.º 02727-2019, n.º 04496-2019, n.º 00478-2020; las sentencias del Tribunal Superior Segundo Civil: n.º 00165-2009 Sección Primera (su confirmación por la Sala I mediante la resolución n.º 00748 -2010 de las ocho horas cincuenta minutos del diecisiete de junio de dos mil diez), n.º 00245-2009 (voto salvado) Sección Primera, n.º 00243-2009, Sección Primera, n.º 00364-2014, Sección Primera; las sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo: n.º 00002-2008 Sección VI, n.º 00415-2008 Sección IV, n.º 227-2008 Sección I, n.º 00089-2009 Sección VII, n.º 01034-2010 Sección VI, n.º 03557-2010 Sección VI, n.º 00041-2012 Sección IV, n.º 00057-2012 Sección IV, n.º 233-2012 Sección VI, n.º 00015-2015 Sección VII, n.º 00065-2018 Sección IV, n.º 00119-2018 Sección VI, n.º 00018-2020 Sección I, n.º 00065-2020 Sección IV, n.º 00071-2020 Sección II, n.º 00079-2020 Sección V, n.º 00115-2020 Sección IV. \*Cabe señalar que a criterio del autor del actual artículo, algunos explican y abordan con mayor detenimiento y profundidad el tema, razón por la cual se efectúan citas específicas o textuales de estos a lo largo del presente artículo.

costarricense. El texto de dicho artículo es introducido mediante la reforma de Ley N.º 7607 del 29 de mayo de 1996, la cual indica:

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos (CP, 1949, art. 46, CR).

Sobre el particular, es oportuno comentar cómo el jurista nacional Olaso (2017) considera que la reforma introducida en el numeral 46 constitucional propicia posteriormente la promulgación de la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor y su reglamentación, con la cual se tutela el derecho de las personas consumidoras frente a las empresas, procurando equiparar la desigualdad existente en esta clase de contratos donde una de las partes no puede negociar las condiciones generales preestablecidas (p. 564).

Los pronunciamientos también muestran el papel trascendental que posee la Ley N.º 7472<sup>7</sup>, la cual introduce una serie de regulaciones de derechos para las personas consumidoras, no solo enunciándolas, sino inclusive dotando de sanciones a algunas prácticas que podrían llegar a ser desplegadas por las empresas independientemente de que pertenezcan al sector público o privado (Ley N.º 7472 de 1994, art. 31, CR).

De este modo, se reconoce la importancia para el contrato en estudio del numeral 34 de dicho cuerpo normativo, en especial los incisos a, b y o<sup>8</sup>, los cuales son “las reglas del juego” que enmarcan la contratación de servicios y bienes entre las partes, donde una de estas se entiende como comerciante y la otra como consumidor<sup>9</sup>.

Asimismo, en estos pronunciamientos, se destacan dos tipos de control conocidos en doctrina, a saber, a. el control de inclusión y b. el control de contenido, los cuales deben realizarse para determinar la validez y eficacia de un contrato de condiciones generales, y en sentido estricto, se

7 Se debe tomar en cuenta que la Ley N.º 7472 de 1994 se publica el 19 de enero de 1995 y no es hasta en una modificación de 1999 cuando se introduce el numeral 42 junto con el tema de la responsabilidad objetiva del numeral 35. Cabe señalar que antes de esto se ubica una sentencia que ya interpreta como ineficaces contratos de condiciones generales a pesar de que no los define como tales. Pero en dicho momento a criterio del autor del presente artículo lo realiza a partir de principios de lógica y equidad, procurando dar una interpretación diferente a ese tipo de contratos, donde se introduce una cláusula general en los tiquetes de estacionamientos o parqueos. Se trata de la resolución n.º 130 del 21 de marzo de 1984 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera. De esta se extrae que la cláusula que exime de responsabilidad a los estacionamientos de los parqueos es ineficaz, porque existe una responsabilidad mínima a la que está obligado el sujeto que recibe un vehículo para cuidado y custodia en un estacionamiento. Refiere de interés: “La cláusula impresa en los tiquetes de estacionamiento o parqueos referidas a la eximente de responsabilidad es ineficaz, pues con ella se pretende rehuir las responsabilidades mínimas a que está obligado el sujeto que recibe un vehículo para cuidado y custodia en un estacionamiento, ya que la responsabilidad en caso de robo del automotor es básica o esencial y sobre el dueño del establecimiento gravitaría la carga de probar su falta de culpa en el caso”. (Romero, 2003, p. 201).

8 El inciso a) indica una obligación de carácter general a respetar por las partes de las condiciones de la contratación, el b) expone un deber de información a la persona que adquiere el bien o servicio (ligado al control de inclusión) y la o) algo muy similar a lo ya contemplado en el numeral 1023, inciso 1 del Código Civil, en el sentido de que obliga a las partes del contrato (en este caso al comerciante y al consumidor) a apegarse a la equidad, el uso y la ley, agregando esta ley a diferencia del Código Civil el término “buenos usos comerciales”.

9 La misma ley en su inicio, artículo 2, plantea una definición de lo que a efectos legales se debe entender por consumidor, lo cual es de vital interés, pues este cuerpo normativo únicamente resultaría aplicable cuando esté de por medio un consumidor. Esta situación es sostenida en la resolución n.º 00499–2017, 628-2017, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de donde se extrae cómo es que en el derecho de contratación, en la rama específica del derecho de consumo, el constituyente se ocupa de asegurar una serie de garantías en beneficio del consumidor.

disponen principalmente en el numeral 42 de la ley del consumidor.

Cabe rescatar que, en países como España, los controles que se ejercen a esta clase de contratos no solo derivan como consecuencia de la implementación de normativa dada dentro de la misma ley del consumidor, situación similar a lo que acontece en Costa Rica, sino también se han promulgado leyes específicas como lo fue la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que data de 1998.

Llama la atención que en Costa Rica aún no se establece una ley especial de condiciones generales, y otros países como España ya llevan más de 20 años con una normativa que orienta cómo resolver este tipo de contratos. Sin embargo, lo anterior no significa que no existan pronunciamientos de los tribunales que, de alguna manera, desde 1984, brindan respuestas para abordar el tema en estudio (por ejemplo, ver nota al pie n.º 7), sin demérito del gran avance que se da con la aparición de normativa como la Ley N.º 7472, la cual permite mayor claridad al respecto en Costa Rica.

En el país ambos controles necesariamente son determinados por la autoridad jurisdiccional correspondiente, así como puede darse el caso de que el conflicto derivado del contrato deba ser conocido en un arbitraje. Pero no existe del todo la posibilidad de que el asunto sea conocido en sede administrativa, pues a pesar de que se crea la Comisión Nacional del Consumidor con la finalidad de dirimir una serie de conflictos que pueden presentarse con los consumidores y empresarios derivados de la Ley N.º 7472, las controversias sobre cláusulas abusivas son expresamente prohibidas de ser conocidas por dicho ente administrativo, por el mismo texto legal en el párrafo final del numeral 53.

De acuerdo con la línea de pensamiento esbozada, se respetan los principios de libertad contractual y de autonomía de las partes para contratar mediante un contrato que puede ser en masa o con condiciones generales. No obstante, para que las cláusulas generales contempladas en esta clase de contrato sean plenamente aplicables, requieren superar dos tipos de controles.

Los pronunciamientos de los tribunales costarricenses reconocen un primer control **de inclusión** con el propósito de establecer si la cláusula se tiene por incorporada y, una vez superada dicha etapa, se percata si la misma está o no viciada al punto que deba ser declarada como nula o anulable en razón de tratarse de una cláusula “abusiva”, la cual es la **fase de control de contenido**. Por tanto, rigen reglas muy diferentes al clásico contrato negociado individualmente, donde priva el principio de autonomía de la voluntad.

En el contrato con condiciones generales, se va más allá y se procura analizar el desbalance en la voluntad de las partes que figuran en el contrato al tratarse de un contrato prerredactado con condiciones generales donde necesariamente no se da un consentimiento “expreso” de todas y cada una de las cláusulas al firmarse el contrato. Por esto, como se explica de seguido, el control de inclusión funciona para saber cuál condición general entra a formar parte del contrato a pesar de que no exista consentimiento.

**Primer paso. Sobre el control de inclusión.** A la primera etapa se le llama el control de inclusión, la cual consiste en lo siguiente:

*[...] condiciona la eficacia de esas condiciones al conocimiento efectivo de ellas, por parte de la persona adherente o a la posibilidad cierta de haber tenido ese conocimiento con una diligencia ordinaria*

*[...] En otras palabras, para que las condiciones adquieran eficacia jurídica deben haber sido conocidas por la parte adherente o al menos que hubieran podido serlo, a través de un parámetro de diligencia ordinaria (TSSC, voto n.º 00165-2009 y sentencia n.º 00364 -2014, CR).*

Este tipo de control está contenido en el numeral 42 parte inicial, cuando menciona: “*En los contratos de adhesión, sus modificaciones, anexos o adenda, la eficacia de las condiciones generales está sujeta al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o a la posibilidad cierta de haberlas conocido mediante una diligencia ordinaria*”. (Ley N.º 7472, 1994, CR).

Parece que esta etapa busca responder a un principio de seguridad jurídica, donde las cláusulas sean claras, se conozcan y se entreguen a la persona consumidora. Por esto, por ejemplo, se le debe entregar al momento de la suscripción del contrato una copia del contrato, siendo discutible si se supera el control de inclusión por el solo hecho de que la parte predisponente indique que las cláusulas generales le van a ser entregadas y enviadas días después por correo electrónico.

Se observa cómo la eficacia de las condiciones generales del contrato no depende del tradicional consentimiento de las condiciones, sino de la posibilidad efectiva de conocer dichas cláusulas generales, ya sea en el mismo contenido del contrato que es lo ideal, pero válidamente puede ser mediante publicidad o algún medio que demuestre el predisponente que le permite al adherente conocer la condición al momento de suscribir el contrato (por ejemplo, en la adquisición de un boleto para el cine, cuando se indica mediante un rótulo grande al iniciar la

película que la empresa no se hace responsable por objetos de valor dejados dentro de la sala o que al finalizar la película debe devolver las gafas 3D<sup>10</sup>).

Al respecto, los tribunales sostienen que el “conocimiento efectivo” es la:

*[...] “posibilidad cierta de haberlas conocido mediante una diligencia ordinaria”, significa que la persona adherente hubiera hecho, lo que tenía que hacer, ni más ni menos, para conocerlas (comportarse como normalmente lo hace)... el numeral 42 establece una posibilidad cierta de conocer, lo cual implica ENTENDER esas condiciones generales para cuando haga falta, o sea cuando se pretendan ejecutar esas condiciones. A través de esto se garantiza que, la parte más fuerte de la contratación, o sea la pre-disponente, no aplique ARBITRARIAMENTE las condiciones generales. (TSSC, voto n.º 00165-2009 y sentencia n.º 00364-2014, CR).*

Se agrega que “trasciende el momento de la celebración del contrato, dado que su relevancia se aplica al momento de la ejecución del convenio” (TSSC, voto n.º 00165-2009 y sentencia n.º 00364-2014, CR). Cabe señalar que no es hasta el momento de la ejecución cuando con frecuencia se presentan los inconvenientes con el clausulado general; por ejemplo, una cláusula que exonera a la aseguradora de cubrir el monto asegurado (contratos de seguro) o una disposición que provoca que el financiador aplique intereses de manera desmedida con parámetros de medición al arbitrio del predisponente de las deudas adquiridas con una tarjeta (contratos de tarjetas de crédito).

10 Es discutible si dicho tipo de información más bien se brinda después de haber finiquitado el contrato con el pago en la boletería del cine. Lo cierto del caso es que algunos comercios ya la han introducido en el contrato estándar virtual a la hora de la compra en línea (vía internet).

A propósito del control de inclusión en legislaciones como la de España, Alfaro (1991) comenta que existe una serie de requisitos principales (p. 190) y rescata los siguientes puntos: i. que las condiciones estén en el documento contractual o haya una referencia expresa de dónde están ubicadas (por ejemplo, documento anexo); ii. que se entregue al adherente una copia del contrato y, por consiguiente, donde están las condiciones generales; por último, que sea iii. redactada de forma legible y comprensible (puede válidamente interpretarse como clara, transparente, concreta y sencilla). En razón de lo anterior, si las cláusulas son oscuras e incomprensibles, no es que deban clasificarse como abusivas (aspecto propio del control de contenido), más bien este sería el típico caso en el que ni siquiera se deberían tener por incorporadas.

Vinculado al tema en estudio, Alfaro (1991) introduce la doctrina de las cláusulas sorprendentes (p. 241), derivada de la experiencia alemana en cuanto a la exigencia de claridad, transparencia y sencillez. En síntesis, la regla es no incorporar aquellas cláusulas cuya inclusión en el contrato no hubiera podido ser prevista racionalmente por una diligencia ordinaria. Tomando en cuenta la naturaleza del contrato, son tan sorprendentes que es insólito que una parte adherente promedio hubiera imaginado su existencia dentro del clausulado. La idea principal “es negar la inclusión en el contrato de aquellas cláusulas de condiciones generales cuya existencia provoca una sorpresa en el adherente”. (Alfaro, 1991, p. 243).

Se debe hacer énfasis en que es necesario procurar una dinámica de equilibrio y de respeto a la buena fe contractual de las partes, pues las situaciones

sorprendentes defraudan las expectativas del adherente —las cuales son creadas por el comerciante al momento de la oferta contractual— y vienen a alterar el tipo contractual de tal manera que ni siquiera tienen por qué superar el control de inclusión; en otras palabras, devienen en aspectos tan absurdos que quebrantan cualquier previsión que puede haber tomado un consumidor promedio<sup>11</sup>. En conclusión, de acuerdo con esta teoría, la condición es de tal magnitud que produce sorpresa no solo al adherente, sino también a cualquier potencial persona consumidora dada la naturaleza del contrato.

En línea con lo anterior, es oportuno resaltar acá lo dispuesto por la Sala Primera al tratar el tema de los contratos con condiciones generales, ya que procura sintetizar la razón de los controles en este tipo de contratos y reconoce que no pueden haber elementos “sorpresa”. A criterio del autor del presente artículo, en dicho voto se destaca la importancia de que el control de inclusión contempla la idea de que existan cláusulas legibles, comprensibles y concretas. Al respecto indica:

Valga destacar que estos lineamientos **no son más que la concreción del principio de buena fe en la contratación (artículo 21 del Código Civil), que en materia de consumo y más aún en contratos con condiciones generales, se traduce en cargas para los predisponentes**, de manera que sólo aquellas que puedan ser consideradas de alta calidad, esto es, claras, legibles, precisas, concretas, comprensibles y que a su vez **no resulten insólitas, inusuales o sorpresivas**, puedan ser oponibles al adherente. El acto de adhesión se realiza en un ámbito amparado por la buena fe, misma que tiende

11 En relación con lo expuesto, unos ejemplos son los siguientes: el caso donde el objeto producto de la venta se ofrezca como resistente al agua, sin embargo, dentro de las cláusulas generales se refiera que, si el producto permanece más de un minuto en el agua, la empresa no se hace responsable por desperfectos. De este modo, el objeto de la venta es un producto de determinada condición; parece que la cláusula deviene en tal sorpresa que no supera el control de inclusión y no se tiene por puesta. Otro ejemplo es que dentro del clausulado del contrato se incremente el precio del servicio atendiendo la cantidad de personas que lo adquieran, y que dicho aspecto trascendente ni siquiera se mencione en la cláusula del contrato destinada al precio.

a equiparar los desequilibrios propios de la contratación en masa y de adhesión. Es deseable y esperable que el predisponente actúe dentro de ese ámbito de buena fe, tanto al momento de concebir las condiciones generales, como de concretar las negociaciones de los bienes y servicio que ofrece. Sólo así se logra una adecuada protección de los intereses del consumidor en concordancia con lo que estipula el artículo 46 constitucional. **(El resaltado es propio)** (SP, resolución n.º 00628–2017, CR).

El hecho de que una cláusula no supere el control de inclusión no significa que “todo” el contrato sea inválido e ineficaz, se debe analizar cada caso en concreto. En cuanto a esto, la invalidez o ineficacia del contrato como un todo está ligada al tema de las condiciones que todo contrato debe contemplar, a saber: i. sujetos intervinientes y capacidad de contratar, ii. consentimiento o voluntad, iii. objeto, iv. causa y v. forma, como se expone con anterioridad, conocidos en doctrina como elementos generales o esenciales, pilares fundamentales o requisitos necesarios para la constitución del contrato.

**Sobre criterios de interpretación de las condiciones generales.** Ahora surge la siguiente interrogante: ¿cómo se deben interpretar las condiciones generales? En doctrina se reconocen en este tipo de contratos dos tipos de reglas: la de prevalencia y la contra proferentem. El autor del presente artículo estima que estas en Costa Rica están contempladas en el numeral 42 de la ley del consumidor, cuando se establece: “En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales. Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente”. (Ley N.º 7472 de 1994, CR).

La primera, conocida como la **regla de la prevalencia**, está contemplada en la parte inicial del párrafo, cuando indica: “En caso de

incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales”. (Ley N.º 7472 de 1994, art. 42, CR). Esto sugiere que cuando haya conflicto entre las condiciones generales y las particulares, prevalecen las particulares, pues se entiende que son pactadas de manera expresa.

Cabe recordar qué se comprende por condición general o particular. El jurista Alfaro (1991) refiere que las condiciones generales “son cláusulas predisuestas para ser incluidas en una pluralidad de contratos que no han sido negociadas con el adherente” (p. 299). Por otro lado, en cuanto a las condiciones particulares:

*[...] todo acuerdo cualquiera que sea su forma, que no constituya una condición general en el sentido expuesto, esto es, que no haya sido predispuesta sino prevista para el contrato en concreto. De este modo, deben considerarse también condiciones particulares aquellas cláusulas que, aun habiendo sido obra unilateral del empresario y a la que el adherente únicamente haya prestado su aceptación, hayan sido previstas específicamente para ese contrato. (Alfaro, 1991, p. 299).*

El citado autor agrega que la regla de la prevalencia requiere dos presupuestos: “[...] en primer lugar, la existencia de una discrepancia entre una condición general y una particular, y en segundo lugar [...] que ambas cláusulas en conflicto sean eficaces, pues como es natural, si una de ella no es eficaz, el conflicto desaparece”. (Alfaro, 1991, pp. 300-301).

En similar sentido, Farina (1997) señala lo siguiente:

*[...] cláusulas (o condiciones) particulares o (especiales) son todas las que no entran en el grupo de las generales. Son pues*

*cláusulas no uniformes y, por tanto, sujetas a la disciplina de cada contrato, en relación con el fin que las partes persiguen y al resultado de cada negociación (p. 65).*

Por otro lado, se da la llamada **regla contra proferentem**, la cual busca que las condiciones generales no beneficien a quien haya causado la oscuridad por interpretar. Así, en caso de dudas, se debe beneficiar al adherente. El autor del presente artículo considera que la parte final de alguna manera comprende dicha regla cuando indica: “Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente”. (Ley N.° 7472 de 1994, art. 42, CR).

Alfaro aclara (1991) que la **regla contra proferentem** requiere la presencia de tres requisitos: “[...] en primer lugar, que la cláusula sea objetivamente dudosa, ambigua u oscura; en segundo lugar, que la ambigüedad, oscuridad o duda sean imputables al predisponente; y por último que la duda no haya sido resuelta utilizando reglas subjetivas de interpretación” (p. 320).

### **Segundo paso. Sobre el control de contenido.**

La segunda etapa, correspondiente a la de **control de contenido**, permite evidenciar cuáles cláusulas de condiciones generales de los contratos en masa son nulas o anulables, esto en razón de considerarse “cláusulas abusivas”. Como bien se extrae de la palabra, su contenido es abusivo, ya que quebranta la buena fe de las partes y el

equilibrio que expresa la Sala Constitucional en el voto n.° 3495-1992, expuesto en el acápite anterior.

Este control pretende fiscalizar si las cláusulas superan una serie de condiciones establecidas en la ley. No obstante, es importante reiterar que primero se debe haber realizado el control de inclusión y superado este. Mediante esta segunda fase, se integran la equidad<sup>12</sup>, la buena fe y el justo equilibrio a las condiciones predispuestas en la contratación.

El control de contenido consiste en interpretar si las cláusulas pueden ser tipificadas como abusivas, de acuerdo con los listados estipulados en el numeral 42 de la Ley N.° 7472 y el artículo 1023 del Código Civil<sup>13</sup>. En relación con lo anterior, existe la posición de autores como Romero (2003), quienes señalan que con o sin listas, el “tema de las cláusulas vejatorias queda referida al Juez; y, por ello resultará de la propia jurisprudencia” (p. 197).

La posición del autor del presente artículo con respecto al particular es que dichas listas no devendrían en taxativas, y quedaría a la discrecionalidad del juez o de la jueza hacer un control de mayor rigor partiendo de la equidad, el uso o la ley (como bien se indica en el primer párrafo del 1023 del Código Civil); máxime como se expuso líneas atrás que, inclusive previo a la reforma del artículo 46 constitucional o la entrada en vigencia de la ley del consumidor, ya

12 Resolución n.° 38 del 17 de febrero de 1986, Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda. Se aplican los numerales 1022 y 1023 del Código Civil, comprendiendo el principio de la autonomía de la voluntad con el de la obligación de cumplir con lo pactado, pero a su vez se hace referencia a la equidad, el uso y la ley que determinan dicha voluntad. Se transcribe parcialmente el voto cuando indica: “Los contratos obligan a lo que en ellos está expresado, pero –asimismo– lo que la equidad, el uso o la ley determinan. Por ello, los juzgadores no pueden ser simples espectadores de la lucha que se presenta entre los intereses del libre juego –oferta y demanda– y que provocan fuertes tensiones sociales originadas por la pugna entre inquilinos y propietarios [...]”. (Romero, 2003, p. 200).

13 Romero (2001) establece: “Existen autores como Cappella sostiene que este artículo 39 de la Ley 7472 ha derogado el numeral 1023, inciso dos del Código Civil (op. cit., p. 15, 1996; op. cit., p. 6, 1997). Por su parte Baudrit afirma que ese numeral 39 de la Ley 7472 complementa y aclara el 1023, inciso dos del Código Civil, de tal modo que no hay derogatoria alguna (op. cit., p. 10, 1995)” (p. 197). Se debe aclarar que el numeral 39 que refiere el autor es el actual 42, cuya numeración es corrida por cambios introducidos en la ley.

existían pronunciamientos como la resolución n.º 130 del 21 de marzo de 1984 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, la cual procuraba dar respuesta a este tipo de contratos (ver nota al pie n.º 7).

Como se explica líneas atrás, la nulidad de una de las cláusulas no significa que se afecte todo lo pactado, pues siempre se debe velar por el principio de conservación del contrato. (TSSC, voto n.º 00165-2009 confirmado en sentencia n.º 00748 -2010, CR).

A efectos de identificar con mayor facilidad los criterios denominados como “lista negra”, en caso de encasillarse en cláusulas abusivas absolutamente nulas o “lista gris”, si se trata de condiciones relativamente nulas, el primer supuesto se ubica en los numerales 1023, inciso 2 del Código Civil y el 42 de la Ley N.º 7472 y el segundo supuesto en la parte final del numeral 42 de la Ley N.º 7472<sup>14</sup>.

Cuando se aplica el control de contenido, se debe ser cauto de no caer en excesos que rocen con los límites de la autonomía privada de las partes del contrato y que efectivamente se esté en presencia de un contrato de condiciones generales con todas las características abordadas en acápites anteriores (i. predisposición unilateral, donde se compele a la parte adherente — imposición o también llamado como falta de regateo o negociación —, ii. dirigido a una masa o grupo de personas — generalidad o uniformidad del contrato — e iii. imposibilidad de negociación. (TSSC, voto n.º 00165-2009, n.º 243-2009, voto minoría n.º 245-2009, CR).

También es vital verificar si esa cláusula o condición, si bien de carácter general, es un aspecto determinante dentro de la negociación y, por esto, es lo suficientemente informada, al punto

de que forma parte de la decisión de consumo, por lo que, de alguna manera, pierde ese carácter “general” y de “sorpresa” y más bien es parte de una condición “negociada” (cláusula negociada de modo individual, discutida o regateada) y, de alguna forma, se torna “particular” e informada a la hora de contratación.

Lo anterior es a propósito de no caer en excesos que en un futuro tiendan a sobreproteger a la parte débil de la relación contractual y provoquen intervenciones judiciales no necesarias que más bien riñan con un derecho constitucional de libertad contractual por abarcar ya sea tipos contractuales a los que no deben serles aplicadas condiciones especiales o cláusulas que sean parte más bien de prestaciones principales o suficientemente negociadas.

El autor Morales bien lo indica (2014):

*Se tiende a actuar con frecuencia extendiendo el ámbito de control de contenido, más que aplicarlo adoptando criterios reduccionistas. Se pretende con ello proteger a ese particular contratante sin detenerse a valorar si sobre la cláusula que se anula por abusiva recae realmente un consentimiento reflexivo, es decir, que es producto de la autonomía privada del supuesto adherente [...] (p. 127).*

Aunque el mismo autor admite que la posición de la doctrina y la jurisprudencia, al menos en España, es muy propensa a sobreproteger. El autor del presente artículo estima relevante traer a colación dichas apreciaciones a propósito de la aplicación que se debe efectuar en Costa Rica sobre las nulidades relativas o absolutas en condiciones generales, donde es necesario analizar con detenimiento el caso concreto para

14 Denominación de lista negra o gris expuesta por Romero (2003).

no caer en ningún extremo, ya sea un exceso de protección del adherente en detrimento de las prácticas del mercado o en una desprotección de uno de los contratantes (adherentes) inobservando la buena fe contractual y el equilibrio que deben existir en un contrato.

Es importante tomar en cuenta que, cuando hay una negociación o discusión de prestaciones que por lo general son “principales” o “esenciales” (por ejemplo, precios), se excluye el control de contenido; por consiguiente, el “control de abusividad” sobre estos. Aunque, como establece Morales (2014), se encuentra un acalorado debate en la doctrina internacional para verificar si aspectos como “la razonabilidad o justicia del precio” pueden ser valorados objetivamente y con esto ejercer algún tipo de control, existiendo tesis a favor y en contra del control de prestaciones (p. 177).

### **VIII. Conclusiones**

Al abordar el tema de los contratos, el derecho no puede quedarse estático con ideas decimonónicas de los contratos “paritarios” o negociados (libre discusión), donde efectivamente existe una marcada tendencia hacia la preponderancia de la autonomía de la voluntad en un contrato. Se ha procurado una adaptación para brindar una respuesta a la evolución de las figuras contractuales y a las problemáticas generadas con las contrataciones en masa o con condiciones generales.

A pesar de no ser un contrato que pueda ser tratado con facilidad desde el antiguo paradigma, siempre debe respetarse en alguna medida el principio fundamental de la autonomía de la voluntad y, por esto, aunque solo exista un acto prácticamente de adhesión de un contrato predispuesto, el contenido de ese contrato sí es sujeto de escrutinio para analizar el equilibrio contractual en las condiciones generales con

el fin de proteger las expectativas de una de las partes del contrato (adherentes) cuando las circunstancias lo justifiquen. Esta cuestión en el pasado pudo ser considerada inadmisibles por atentar contra la autonomía de la voluntad y la libertad contractual.

Inclusive la misma Sala Constitucional desde 1992 no solo reconoce la existencia de un principio de libre contratación en la Constitución Política de Costa Rica, sino también plantea parámetros o delimita de alguna manera la libertad contractual de las partes al exponer que debe haber un equilibrio en las posiciones de las partes, el cual debe respetar los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad “según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato” (SC, voto n.º 3495-1992, CR).

Tiempo después, en 1996, se introduce una variación al texto del numeral 46 de la Constitución Política costarricense, el cual sienta las bases de la protección especial que debe existir hacia los consumidores en los contratos, cuando se indica:

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias (CP, 1949, art. 46, CR).

La aparición de estas protecciones especiales por la vía del derecho del consumidor provoca un cambio en el paradigma negocial, lo cual no significa que las figuras de la libertad contractual o la autonomía de la voluntad sean del pasado o que se hayan restringido a situaciones muy concretas.

Este es un aspecto trascendental por tomar en cuenta para la configuración del contrato, con mayor razón cuando se esté en presencia de una auténtica negociación de autonomía privada de las partes (contrato más artesanal).

No obstante, en ciertos supuestos (con mayor frecuencia en la época contemporánea por la evolución de la industria y el comercio), existe una especie de atenuación en la manifestación expresa de la autonomía privada de la parte contractual adherente (por lo general, la persona consumidora) frente a la predisponente (por lo general, la empresa y parte fuerte de la relación contractual).

La clave del asunto es poder identificar cuándo esa atenuación de la autonomía privada de una de las partes justifica la intervención del Estado, pues se está en presencia de cláusulas leoninas o abusivas y, por esto, se justifican protecciones a las personas consumidoras a partir de controles de inclusión o de contenido de las condiciones generales, teniendo como norte la buena fe que debe existir en el contrato y el equilibrio contractual.

Por otro lado, también se evidencia de la investigación que el abordaje diferenciado a este tipo de contratos se da con la aparición de una normativa específica como lo es la Ley N.º 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor.

Así mismo, se constata el avance en el abordaje de este tipo de contratos en países como España que, desde 1998, con la promulgación de leyes, regula expresamente las condiciones generales de la contratación. A diferencia de Costa Rica, donde los legisladores aún no promulgan una ley especial al respecto, aunque como bien se expone líneas atrás, esto no es impedimento para que por la vía judicial las personas juzgadoras brinden soluciones acordes con la equidad y la justicia

sin violentar o pasar por alto los límites de la legalidad, recobrando el equilibrio requerido entre las partes en un contrato.

A partir de esto, se evidencia que los contratos de condiciones generales en Costa Rica están regulados en la actualidad principalmente en dos cuerpos normativos, artículos 34 y 42 de la ley del consumidor y, esencialmente, en el artículo 1023 del Código Civil. Este último data inclusive del Proyecto de Ley N.º 6105 (7 diciembre de 1976), el cual adiciona el artículo 1023 del Código Civil mucho tiempo antes de las modificaciones hechas a la ley del consumidor.

Se brinda claridad a la posible confusión terminológica que puede llegar a existir al utilizar el término “contrato de adhesión” separado al de “contrato de condiciones generales”, cuando son prácticamente lo mismo, pues no hay diferencias sustanciales entre ambos. Más bien, se obedece a un asunto de énfasis, ya sea que se enfoque al momento de la imposición del contenido contractual al adherente o a un momento anterior a la imposición de la voluntad (momento de la predisposición). Sin embargo, ambos términos se refieren a un mismo fenómeno: la contratación en masa, pero visto desde ángulos distintos.

Los controles para este tipo de contrato deben ser realizados por la autoridad jurisdiccional correspondiente, existiendo la posibilidad de un arbitraje. Pero no se cuenta del todo con la posibilidad de que el asunto sea conocido en sede administrativa, porque a pesar de que se crea la Comisión Nacional del Consumidor con la finalidad de dirimir una serie de conflictos que pueden presentarse con los consumidores y empresarios derivados de la Ley N.º 7472, las controversias sobre cláusulas abusivas son expresamente prohibidas de ser conocidas por dicho ente administrativo, por el mismo texto legal en el párrafo final del numeral 53.

Las cláusulas generales contempladas en esta clase de contrato requieren superar dos tipos de controles; primero, el control de inclusión con el objetivo de establecer si la cláusula se tiene por incorporada, y una vez superada dicha etapa, se percata si esta se halla viciada o no al punto que deba ser declarada como nula o anulable al tratarse de una cláusula “abusiva”, en la fase de control de contenido.

Cuando se aplica el control de contenido, se debe ser cauto con que la finalidad no roce con el límite de la autonomía privada de las partes del contrato y que efectivamente se esté en presencia de un contrato de condiciones generales, como se expuso en algunos de los votos estudiados: “a) pre-disposición unilateral: pre-redacción o predisposición; b) generalidad y; c) imposibilidad de negociación” (TSSC, voto n.º 00165-2009, n.º 243-2009, voto minoría n.º 245-2009, CR).

Lo anterior procede para no caer en excesos que eventualmente tiendan a sobreproteger a la parte débil de la relación contractual y provoquen intervenciones judiciales no necesarias que más bien riñan con un derecho constitucional de libertad contractual por abarcar, ya sean tipos contractuales a los que no deben serles aplicadas condiciones especiales, o bien, cláusulas que sean parte más bien de prestaciones principales o suficientemente negociadas. Se debe tener en cuenta lo señalado a propósito de la prudencia y análisis de los tribunales a la hora de abordar este tipo de casos.

Los criterios de interpretación de las condiciones generales están contemplados en el numeral 42 de la ley del consumidor, parte final, el cual indica: “En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben

prevalecer sobre las generales. Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente” (Ley N.º 7472 de 1994, CR), las cuales llevan, a criterio del autor del presente artículo, inmersas las reglas conocidas en doctrina como de prevalencia y contra proferentem.

Por último, es importante tomar en cuenta que algunos de los criterios jurisprudenciales abordados durante el trabajo son una interpretación que se da a una norma en un determinado periodo de tiempo y varía según la situación fáctica a la cual se enfrenta, por lo que la solución puede tender a variar, siempre dentro de los parámetros de la legalidad.

Al respecto, el haber expuesto la posición dada por los tribunales costarricenses en algunas de las sentencias no significa que sean criterios estáticos, pues si bien los principios como el de libertad contractual y autonomía de la voluntad sientan la base del derecho contractual, son reinterpretados atendiendo a la dinámica comercial actual.

El autor del presente artículo estima que la discusión y el análisis de la contratación con condiciones generales permiten que, en alguna medida, se desarrollen nuevas ideas de cómo debe darse esta reinterpretación en aras de buscar soluciones que atiendan los ideales de justicia y seguridad. En la materia de ciencias sociales, principalmente en el área de las ciencias jurídicas, no existen soluciones universales ni una teoría única que solucione todos los factores problemáticos devenidos de la vida en sociedad y, en especial, en cuanto al caso concreto referido al abordaje, interpretación y búsqueda de soluciones a efectos de los conflictos que pueden generarse producto de la utilización de los contratos de condiciones generales.

## IV. Bibliografía

### Normativa

Constitución Política de la República de Costa Rica. [CP]. 7 de noviembre de 1949 (CR).

República de Costa Rica. Ley N.º 3284 de 1964. Código de Comercio. 27 de mayo de 1964. La Gaceta n.º 119. Recuperado de: <http://www.pgrwebgo.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=89980&strTipM=FN>

República de Costa Rica. Ley N.º 63 de 1887. Código Civil. 28 de septiembre de 1887. Recuperado de: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=FN](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=FN)

República de Costa Rica. Ley N.º 7472 de 1994. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. 20 de diciembre de 1994. La Gaceta n.º 14. Recuperado de: [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=0&strTipM=FN](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=0&strTipM=FN)

República de Costa Rica. Ley N.º 7130 de 1989. Código Procesal Civil. 3 de noviembre de 1989. La Gaceta n.º 208. Recuperado de: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=12443&nValor3=0&strTipM=FN](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=12443&nValor3=0&strTipM=FN)

### Doctrina

Alfaro, J. (1991). Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales. Madrid: Civitas.

Alterini, A. (1999). Contratos, civiles-comerciales-de consumo, teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Baudrit, D. (1990). Teoría general del contrato. (3a ed.). San José: Juricentro.

Baudrit, D. (2016). Teoría general del contrato. (4a ed.). San José: Juricentro.

Brenes, A. (2009). Tratado de los contratos. (6a ed.). San José: Juricentro.

Fajart, G. (2009). Introducción. En A. Brenes, Tratado de los contratos. (pp. 14-38). San José: Juricentro.

Fariña, J. (1997). Contratos mercantiles modernos. Buenos Aires: Astrea.

Morales, C. (2014). Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas. (Tesis doctoral). España. Universidad de Salamanca. Olaso, A. (noviembre, 2017). El principio constitucional de tutela a los consumidores regulado en el artículo 46 de la Constitución Política. Tercer Congreso Panamericano de Derecho Societario, Concursal y del Consumidor. Costa Rica.

Romero, J. (2003). Derechos del consumidor. Revista de Ciencias Jurídicas. (100), 183-217. Recuperado de [http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/revista\\_100.pdf#page=183](http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/revista_100.pdf#page=183)

Segura, O. (2014). Análisis jurídico de distintos contratos de adhesión en el ámbito comercial moderno y sus implicaciones en los derechos del consumidor, dentro de la perspectiva de las cláusulas abusivas y las prácticas comerciales desleales. (Tesis de licenciatura). San José. Universidad de Costa Rica. Torrealba, F. (2016). Lecciones de contratos. San José: Isolma.

Vargas, J. (1984). Doctrina general del contrato. San José: Juricentro.

### **Sentencias de la Sala Constitucional**

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia [SC], noviembre 19, 1992. Voto n.º 3495-1992 [CR].

### **Sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia**

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia [SP], enero 5, 1996. Sentencia n.º 00065-1996 [CR].

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia [SP], junio 15, 2017. Sentencia n.º 00628-2017 [CR].

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia [SP], junio 17, 2010. Sentencia n.º 748-2010 [CR].

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia [SP], mayo 4, 2017. Sentencia n.º 456-S1-17 [CR].

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia [SP], octubre 19, 2007. Sentencia n.º 756-2007 [CR].

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia [SP], enero 29, 2009. Sentencia n.º 00094-2009 [CR].

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia [SP], mayo 11, 2017. Sentencia n.º 00499-2017 [CR].

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia [SP], mayo 9, 2019. Sentencia n.º 00375-2019 [CR].

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia [SP], septiembre 17, 2019. Sentencia n.º 02727-2019 [CR].

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia [SP], diciembre 10, 2019. Sentencia n.º 04496-2019 [CR].

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia [SP], febrero 21, 2020. Sentencia n.º 00478-2020 [CR].

### **Sentencias del Tribunal Superior Segundo Civil**

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera [TSSC], marzo 13, 2009. Sentencia n.º 00165-2009 [CR].

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera [TSSC], abril 29, 2009. Sentencia n.º 00245-2009 (voto salvado) [CR].

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera [TSSC], abril 29, 2009. Sentencia n.º 00243-2009 [CR].

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera [TSSC], octubre 9, 2014. Sentencia n.º 00364-2014 [CR].

### **Sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo**

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I [TCA], agosto 29, 2008. Sentencia n.º 227-2008 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I [TCA], febrero 20, 2020. Sentencia n.º 000182020 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II [TCA], agosto 31, 2020. Sentencia n.º 00071-2020 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV [TCA], abril 27, 2012. Sentencia n.º 00041–2012 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV [TCA], febrero 7, 2012. Sentencia n.º 00057–2012 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV [TCA], junio 23, 2008. Sentencia n.º 00415–2008 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV [TCA], julio 26, 2018. Sentencia n.º 00065–2018 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV [TCA], junio 29, 2020. Sentencia n.º 00065–2020 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV [TCA], octubre 27, 2020. Sentencia n.º 00115–2020 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V [TCA], setiembre 30, 2020. Sentencia n.º 00079–2020 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI [TCA], marzo 18, 2010. Sentencia n.º 01034–2010 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI [TCA], marzo 28, 2008. Sentencia n.º 00002–2008 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI [TCA], octubre 22, 2012. Sentencia n.º 233–2012 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI [TCA], septiembre 21, 2010. Sentencia n.º 03557–2010 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI [TCA], septiembre 28, 2018. Sentencia n.º 00119–2018 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII [TCA], agosto 28, 2009. Sentencia n.º 00089–2009 [CR].

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII [TCA], febrero 18, 2015. Sentencia n.º 00015–2015 [CR].

# CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: HACIA EL FUTURO DE LOS CONTRATOS COMERCIALES

Esp. Pedro Bernal Chaves Corrales\*

## RESUMEN

El siguiente artículo analiza los elementos y tipos de contratos electrónicos que permiten comprender el desarrollo del comercio electrónico en la actualidad, de forma que se presentan elementos análogos a la contratación mercantil tradicional, tales como el objeto, causa, consentimiento y pago, siendo las principales diferencias, los medios que se utilizan para ofertar y consentir la contratación. Comprendiendo el comercio electrónico como un área en constante evolución donde se interrelaciona una serie de actores y tecnologías, sin que exista un marco normativo regulatorio, se crea una gran incertidumbre jurídica que se contrapone a las mejoras en la economía global y a la reducción de costos de operación y facilidades para las personas usuarias.

Palabras clave: comercio electrónico, contratación por internet, firma digital, intercambio electrónico de datos, mensaje de datos, tecnologías de la información y comunicación.

## ELECTRONIC CONTRACTING: TOWARDS THE FUTURE OF CONTRACTS

## ABSTRACT

Analyse the elements and types of electronic contracts that make it possible to understand the development of electronic commerce at present; so that elements similar to traditional commercial procurement are presented, such as: the object, cause, consent and payment, the main differences being the means used to offer and consent to the procurement. Understanding e-commerce as an area of constant evolution in which a range of actors and technologies interrelate, without a regulatory framework, which creates a great deal of legal uncertainty in contrast to improvements in the global economy and the reduction of operating costs and user facilities.

Key words: e-commerce, internet contracting, digital signature, electronic data interchange, data message, information and communication technologies.

Recibido: 18 de junio 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

---

\* Licenciado y notario, profesor en la Universidad de Costa Rica, especialista en derecho comercial, pchaves@bufetechaves.com

El mundo está cambiando muy rápido. Ya no será el grande quien golpee al pequeño, será el rápido quien golpeará al lento.

**Rupert Murdoch**

## Introducción

La situación actual a causa de la pandemia por el virus del COVID-19 ha precipitado la implementación de nuevos medios de contratación, especialmente los que emplean Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's).

En ese sentido, el auge de la contratación electrónica, que se ha mantenido constante en los últimos años producto de la globalización, ha sufrido un exponencial incremento durante el 2020. Nuevas tecnologías, nuevas necesidades y nuevas ideas han permitido que el internet, entendido como aquella red global, cuyo fin primordial es el intercambio de información entre todas sus personas usuarias, facilite la realización de compra-venta de productos así como servicios a través de sistemas electrónicos (Asociación Española de la Economía Digital, 2012).

Es importante conocer la presencia del internet a nivel mundial, como medio facilitador del comercio electrónico. De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, la población mundial actual es de aproximadamente 7 700 millones de personas, de las cuales unas 4 660 millones cuentan con acceso a internet, lo que representa un incremento del 7,3% en comparación a años anteriores. Dicho crecimiento se debe no solo a la implementación de labores teletrabajables a causa de la pandemia, sino también a la reinención de las actividades comerciales, debido al cierre de los comercios y la implementación de protocolos de aislamiento y alejamiento social que, en principio, generó una disminución en la actividad comercial.

De esta forma, el internet se constituye en una herramienta a nivel mundial que permite variaciones en la comunicación y relaciones interpersonales y comerciales, específicamente cambios en la comunicación entre empresa y sus clientes, así como el funcionamiento interno de la empresa, es decir, entre la empresa y sus empleados, y la relación de esta con sus socios y proveedores.

Sumado a ello, las plataformas digitales tienen un alcance más allá del comercial, llegando incluso al ámbito socioeducativo, en el cual las medidas de distanciamiento han implicado la implementación de una serie de cambios y contratación de servicios proporcionados a través del internet.

Se vuelve indispensable abordar las innovaciones que traen consigo la suscripción de contratos que afectan a todas las áreas de la sociedad, desde el ámbito laboral, familiar y económicos.

A este punto, el E-commerce podría ser definido como “la integración dentro de la empresa de herramientas basadas en tecnologías de información y comunicación (denominadas por lo general software empresarial con el fin de mejorar su funcionamiento y crear valor para la empresa, sus clientes y sus socios)”. (Villagómez, 2017, sp).

Por su parte, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2013) ha señalado que el comercio electrónico “se caracteriza por el hecho de ser impersonal, ya que las partes no entran en contacto directo al momento de realizar la transacción, sino que lo hacen mediante canales informáticos mediante los cuales se transmiten los datos” (sp). En este sentido, el software empresarial es un soporte electrónico que favorece las relaciones entre empresas e individuos y que no solo se limita a empresas meramente virtuales, sino también hace factible que los negocios comerciales

tradicionales que podrían contar con una planta física los puedan poner en práctica.

Se vuelve imprescindible diferenciar entre contratos electrónicos y contratos informáticos, los primeros de acuerdo con Vega (2005) corresponden a “aquella contratación que se realiza de forma no presencial mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene su incidencia sobre la manifestación o formación de la voluntad o bien sobre la ejecución o interpretación futura del contrato” (p. 64); mientras que los segundos hacen referencia a la contratación de equipo (hardware) o servicios destinados al desarrollo de actuaciones mercantiles electrónicas.

En un principio, el comercio electrónico poseía como objetivo la creación de valor para la empresa desde distintos posibles resultados, aumentando los márgenes de ganancia a través de la reducción de los costos de operación y la apertura hacia nuevos mercados y clientes, además de la mejora en la calidad de los productos o servicios.

Sin embargo, al día de hoy, podría indicarse que su objetivo ha tomado otro enfoque, siendo su punto medular la satisfacción del cliente, buscando acortar distancias y ofreciendo una mayor atención a las consultas.

Cabe destacar que este tipo de comercio permite que el personal se motive aún más debido a una estrategia global que es tendiente a expandir el negocio, por lo que todas las personas participantes asumen diferentes responsabilidades.

Por otra parte, puede tener como resultado relaciones de privilegio con los socios, crear canales de comunicación con los proveedores y aumentar la capacidad de reacción ante imprevistos (Villagómez, 2017). Visto lo anterior, debe entenderse que el beneficio del valor brindado por el comercio a través de internet no

es solo para la empresa, sino también sus clientes y socios lo deben recibir.

## ¿Contratación por internet?

El comercio electrónico tradicionalmente ha sido comprendido como cualquier actuación comercial desarrollada por medio de internet. No obstante, estas requieren del cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades para categorizarse de esta forma. En este sentido, la pluralidad de ofertas y la aceptación de voluntades negociales son una manifestación más de la globalización, pues muchas de estas se constituyen actividades internacionales transfronterizas y transcomunitarias.

## Principios de la contratación electrónica

Illescas (2013) plantea el abordaje del comercio electrónico desde una serie de principios fundamentales que abarcan desde la información transmitida, los derechos preexistentes, así como la buena fe de los actores. Estos principios versan de la siguiente manera:

1. Equivalencia funcional entre actos electrónicos y actos autógrafos

La contratación por internet tiene elementos equivalentes a la contratación tradicional, de manera que:

*[...] la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa - o eventualmente su expresión oral - respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado. (Illescas, 2013, p. 127).*

A este respecto, es importante rescatar lo contemplado por la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995 que, en su apartado 11.2, hace especial referencia a este principio al señalar:

*La promesa podrá disponer, o el garante / emisor y el beneficiario podrán convenir en otra parte, que la devolución al garante emisor del documento que contenga la promesa, o algún trámite funcionalmente equivalente a esa devolución, de haberse emitido la promesa en forma que no sa sobre papel, será necesaria para la extinción del derecho a reclamar el pago [...] (ONU, 1995, sp).*

Por otra parte, en 1996, la Organización de las Naciones Unidas hizo de conocimiento público la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, como una forma de unificar las normativas sobre esta materia, destacándose en su artículo 5 y con respecto a los datos electrónicos que: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”. (ONU, 1996, sp).

De esta forma, toda transmisión de manera electrónica de datos como imágenes, sonidos, textos, entre otros, consiste en información, por lo que “[...] toda declaración prenegocial, negocial o post negocial efectuada por el emisor de un mensaje de datos se convierte en datos constitutivos de “información” en el sentido electrónico del término”. (ONU, 2005, sp).

## 2. Derecho preexistente de obligaciones y contratos

En este sentido, las negociaciones electrónicas presentan un “nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociables pero

no nuevo derecho regulador de las mismas y su significación jurídica”. (Illescas, 2013, p. 137). Ante lo cual, se conservan ciertos elementos esenciales del negocio jurídico como el consentimiento y objeto así como sus manifestaciones y defectos.

Se debe recalcar que una de las prácticas usuales dentro del comercio electrónico es el acuse de recibo, el cual permite evitar confusiones o lagunas, convirtiéndose en un instrumento referente a la seguridad de las relaciones precontractuales y contractuales llevadas a cabo por medio de sistemas informáticos. Esta es una novedad con respecto a las obligaciones civiles y mercantiles desarrolladas de manera presencial.

## 3. Neutralidad tecnológica

Illescas (2013) advierte una situación que impediría el desarrollo del comercio electrónico, la cual consiste en el surgimiento de nuevas tecnologías y formas de intercambio de información que no estarían expresamente reguladas. Ante ello, plantea el principio de neutralidad tecnológica, consistente en “abarcarse con sus reglas no sólo todas las tecnologías existentes en el momento en que se formulan sino también las tecnologías futuras sin necesidad de verse sometidas a modificación”. (Illescas, 2013, p. 145).

Es decir, es la creación de normativa de carácter general que prevea regulaciones para las tecnologías futuras, evitando con ello vacíos o lagunas jurídicas que creen situaciones de desprotección entre personas usuarias y proveedores, criterio que ha sido reforzado por la Organización de las Naciones Unidas, al indicar: “Cabe señalar que, en principio, no se excluye ninguna técnica de comunicación del ámbito de la Ley Modelo, que debe acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo”. (ONU, 1996, sp).

Un Ejemplos de esta nueva tecnología son el surgimiento de la firma digital que permite la expresión de voluntad de las partes intervinientes, sin la necesidad de estar presentes, así como las nuevas plataformas que permiten el intercambio de información, las cuales son de acceso libre a toda aquella persona con un dispositivo telemático y dentro de las que destacan las redes sociales.

#### 4. Principio de buena fe

Así como en la contratación física o presencial, el principio de buena fe se encuentra presente en la contratación por internet, constituyéndose en un elemento que forma parte de la inalterabilidad del derecho preexistente de las obligaciones privadas en el campo de la contratación electrónica, y se indica que “Dicha exigencia de conducta negocial y de interpretación contractual, obviamente, ha de mantenerse cuando la contratación en lugar de ser verbal o manuscrita se produce por vía electrónica”. (Illescas, 2013, p. 151).

El principio de buena fe no crea distinciones entre las partes intervinientes, por el contrario exige un comportamiento fiel y apegado a los más estrictos valores y convicciones éticas, no solo de las personas participantes, sino también de cualquier interviniente en la contratación, ya que, en ocasiones, los empresarios contratantes delegan en empleados o agentes comerciales el manejo de medios electrónicos que son requeridos y mantenidos por terceros.

#### 5. La libertad contractual en el nuevo contexto electrónico

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) promulgó una serie de principios denominados “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales”, y se destaca en su artículo 1.1 el siguiente “Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido”. (UNIDROI, 2004, sp).

Esta libertad es trasladada a los contratos por internet, estableciendo algunas excepciones que hacen referencia a la confidencialidad de los datos electrónicamente intercambiados con fines negociales, en el entendido de que no en todos los Estados, existe una libertad negocial, así como en lo que respecta al régimen de responsabilidad contraída por las partes contratantes electrónicamente y su disponibilidad contractual, ya que no siempre es posible establecer cláusulas de responsabilidad entre empresarios y personas consumidoras.

Actualmente, una de estas excepciones radica en el surgimiento de la firma digital, con respecto al establecimiento del prestador de servicios de certificación, el reconocimiento nacional de las firmas certificadas por estos prestadores y dicho reconocimiento a nivel internacional.

#### 6. ¿Electronificar el derecho?

Este planteamiento da respuesta a la necesidad apuntada por la comunidad internacional, sobre adaptar los textos de las convenciones preelectrónicas, de manera que sean uniformes en cualquier Estado que desee aplicarlas, por lo que, ante las dificultades para abordar todas las comunicaciones que pueden existir, la Organización de las Naciones Unidas promulgó en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, un artículo general que introduce las “Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales”, de manera que se emplean dos vías de electronificación de instrumentos preexistentes, versando el artículo en mención de la siguiente manera:

*Artículo 20. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales*

*1. Las disposiciones de la presente Convención serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte: Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958);*

*Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y su Protocolo (Viena, 11 de abril de 1980);*

*Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980);*

*Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena, 19 de abril de 1991);*

*Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 11 de diciembre de 1995);*

*Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001).*

*2. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán, además, a las comunicaciones electrónicas relativas a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable otra convención, tratado o acuerdo internacional, no mencionado expresamente en el párrafo 1 del presente artículo, en el que un Estado Contratante sea o pueda llegar a ser parte, salvo que dicho Estado haya declarado, de conformidad con lo previsto en el artículo*

*21, que no quedará obligado por el presente párrafo. (ONU, 2005, sp).*

Con este principio, se buscan la aplicación y la difusión de manera uniforme de las normas y disposiciones referentes al comercio electrónico, para lo cual es indispensable reconocer la presencia de sujetos denominados “gestores de redes”, como lo son los proveedores de servicios de internet y los que se consideran terceros ajenos a los contratantes. Existen distintos criterios extrajurídicos como son: la distancia por recorrer del mensaje electrónico comercial, la cantidad y calidad del equipamiento técnico de las partes que lo emiten o reciben, siendo mayor o menor el número de elementos que perfeccionan y ejecutan el contrato mercantil de manera electrónica (Illescas, 2013).

## **Elementos de la contratación electrónica**

Los contratos a través de internet poseen elementos que coinciden con los contratos mercantiles tradicionales, como por ejemplo: el consentimiento, objeto y causa, y por otro lado, cuentan con elementos propios del ámbito digital, los cuales se clasifican en subjetivos y objetivos.

### **1. Elementos generales de los contratos**

- **Consentimiento:** requiere la manifestación de voluntades de las partes intervinientes, las cuales se expresan por medio de la oferta y la aceptación de esta, siendo dicha aceptación el momento en que nace el contrato, lo que conlleva sus efectos jurídicos. Por lo general, son manifestaciones expresadas a través de medios electrónicos, y es indispensable conocer el momento y lugar en que se da dicho consentimiento, lo cual permitiría determinar la existencia de algún vicio en este.

- **Objeto:** debe ser lícito (estar dentro del comercio de los hombres), cierto, posible y tener valor pecuniario. En la contratación electrónica, predomina el carácter internacional, por lo que es común la existencia de negocios transnacionales y transfronterizos, ante lo cual en caso de conflictos y ejecuciones contractuales, le corresponde al juez o a la jueza determinar la compatibilidad del sistema jurídico según cada objeto, correspondiendo al derecho internacional privado. Además, las prestaciones a las que se obligan las partes no tienen que ser necesariamente materiales, ya que también pueden ser electrónicas.
- **Causa:** debe ser lícita y mantenerse vigente durante el proceso de contratación, manifestándose incluso mediante un medio electrónico.

## 2. Elementos subjetivos de los contratos por internet

Para Illescas (2013), la contratación electrónica se caracteriza por la pluralidad de sujetos, contando de esta forma con “distintos sujetos destinatarios de los mandatos y privilegios legales así como de los derechos y obligaciones contractualmente adquiridos en el marco jurídico del Comercio Electrónico” (p. 241). Por tanto, los principales elementos subjetivos de la contratación electrónica se categorizan en:

- **El iniciador o firmante del mensaje de datos:** el cual en consonancia con el artículo 2 inciso c) de la Ley Modelo de las Naciones Unidas, se define como:

*Iniciador de un mensaje de datos se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser*

*archivado, pero que no haya actuado a título de intermediario respecto a él. (ONU, 1996, sp).*

La identidad del iniciador debe estar dentro del texto del mensaje de datos, ya que es indispensable dado su valor probatorio. Sus actuaciones son por cuenta propia, sin importar si se trata de una persona física o jurídica, no pudiendo ser iniciador quien genera o envía mensajes de datos por cuenta ajena.

- **El destinatario del mensaje de datos:** La Organización de las Naciones Unidas ha definido como destinatario a “La persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él”. (ONU, 1996, sp).

De esta manera, todo destinatario cuenta con la obligación de conservar un estándar de diligencia para que la acción comercial fructifique. Un ejemplo de ello es mantener el equipo y la dirección electrónica en un óptimo estado operativo, para que los mensajes de datos que le sean dirigidos por potenciales iniciadores no se frustren como consecuencia de su incumplimiento.

- **Los intermediarios o prestadores de servicios:** los cuales pueden catalogarse de acuerdo con las prestaciones brindadas en intermediarios abiertos, cuyo acceso está destinado a todo eventual contratante electrónico que use un programa adecuado de libre disposición e intermediarios cerrados que cuentan con acceso solo para potenciales usuarios con fines negociales y que requieren un acuerdo técnico y contractual previo con el intermediario que se trate. En la actualidad, es posible contemplar cuatro clases de intermediarios a partir de los servicios que prestan:

- *Transporte de los MD desde el iniciador al destinatario,*
- *Prestación de acceso a las redes a través de las cuales dicho transporte es llevado a cabo.*
- *Servicios relacionados con o que añaden valor a dichos acceso o transporte o a cualquier actividad empresarial electrónicamente efectuada.*
- *Certificación de la Firme Electrónica avanzada o reconocida. (Illescas, 2013, p. 261).*

En resumen, un intermediario en comercio electrónico consiste en todo sujeto que intervenga en las actuaciones comerciales y que sea distinto al iniciador y destinatario de los mensajes de datos contractuales. Todo intermediario se compromete con la prestación de los servicios pactados, los cuales deberán ser remunerados por su contraparte, sea iniciador, destinatario u otro intermediario en el proceso.

- **Los certificadores de firma digital:** Si bien, el proveedor de servicios de certificación de firma digital es un intermediario en el proceso contractual, cabe hacer especial mención, dado el incremento exacerbado en el uso de esta forma de expresión de la voluntad a causa de la pandemia del COVID-19. Para comprender de una mejor manera qué se debe entender por proveedor de servicios de certificación, es imprescindible retomar lo indicado por el artículo 18 de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, Ley N.º 8454, el cual versa:

**Artículo 18.-Definición y reconocimiento jurídico.** *Se entenderá como certificador la persona jurídica pública o privada, nacional o extranjera, que emite certificados digitales*

*y está debidamente autorizada según esta Ley o su Reglamento; asimismo, que haya rendido la debida garantía de fidelidad. El monto de la garantía será fijado por la Dirección de Certificadores de Firma Digital y podrá ser hipoteca, fianza o póliza de fidelidad de un ente asegurador, o bien, un depósito en efectivo.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 3º, 9º y 19 de esta Ley, los certificados digitales expedidos por certificadores registrados ante la Dirección de Certificadores de Firma Digital, solo tendrán pleno efecto legal frente a terceros, así como respecto del Estado y sus instituciones. (Asamblea Legislativa, 2005, sp).*

### 3. Elementos objetivos de la contratación electrónica

Los elementos objetivos de la contratación a través de internet se pueden definir como aquellos “materiales-inmateriales- los cuales son susceptibles de empleo por los sujetos involucrados en el tráfico mercantil al objeto de llevarlo a término por vía electrónica”. (Illescas, 2013, p. 263). Los principales son los siguientes:

- **Mensaje de datos o archivo electrónico:** partiendo de la Organización de las Naciones Unidas, este es comprendido como:

*Por mensaje de datos se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. (ONU, 1996, sp).*

Se debe destacar que todo mensaje de datos se clasifica como información, sin importar su

contenido, de manera que abarca expresiones de voluntad, conocimientos científicos e, incluso, objetos inmateriales como programas informáticos.

Este tipo de información se caracteriza por emplear medios electrónicos, ópticos o similares, adquiriendo la categoría de mensaje de datos cuando efectivamente tiene lugar la declaración del emisor sobre el contenido de la información, siendo indispensable que se produzcan con uno o varios fines, simultáneos o sucesivos que pueden ser su generación, envío, recepción, archivo o comunicación.

Sumado a ello, el mensaje posee un carácter de bilateralidad en el ámbito comercial, ya que tiene un emisor y un destinatario. La decisión final de emplear la vía electrónica u otra distinta -manual u oral- con fines contractuales corresponde al emisor, el cual debe tener consciencia de la capacidad de recepción del mensaje por parte del destinatario. A este punto, se hace mención de una “bilateralidad tecnológica”, donde el mensaje se relaciona con dos personas o partes contractuales que deben tener las condiciones técnicas de acceder y tratar al mensaje.

- **La norma técnica de estructuración del mensaje de datos:** Los mensajes de datos que se emplean en la contratación electrónica y que “transmiten las voluntades negociales o prenegociales de quienes son sus emisores y destinatarios pueden configurarse de diversos modos y en virtud de diversos criterios”. (Illescas, 2013, p. 263).

A esto se hace referencia, cuando se indica que los contratantes tienen plena libertad, tanto de fondo como de forma, para configurar los mensajes de datos. Un ejemplo de ello es el uso del correo electrónico que se asimila a las

misivas o correspondencias manuales, de manera que el emisor del mensaje lo remite por medios electrónicos, estructurándolo de forma similar a una carta.

Cabe distinguir entre la libertad de configuración brindada al iniciador del mensaje de datos en el intercambio electrónico de datos (electronic data interchange o EDI), la cual es casi nula, pues se restringe a la determinación del contenido de los blancos que presenta el mensaje predeterminado y que adquiere integridad una vez completados, a diferencia de los mensajes de datos que solo otorgan derechos y obligaciones entre partes, si se constituyen perfectos EDI. Es decir, cuando hay un contrato de uso de la norma técnica específica, este tuvo que ser previo a la emisión del mensaje, obligando con esto a los contratantes al uso conforme a los requerimientos planteados que implica asegurarse de que el hardware y el software son necesarios para su utilización.

En este punto, surgen los e-marketplaces como entornos cerrados y cuyo uso exclusivo fue pactado entre los diferentes operadores. De acuerdo con Illescas (2013), los e-marketplaces parten del supuesto de que:

*La norma técnica cierra el entorno jurídico y comercial en el que los MD se intercambian y ello con independencia de la índole abierta de la red o redes a través de las cuales los mensajes circulen - Internet, redes privadas o líneas punto a punto-. En efecto, si un género de comercio o un género concreto de operaciones comerciales se estandariza conforme a una norma técnica, quien quede al margen de la norma estructurada no puede intervenir en ese concreto tráfico, en tanto en cuanto no convenga en su uso quedando el tráfico restringido a quienes participan en el contrato de uso de la norma técnica de estructuración. (p. 178).*

Se observa la exclusión por parte de la norma técnica de todas aquellas personas (físicas o jurídicas) que no se encuentran sometidas a ella, sin importar si dicha sumisión se realiza de manera voluntaria o involuntaria.

No obstante, las normas técnicas no son indispensables para la estructuración de los mensajes de datos, en el entendido de que muchas personas empresarias realizan su actividad comercial sin poseerlas. El simple pacto entre participantes que utilizan la norma técnica es la fuente de obligación sobre el uso de dicha norma para el negocio específico que se trate, poseyendo un carácter de discrecionalidad.

- **La firma digital:** Consiste en el elemento objetivo más importante del comercio electrónico. Tanto la firma digital como la encriptación de mensajes de datos con ella firmados permiten mayor seguridad y privacidad en el comercio. Sus principales funciones radican en lo siguiente:
  - *De identificación y atribución del mensaje y de la información contenida en el mensaje - indicación del origen y de la voluntad del iniciador firmante.*
  - *De privacidad - cifrado del mensaje y del nombre del firmante.*
  - *De seguridad e integridad - evidencia de la apertura o alteración del mensaje entre el momento de su emisión firmada y el de su llegada a su destinatario. (Illescas, 2013, p. 185).*

Al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2009) ha resaltado la importancia de la firma digital, al señalar:

*En particular y sin que conlleve la exclusión de otros actos, contratos o negocios jurídicos, la utilización de documentos electrónicos es válida para lo siguiente: a)*

*La formación, formalización y ejecución de los contratos. [...] No se podrán consignar en documentos electrónicos: a) Los actos o negocios en los que, por mandato legal, la fijación física resulte consustancial [...]. De lo anterior se desprende que, para todos los efectos pertinentes, los documentos electrónicos se asimilan a los escritos. (sp).*

- **Sistemas de información:** son aquellos que permiten la generación, circulación y entrega a su destinatario de los mensajes de datos. En caso de inexistencia, mal funcionamiento o interrupción, implicaría imposibilidad material de desarrollar las actuaciones comerciales electrónicas. El artículo 2, inciso f) de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico define “por sistema de información se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos. (ONU, 1996, sp).

Existe gran variedad de ejemplos de sistemas de información, se destacan el equipo del emisor del mensaje de datos, el equipo del destinatario receptor del mensaje y los equipos utilizados por terceros involucrados en la circulación del mensaje de datos.

Los sistemas de información pueden manifestarse de dos formas, la primera de ellas como agente electrónico, quien es el que “*contrata electrónicamente de manera automática siempre que los parámetros de las ofertas que recibe se muevan dentro de los límites máximos de contratación establecidos en el programa que lo mueve*”. (Illescas, 2013, p. 180). Y, además, como sistema de información designado que aplica la “*doctrina de la perfección negocial y de los efectos contractuales de los MD a un caso*

*específicamente establecido en oferta o contraoferta de contrato electrónico: el caso único en que tenga lugar la relación física del mensaje con un concreto sistema de información designado”. (Illescas, 2013, p. 180).*

Desde el punto de vista jurídico, es indispensable contar con una amplia regulación de los sistemas de información, de manera que se pueda asegurar su control, fiabilidad y capacidad de recuperar los mensajes que en ellos han circulado, rescatándose que quien emplea los sistemas de información con fines comerciales será la persona a la que se le podrán imputar los efectos del contrato, o bien, a quien se encuentre debidamente autorizado para establecer relaciones contractuales con terceros.

- **Redes de transmisión de datos:** Consisten en la forma de comunicación de los equipos telemáticos utilizados para la circulación de mensaje de datos:

*[...] haciendo llegar las voluntades negociales desde el oferente al aceptante o contraoferente y de tal modo conduciendo a la perfección electrónica del contrato. Su ejecución eventualmente también podrá ser efectuada íntegra o parcialmente mediante el envío de MD que circulan por redes y no necesaria y exclusivamente entre las partes del contrato cuya consumación se lleva a cabo (envío de la cosa vendida a través de la red cuando su naturaleza lo permita - un bien inmaterial de propiedad intelectual, por ejemplo- y el pago de su precio con medios electrónicos e intervención de terceros. (Illescas, 2013, p. 230).*

Para el uso de las redes de transmisión de datos, se requiere que terceros (que pueden ser o no los operadores de estas) habiliten (gratuita u onerosamente) a los contratantes electrónicos, de manera que las utilicen con fines precontractuales y contractuales, siendo común que grandes compañías de telecomunicaciones las operen universalmente.

La interconexión ha dado origen al internet, y su fácil acceso ha generado que el comercio electrónico se desenvuelva en un entorno abierto; es decir, eliminando esa barrera que parecía infranqueable, en la cual solo grandes empresarios podían gozar de un privilegio con respecto al acceso a redes que se consideraban privadas y que canalizaban acciones comerciales dentro de un entorno cerrado.

En la actualidad, es posible identificar entornos privados y públicos, sin embargo, poseen un alto grado de semejanza, especialmente en los sistemas de seguridad mediante software o utilización de tecnologías idóneas.

A nivel nacional, la Ley General de Telecomunicaciones define la red de comunicaciones y, por ende, de transmisión de datos, de la siguiente manera:

*[...] sistemas de transmisión y demás recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios radioeléctricos, con inclusión de las redes satelitales, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos o de paquetes, incluida Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, utilizadas para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada. (Asamblea Legislativa, 2008, sp).*

## Características esenciales de la contratación electrónica

Por lo general, la contratación a través de medios telemáticos emplea contratos de adhesión, razón que justifica que no exista un nivel de igualdad para negociar entre las partes. Ejemplos de ello son los contratos clickwrap donde “el oferente impone sus condiciones a los consumidores o destinatarios quienes deben aceptarlas, si pretenden contratar”. (Vega, 2005, p. 46).

Sumado a esto, el medio de comunicación que se utiliza es una infraestructura electrónica que permite una “comunicación casi instantánea entre dos o más personas ubicadas en distintos puntos geográficos” (Vega, 2005, p. 46), lo que trae consigo la creación de un ciberespacio donde se desarrolla una multiplicidad de actuaciones comerciales, sin que exista de forma física un establecimiento comercial. Esta razón justifica el crecimiento constante y vertiginoso de este tipo de comercio que propicia un acceso a bienes y servicios desde cualquier punto geográfico según las necesidades y gustos de los clientes.

Dada la atipicidad de este tipo de contratos, estos no pueden ser equiparados a la contratación mercantil tradicional, en el entendido de que, por su carácter internacional, existe un alto grado de dificultad en la promulgación de normativa que aborde aspectos más allá de la jurisdicción de un Estado. A este respecto, deviene en necesario considerar que “muchas veces la dirección IP del nombre de dominio de las partes no corresponde con la ubicación real o física de las mismas”. (Cruz & Zamora, 2013, p. 48).

Adicionalmente, los contratos electrónicos propician la implementación de nuevas tecnologías, las cuales vienen a sustituir elementos propios de la contratación mercantil tradicional, como lo son: la firma digital que suplanta la firma autógrafa y la facturación electrónica que

ha desplazado al recibo o a la factura impresa asignándole el mismo valor probatorio, y se señala que se permite:

*[...] el uso en Costa Rica de la factura electrónica como documento tributario con validez fiscal, y fue actualizada por la resolución DGT-02-09” donde en la última define la factura fiscal como “documento comercial con efectos tributarios, generado, expresado y transmitido en formato electrónico. (Cruz & Zamora, 2013, p. 58).*

## Etapas de la contratación electrónica

Al igual que todo contrato mercantil tradicional, la contratación electrónica requiere de una serie de etapas que permiten el surgimiento de un contrato válido y eficaz. A pesar del poco desarrollo a nivel costarricense, de jurisprudencia referente al comercio electrónico, es posible determinar algunas de estas etapas en la resolución n.º 00215 – 2014 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la cual versa:

*En particular y sin que conlleve la exclusión de otros actos, contratos o negocios jurídicos, la utilización de documentos electrónicos es válida para lo siguiente: a) La formación, formalización y ejecución de los contratos [...]”. En la sentencia no. 000513-F-S1-2009, de las 10 horas del 27 de mayo de 2009, esta Sala fue clara al manifestar al respecto, que “para todos los efectos pertinentes, los documentos electrónicos se asimilan a los escritos [...] no se resolvió contra las disposiciones legales que se acusan conculcadas, no se actuó contra norma alguna, ni se avaló un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, únicamente se le concedió a los documentos electrónicos el valor que poseen a fin de tener por acreditado que, en su*

*momento las partes externaron libremente su voluntad [...]. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, 2014, sp).*

Ante ello, se pueden enlistar etapas generales que son imprescindibles en el desarrollo de la contratación electrónica:

1. **Formación del consentimiento:** comprendido como el intercambio de voluntades que se desarrolla de manera electrónica. En este sentido, Cruz & Zamora (2013) mencionan que “lo habitual será una sucesión de declaraciones de voluntad electrónicas de contenido negocial que las partes irán intercambiando hasta concretar definitivamente los términos del contrato sobre los que han de manifestar su consentimiento”. (p. 63).

Esta etapa determina el momento a partir del cual surgen a la vida jurídica los derechos y obligaciones y el momento a partir del cual pueden ejercitarse o ser demandados por las partes contratantes. Es indispensable mencionar que el oferente no puede retractarse de su oferta, por lo cual se computa el plazo de prescripción o caducidad de las acciones que correspondan. El artículo 444 del Código de Comercio considera:

**ARTÍCULO 444.-** *El contrato quedará perfecto desde el momento en que, dentro de los términos indicados en el artículo anterior, el proponente reciba comunicación de la otra parte aceptando pura y simplemente. Si la contestación contuviere algunas modificaciones o condiciones, el contrato no se perfeccionará hasta tanto el proponente original no acepte los cambios y así lo haga saber. Esa contestación, por*

*su parte, producirá el perfeccionamiento del contrato, cuando llegue a poder del posible comprador. (Asamblea Legislativa, 1964, sp).*

Dado que el contrato se perfecciona a partir del momento en que el proponente recibe la comunicación de la contraparte que acepta de manera pura y simple, este período de contestación se ve reducido dada la inmediatez de las redes de transmisión de datos que permiten respuestas en cuestión de segundos, por lo cual se debe ser cauteloso a la hora de contratar.

2. **Oferta:** Entendida como la propuesta de un contrato por parte de un comerciante a un cliente, de manera que “el contrato se inicia mediante la propuesta –policitación– de una de las partes, y se consuma por la aceptación de la otra”. (Cruz & Zamora, 2013, p. 67). En consonancia con el artículo 1010 del Código de Civil, el cual apunta:

**ARTÍCULO 1010.-** *El que hace una proposición puede retirarla mientras no haya sido aceptada por la otra parte ; pero el contrato propuesto será válido si la persona a quien se hizo la proposición, la acepta puramente antes de tener noticia de que había sido retirada.*

*Cuando la aceptación involviere modificación de la propuesta o fuere condicional, se considerará como nueva propuesta. (Asamblea Legislativa, 1888, sp).*

La oferta puede ser realizada de palabra, de forma escrita o, incluso, de la deducción de los hechos. Sin embargo, por tratarse de contratos electrónicos, lo usual es que se desarrollen

de manera escrita, indicando aspectos como: datos personales del proveedor, duración de la oferta, descripción de los artículos, tipo de cambio monetario u otros. La oferta puede extinguirse por:

- *El rechazo por parte del destinatario que se comunica al oferente.*
- *Si se extingue el plazo por el que se propuso.*
- *Si el oferente la revoca legalmente.*
- *Si existe una causa de extinción resolutoria de la eficacia.*
- *En caso de un incumplimiento imposible.*

En el caso de la contratación electrónica, es necesario recordar que la mayoría de ofertas corresponden a contratos de adhesión, en los cuales no cabe posibilidad de negociación entre las partes.

3. Aceptación: Es consistente con la declaración de voluntad, por medio de la cual el destinatario de la oferta muestra su conformidad con respecto a esta, deviniendo en necesario una correspondencia entre oferta y aceptación, la cual debe ser definitiva, simple y pura sin condiciones. La manifestación recepticia puede presentarse de diferentes formas, como por correo electrónico o dando clic en “Aceptar”, exteriorizándose en los términos señalados por el oferente (Cruz & Zamora, 2013). El contrato electrónico es “un contrato a distancia entre ausentes”, por lo cual tiene cabida la teoría de recepción de la aceptación, en la que el oferente tiene conocimiento de esta.
4. Perfeccionamiento del contrato: Para Cruz & Zamora (2013), consiste en “el momento de acuerdo entre partes según el medio de manifestación de la voluntad (no

en el de entrega de contraprestaciones)” (p. 77). A este respecto, cabe recordar que las condiciones generales del contrato electrónico usualmente se establecen de forma unilateral, incluyéndose en la oferta inicial, por medio de un contrato previo o como una sección específica de condiciones generales dentro del texto del contrato suscrito por las partes contratantes.

El acuse de recibo en la contratación electrónica se califica como un medio de prueba por medio del cual el emisor declara, mediante un mensaje electrónico, la recepción del mensaje remitido por el destinatario.

5. El pago: En contratación electrónica existen múltiples medios de pago, desde las tarjetas de crédito y débito, hasta sistemas de pago en línea como PayPal, pasando por las transferencias bancarias e, incluso, las criptomonedas de más reciente aparición. Dentro de los principales de pago, se debe hacer mención a:

- Tarjetas de crédito: definidas como:

*[...] convenio por el cual una empresa especializada (bancaria o financiera) conviene con otra (el cliente) en la apertura de determinado crédito, para que esta, exhibiendo el instrumento crediticio que se le provee (tarjeta de crédito) y acreditando su identidad, adquiera bienes o servicios en los comercios que se le indican. (Cruz & Zamora, 2013, p. 83).*

Comparadas con la carta de crédito, en la cual una persona da a otra dinero por cuenta del que suscribe la carta, las tarjetas de crédito involucran una serie de sujetos o actores dentro de los que se destacan: el tarjetahabiente, titular de la tarjeta, quien la usa y se responsabiliza por esta; el emisor,

que es la entidad financiera que hace efectivo el pago; los usuarios adicionales o beneficiarios de extinciones que poseen características idénticas a las del titular, por lo que pueden realizar operaciones con el dinero plástico; proveedores, comercios adheridos o afiliados, que son aquellos que proporcionan bienes y servicios aceptando el sistema de tarjetas; servidores internacionales, que son empresas como VISA o Mastercard, que poseen un carácter transnacional y se encargan de temas como la seguridad de las transacciones con tarjetas de crédito; fiador, quien asume solidariamente en el contrato con el tarjetahabiente, las obligaciones que se derivan.

- **Tarjetas de débito:** Permiten operaciones comerciales en las cuales no se adquiere una deuda con una entidad financiera, sino que se cancela de contado con los fondos del tarjetahabiente, descontando el dinero una vez realizado el pago, y la entidad financiera se compromete a facilitar estas operaciones, siempre y cuando el titular posee suficientes fondos para su realización.
- **Sistemas de pago en línea:** el más conocido de estos es PayPal, se definen como:

*“un sistema de cuentas de correo electrónico en que el usuario se registra previamente, Paypal permite enviar pagos de forma segura a otra persona o empresa que disponga de una dirección de correo electrónico, utilizando para ello su tarjeta de crédito o cuenta bancaria. La red de Paypal se apoya en la infraestructura financiera existente de cuentas bancarias y tarjetas de crédito. PayPal gestiona los datos financieros del comprador y del vendedor. (Cruz & Zamora, 2013, p. 86).*

Estos sistemas han permitido el crecimiento de grandes empresas que ofrecen bienes y servicios electrónicos, como lo es Amazon, empresa estadounidense cuyas ganancias para el trimestre enero-marzo 2021 ascienden a 8 107 millones de dólares (*El Periódico*, 2021) y que poseen un alto impacto en la economía global.

- **Monederos electrónicos:** consisten en tarjetas con microchips incorporados que pueden utilizarse con un monto de dinero específico, ejemplo de ello es el Sistema e-Cash que posee un sistema de pago basado en un *software* que permite a los usuarios enviar dinero electrónico a sus proveedores económicos desde cualquier computadora conectada a una red de comunicación de datos. Para usarla, es indispensable que las partes abran una cuenta en cualquier entidad financiera que emita dinero electrónico con este sistema, y una vez creada una cartera para el usuario, este pueda disponer de ella.
- **Transferencias electrónicas de fondos:** Estas han obtenido una amplia popularidad gracias a la implementación de aplicaciones móviles por parte de las diferentes entidades financieras. De esta forma, el cliente de la entidad gira la orden de transferir una suma bancaria a otra persona (beneficiaria), ya sea a una cuenta de dicha entidad o ajena a esta.
- **Sistema Nacional de Pagos Electrónicos (SINPE):** Cabe hacer una especial mención a la plataforma SINPE móvil, la cual ha reducido los costos a la hora de realización de transferencias bancarias, simplificando las relaciones comerciales, cuyo pago puede realizarse incluso por medio de un mensaje de texto. De acuerdo con el Banco Central de Costa Rica (BCCR), puede definirse como una plataforma que:

[...] conecta a entidades financieras e instituciones públicas del país a través de una red privada de telecomunicaciones, la cual les permite realizar la movilización electrónica de fondos entre cuentas clientes y participar en los mercados de negociación que organiza el Banco Central de Costa Rica mediante esa plataforma. (BCCR, 2021, sp).

## Tipos de contratos electrónicos

Existe una gran cantidad de contratos electrónicos que dependen de las particularidades en su conformación, así como del contenido de estos. Por esta razón, pueden clasificarse de la siguiente manera:

1. Por la forma en que se presenta la oferta: Depende de la manera en que se materializa la oferta o de cómo el usuario entra en contacto con esta, presentándose diferentes opciones:
  - **Contratos por correo electrónico**: en este, es el prestador de servicios o bienes, quien remite la oferta a su contraparte por medio de un mensaje electrónico, utilizando el sistema de tratamiento de mensajes por lo que “Cuando el sistema reciba la orden de enviar lo hará llegar al buzón del destinatario, y la persona misma conocerá del mensaje tan pronto consulte su cuenta de correo electrónico; es por lo tanto rápido mas no instantáneo”. (Cruz & Zamora, 2013, 43). Estas ofertas son popularmente conocidas como “spam” y, en diferentes servicios de correo electrónico, se clasifican en secciones de promociones u otros, diferenciándose de los mensajes de correo que poseen un carácter personal.

- **Contratos por la web**: En el caso de los y las comerciantes que cuentan con tiendas virtuales donde ofrecen un catálogo de productos o servicios para que las personas consumidoras puedan acceder a estos, a través de una serie de pasos, como lo son: agregar al carrito y proceder con el pago, de manera que “El consumidor, una vez que ha consultado la página, puede adquirir algún producto o servicio mediante la pulsación del botón ACEPTAR. Esta comunicación es casi instantánea”. (Cruz & Zamora, 2013, 44). Y, gracias a la instantaneidad de las transacciones y el acceso a empresas de envío de paquetería tanto nacionales como internacionales, permite un comercio sumamente ágil.

- **Negociaciones uno a uno**: Si bien, anteriormente se consideraba como negociación uno a uno:

*aquel a través del cual se realizan contactos directos de persona a persona por medio del correo electrónico, en donde la voluntad se expresa en momentos diferidos y luego constará en uno o más documentos, es decir, en los correos electrónicos que van y vienen entre las partes, siendo esta una contratación consensual sin necesidad de formalidad alguna más allá del acuerdo entre las partes. (Cruz & Zamora, 2013, 95).*

En la actualidad, dicho medio de contratación emplea otros a través de mensajería electrónica como son aplicaciones, tales como WhatsApp e, incluso, redes sociales en las cuales se encuentra el perfil de tiendas en línea, por ejemplo, Facebook e Instagram.

- **E-Marketplaces:** Son aquellos sitios de intercambios de bienes y servicios con reglas preestablecidas, en el cual toda persona usuaria que cumpla con las reglas en mención puede ofrecer sus productos a una infinidad de participantes.
2. Por su forma de ejecución:
- **Contrato electrónico directo (*on line*):** En estos la negociación versa sobre bienes intangibles como libros electrónicos o programas informáticos, los cuales pueden ejecutarse en la misma red.
  - **Contrato electrónico indirecto (*off line*):** La negociación versa sobre bienes tangibles, por lo que se requiere de servicios de mensajería para su entrega efectiva, como Aeropost o Correos de Costa Rica.
3. Por forma de expresar su consentimiento:
- **Contrato electrónico Click Wrap:** Previamente mencionados, corresponden a contratos de adhesión o términos de uso no negociables y en los cuales el consentimiento se expresa al *clickear* la palabra “Aceptar” o su sinónimo.
  - **Contrato electrónico Browse Wrap:** En este tipo de contrato, los términos legales se exhiben en una sección de la página web, consintiéndose al dar apertura al documento digital.
  - **Contrato electrónico Shrink Wrap:** Este tipo de contratos es poco común, pues las personas usuarias aceptan las cláusulas contractuales, al realizar la apertura del producto.
4. Por las partes intervinientes en el contrato electrónico: De acuerdo con Cruz & Zamora (2013), estos contratos pueden ser:
- **Contrato electrónico B2A (Business to Administrations).** Incluye todas las transacciones económicas entre compañías privadas y entidades públicas.
  - **Contrato electrónico B2B (Business to Business).** Se realiza entre empresas del sector privado para intercambiar bienes y servicios.
  - **Contrato Electrónico B2C (Business to Consumer).** En la actualidad, es muy común y corresponde a la negociación entre empresas y consumidores. Generalmente es un contrato desregulado que proviene de la innovación comercial.
  - **Contrato electrónico A2C (Administration to Consumer).** Aborda la negociación entre la Administración Pública y particulares, por lo cual se emplea el régimen de contrataciones administrativas y materia tributaria.
  - **Contrato Electrónico B2E (Business to Employed).** Es un contrato laboral en forma electrónica que se da entre empresa y personas trabajadoras.
  - **Contrato Electrónico C2C (Consumer to Consumer).** Está suscrito por personas consumidoras mediante mercados virtuales, en los cuales una persona usuaria expone su producto y recibe ofertas tipo subasta y regateo. De esta manera, el servidor electrónico se convierte en un intermediario que ofrece el espacio entre las personas consumidoras.

5. Por el ámbito de contratación:

- **Nacional o interno:** En este, la prestación de bienes y servicios entre personas consumidoras y operadores económicos se da dentro del mismo Estado.
- **Internacional:** La formación y ejecución de los contratos se originan de manera transfronteriza, es decir, más allá del Estado en que se encuentre una de las partes.

6. Por el entorno tecnológico:

- **Abiertos:** Corresponden a aquellos contratos perfeccionados y ejecutados en redes electrónicas abiertas como internet.
- **Cerrados:** En esta categoría, solamente pueden operar aquellas personas comerciantes y usuarias que fueron previamente habilitadas con un acceso a la plataforma, como ocurre con los Electronic Data Interchange (EDI).

Es importante hacer mención a un tipo de contrato que se encuentra en la gran mayoría de dispositivos telemáticos y que, en ocasiones, es ofrecido por los servicios de correo electrónico como es el “contrato de servicios en la nube” (cloud services o Cloud Computing). Este revoluciona la infraestructura de tecnologías de información y responde a los cambios socio-demográficos (globalización), económico-financieros y de tecnologías. La nube se entiende como “capacidades de sistemas masivamente escalables que se entregan como un servicio a usuarios externos usando tecnologías de internet”. (Management Solutions, 2012, p. 7). Por esta razón, logran diferenciarse tres modalidades de servicios ofrecidos mediante la nube:

- **Plataforma como servicio (PaaS):** En este, el cliente utiliza un entorno destinado al desarrollo de aplicaciones informáticas, es decir, de *software*, y el proveedor del servicio es quien deba proporcionar la red, los servidores y el almacenamiento que sean necesarios. Un ejemplo a nivel costarricense, se contempla en la resolución n.º 00015 – 2020 del Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII, la cual versa:

*[...] ambas asumieron compromisos recíprocos, mediante el cual, la ESPH S.A. se comprometió en brindar unos servicios a COOPETICO R.L., consistentes en proporcionar una Plataforma como Servicio (PaaS) para utilizar el servicio de infocomunicación ESPH IBUX-DISPATCH, el cual permitiría conocer la posición geográfica aproximada de personas para la Cooperativa de Transportes y Servicios Múltiples de Taxistas RL, que implicaba a su vez el aprovisionamiento, implementación, soporte y administración, por un período inicial de doce meses, mediante la figura de servicios administrados. Asimismo, como contraparte y retribución por los servicios brindados, los suscribientes convinieron de común acuerdo, en que COOPETICO R.L. realizaría los pagos de manera mensual por doce meses, con prórrogas anuales, los cuales debía efectuar dentro de los treinta días días naturales siguientes a la fecha en que recibiera la correspondiente factura por parte de la ESPH S.A. (Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII, 2020, sp).*

- **Software como servicio (SaaS):** En este modelo de contratación, el cliente no se encarga del desarrollo de aplicaciones, sino que estas son proporcionadas por el proveedor a través de entornos tecnológicos, por lo general abiertos, como internet. Este

tipo de contratos requieren de regulaciones especiales, ya que los datos empleados por las personas usuarias se alojan en los servidores del proveedor de servicios en la nube, pudiendo ser accedidos por el cliente mediante su navegador web.

- **Infraestructura como servicio (IaaS):** Dentro de las facilidades que ofrece este servicio se encuentran un medio de almacenamiento básico y una serie de capacidades de cómputo en la red, teniendo como ejemplos: One drive, Dropbox y Google Drive. Las ofertas de estos servicios se presentan por medio de versiones gratuitas de prueba, con un límite en la capacidad de almacenaje, de manera que, una vez alcanzado dicho límite, la persona usuaria consienta en adquirir el servicio y, por ende, una mejora en las capacidades de almacenamiento y acceso a plataformas o aplicaciones que han sido desarrolladas por el mismo oferente. Para esto se emplean sistemas operativos virtualizados y servidores ubicados en la nube a los que la persona usuaria accede a través de la red.

La prestación de servicios en la nube trae consigo una serie de implicaciones legales, debido a los riesgos en el manejo de los datos y las jurisdicciones involucradas, al respecto se pueden destacar:

**Revelación de datos a partes no deseadas:** *(por clientes que comparten hardware físico, por eso el proceso de seguridad tiene prioridad alta).*

**Cambios de jurisdicción:** *puede tener alto riesgo si los datos de los clientes se albergan en múltiples jurisdicciones.*

**Protección de datos:** *el principal responsable del procesamiento de datos personales es el cliente de la nube. Ante incumplimiento*

*de protección de datos, se puede acarrear sanciones administrativas, civiles y penales. Condiciones establecidas en acuerdos y/o licencias: habitualmente son contratos de adhesión donde los proveedores de servicios de la nube imponen sus propias condiciones. Deberían incluir una cláusula específica en el contrato para aclarar las condiciones para la prestación del servicio, así como para su resolución y permitir que se realicen auditorías según lo solicite el cliente. (Management Solutions, 2012, pp. 15-16).*

A nivel costarricense, la contratación electrónica ha presentado un amplio desarrollo. Sin embargo, las regulaciones normativas no han sido promulgadas con igual rapidez, por lo cual es inevitable recurrir a las regulaciones presentes en normativa comercial internacional como: la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

Si bien los documentos electrónicos encuentran su respaldo y validez en la Ley General de Telecomunicaciones que define los servicios de información, el Código Procesal Civil que los contempla como elementos probatorios, la Ley de Registro, Secuestro, Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones e, incluso, en el Dictamen 283-98 de la Procuraduría General de la República y el Código de Comercio que regula de manera vaga los aspectos referentes a la firma digital que se complementan con la Ley General de Aduanas, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional y su Reglamento que se basan en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos

Personales y el Código Civil, existen grandes vacíos jurídicos con respecto a otros aspectos del comercio electrónico, lo cual se refleja en el nulo abordaje a nivel jurisprudencial de estos y que ha sido reiterado por la Procuraduría General de la República (PGR), al emitir su criterio sobre el proyecto de Ley de Comercio Electrónico, señalando:

*Si bien existe legislación nacional aplicable a las relaciones comerciales en el mundo virtual, son totalmente insuficientes, no son especializadas y además se encuentran dispersas en varias leyes, todas ellas citadas en esta opinión, pero no en un cuerpo normativo unificado. También es notoria la utilización de la Ley Modelo de Uncitral sobre Comercio Electrónico, como formato en la redacción de varios artículos del proyecto, lo que puede interpretarse como mayor solidez en las recomendaciones que brindan las Naciones Unidas. (PGR, 2019, sp).*

Es por esto que, en el caso de conflictos surgidos por actuaciones comerciales electrónicas internacionales, privan las reglas del derecho internacional privado, siendo factible la aplicación de procesos de arbitraje tradicional (que previamente hayan sido convenidos por las partes, con la definición de la sede arbitral) como medio de resolución de eventuales desavenencias o, inclusive, el desarrollo de procesos de arbitraje on line o ciberarbitraje, llevándose a cabo mediante comunicaciones en línea y haciendo uso de plataformas interactivas.

Bajo esta línea, el comercio electrónico se convierte en un espacio de experimentación de nuevas formas contractuales que cuenta con poca o nulas regulaciones y donde las jurisdicciones nacionales se quedan cortas ante la inmediatez en el uso de los sistemas informáticos de comunicación.

## Conclusiones

El comercio electrónico ha ido en incremento desde la última década, sufriendo un exponencial incremento producto de las medidas adoptadas por los diferentes Estados, debido a la pandemia por el virus del COVID-19, las cuales junto al avance tecnológico han encontrado la necesidad de adoptar conceptos tradicionales del derecho a la realidad jurídica virtual.

Con respecto a la contratación por medio de computadoras y la contratación a través de internet, cabe recalcar que su principal diferencia consiste en los bienes y servicios que ofrecen. La contratación por medio de computadoras hace referencia a los bienes y servicios con respecto al equipo de cómputo o informático, mientras que la contratación a través de internet consiste en el intercambio de bienes o servicios mediante la electrónica y sus instrumentos; es decir, la contratación de cualquier bien o servicio imaginado a través de un medio electrónico o telemático.

La contratación electrónica presenta los mismos elementos que la contratación tradicional, como lo son el objeto, duración determinada, pago y una serie de garantías. No obstante, sus diferencias pueden residir en los medios que se utilizan para el desarrollo de la contratación y su formalización.

La autonomía de la voluntad es esencial en la formación de un contrato, pero en los contratos de adhesión (contratación predispuesta), esta se ve limitada, ya que la persona usuaria solo puede aceptar o no el contrato unilateral del que ofrece el servicio o producto. Sin embargo, es una tendencia en aumento, producto de las contrataciones por medio del cliqueo (clickwrap agreements), siendo vital la existencia del principio de buena fe.

En la contratación a través de internet, cabe resaltar la implementación de mensajes de datos o documentos electrónicos que vienen a sustituir el respaldo en físico con que cuenta la contratación tradicional. Esto permite una mayor seguridad, debido al respaldo del documento, así como el lenguaje oculto en que este puede encriptarse.

En definitiva, el comercio electrónico se constituye en un área en desarrollo que, con una adecuada regulación y las tecnologías idóneas, puede generar una mejora en la economía global, reduciendo los costos de operación de las actividades comerciales y eliminando las barreras geográficas que limitaban a la persona destinataria de bienes y servicios.

### Referencias bibliográficas

- Asamblea Legislativa. (1888, septiembre). *Código Civil, Ley Número 63*. En: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437) [Consultado 4 de junio de 2021].
- Asamblea Legislativa. (1964, abril). *Código de Comercio, Ley Número 3284*. En: [http://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) [Consultado 4 de Junio de 2021].
- Asamblea Legislativa. (2005, agosto). *Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, Ley Número 8454*. En: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=55666](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=55666) [Consultado 3 de junio de 2021].
- Asamblea Legislativa. (2008, junio). *Ley General de Telecomunicaciones, Ley Número 8642*. En: [http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=63431&nValor3=91176&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=63431&nValor3=91176&strTipM=TC) [Consultado 1 de junio de 2021].
- Asociación Española de la Economía Digital (ADIGITAL). (2012). *Libro blanco del comercio electrónico: Guía práctica de comercio electrónico para Pymes*. Recuperado de: [https://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/243/8/AECEM\\_Libro\\_Blanco.pdf](https://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/243/8/AECEM_Libro_Blanco.pdf)
- Banco Central de Costa Rica. (2021). *Sistema Nacional de Pagos Electrónicos (SINPE)*. En: <https://www.bccr.fi.cr/sistema-de-pagos/informaci%C3%B3n-general> [Consultado 1 de junio de 2021].
- Barriuso, R. (1998). *La contratación electrónica*. Madrid: Dykinson.
- Cruz, A y Zamora, A. (2013). *La compra-venta electrónica: estudio comparativo de la legislación de la Unión Europea y la legislación costarricense*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica.
- El Periódico. (30 de abril de 2021). *La pandemia le sigue sonriendo a Amazon, que triplica sus ganancias. El Periódico*. Recuperado de <https://www.elperiodico.com/es/economia/20210430/pandemia-amazon-triplica-ganancias-11691238#:~:text=El%20gigante%20del%20comercio%20electr%C3%B3nico,el%20mismo%20per%C3%ADodo%20de%202020>
- Illescas, R. (2013). *Derecho del comercio internacional y de la contratación electrónica*. Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S. A.

- Knorr J. y Sauma, M. (2001). *La protección del consumidor en el comercio electrónico*. Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S. A.
- Management Solutions. (2012). *La nube: oportunidades y retos para los integrantes de la cadena de valor*. Recuperado de:  
<https://www.managementsolutions.com/sites/default/files/publicaciones/esp/La-nube.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (1995). *Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente*. En: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/payments/1995Convention\\_guarantees\\_credit.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/payments/1995Convention_guarantees_credit.html) [Consultado 8 de junio de 2021].
- Organización de las Naciones Unidas. (2005). *Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*. En: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/2005Convention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html) [Consultado 8 de junio de 2021].
- Organización de las Naciones Unidas. (1996). *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno*. En: [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453\\_S\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf) [Consultado 8 junio de 2021].
- Procuraduría General de la República. (2019). *Opinión Jurídica 014-2019*. En: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=20999&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=20999&strTipM=T) [Consultado 10 junio de 2021].
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2009). *Resolución n.º 00513-2009*. En: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-446643> [Consultado 10 de junio de 2021].
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2013). *Resolución n.º 01582-2013*. En: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-768978> [Consultado 10 de junio de 2021].
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2014). *Resolución n.º 00215-2014*. En: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-768466> [Consultado 10 de junio de 2021].
- Soto, C. (2004). *La contratación electrónica: los llamados contratos informáticos y los contratos celebrados por medios electrónicos*. Recuperado de: [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUVM/3/uvvm\\_2004\\_3\\_57-103.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUVM/3/uvvm_2004_3_57-103.pdf)
- Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII. (2020). *Resolución n.º 00015-2020*. En <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-963166> [Consultado 9 de junio de 2021].
- Vega, J. (2005). *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. España: Editorial Reus.

# LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO: DOGMA INADMISIBLE EN SEDE JURISDICCIONAL

Dr. Cesar Hines Céspedes\*

## RESUMEN

Los dogmas en el derecho y particularmente en el derecho administrativo han construido barreras mentales en los operadores jurídicos que, sin mayor cuestionamiento, les atribuyen una validez que está -en ocasiones- alejada de la realidad. Entre esos dogmas, se encuentra el de presunción de legalidad del acto administrativo, nacido y desarrollado para una concreta actividad pública, pero trasladado sin fundamentos a toda conducta administrativa. De ahí surge nuestro interés en despojarlo de esa aureola.

**Palabras clave:** derecho, principios, presunción, validez, contralor, legalidad, conducta, administrativo.

## RESUME

Les dogmes en Droit et particulièrement en Droit Administratif, ont construit de barrières mental en ceux qui lors de leurs fonction doivent fiscaliser la activité publique, qui sans se questionner sur sa validité, leur donnent un force de invincibilité. Parmi ces dogmes, on trouve celle de la présomption de légalité de l'acte administratif, qui né pour assurer la continuité du service public, a été transmis sans la précis motivation, à toutes les conduites administratifs. Pour cela, notre intérêt pour le dépouiller de celle couronne.

**Mot-clés:** droit, principes, présomption, validité, contrôleur, légalité, présomption, conduites, administratif.

Recibido: 4 de abril de 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

---

\* Doctor en Derecho Público, exprofesor de la Universidad de Costa Rica y de la Escuela Libre de Derecho, consultor nacional e internacional en derecho público, comentarista en temas jurídicos, conferencista, abogado litigante. cesarhines.136@gmail.com

## Introducción

Un componente vital en las distintas actividades humanas es conocer el origen de las cosas para tener una mejor comprensión de su evolución y tratamiento en el presente, pues a partir de ese componente genealógico, su aplicación resultaría más precisa, más ajustada a las situaciones presentes.

Esa precisión histórica tiene dos razones: evitar los errores del pasado y satisfacer las necesidades del presente, los errores relacionados con los efectos negativos de una aplicación indebida y satisfacer las necesidades del presente, porque se posee una mejor medida de la razonabilidad del objeto.

En el derecho administrativo, a lo largo de sus años de existencia como rama particular del ordenamiento jurídico, los dogmas han sido una constante en su contenido y aplicación, a la vez que frustran el fin primordial del Estado a partir de su instauración como la conocemos en la actualidad: la satisfacción de los intereses de las personas, esto es, el objetivo primordial del Estado es la satisfacción de la persona humana.

El derecho administrativo -como un afluente del derecho público- está constituido por un conjunto de reglas escritas y no escritas, tales como la doctrina, jurisprudencia, antecedentes, costumbres y principios que regulan la actividad de la administración del Estado para el funcionamiento y control de los asuntos públicos y su relación con las personas, sean estas servidoras del mismo aparato estatal o particulares vinculados por alguna o varias de las múltiples relaciones jurídicas que se tejen entre ambos a lo largo de sus vidas.

De esta manera, el derecho administrativo articula la función administrativa, al determinar la organización y el funcionamiento del Estado estableciendo los límites y alcances de sus poderes, en correlación con los derechos y deberes de las personas frente a aquel. Por esta razón, la naturaleza y los fines de esta particular cepa del ordenamiento jurídico demandan una especial agudeza interpretativa, en aras de lograr el objetivo: satisfacer a la persona humana.

## Antecedente sumario del derecho administrativo

En consecuencia con la frase de Vedel, “todo país civilizado poseería un derecho administrativo, puesto que necesariamente posee un conjunto de normas que rigen la acción de la administración”<sup>1</sup>, se generó un espacio para que algunos consideren que, a partir del Imperio Romano, junto con los Estados monárquicos absolutistas de la Edad Media y el periodo de colonización de América, aparecen las primeras reglas ius publicistas.

Sin embargo, esa alusión es ante todo un referente sobre el contenido y la naturaleza del derecho del Estado, porque frente al absolutismo monárquico y la esclavitud colonialista, resulta poco menos que imposible aludir a la existencia de un derecho por la contradicción que se manifiesta en sí misma, en tanto ni el absolutismo ni el poder del esclavista tenían límites normativos, siendo su voluntad la única limitación a sus decisiones.

El derecho administrativo -como conjunto de regulaciones para las relaciones entre el Estado y los particulares, en las que se establecieron límites al poder público- tiene un origen más cercano, porque es a partir del nacimiento del Estado -como lo conocemos- cuando realmente se puede configurar.

1 Vedel, George. (1958). Droit administrative. Thémis, Paris: Presses Universitaires de France.

La época de las monarquías absolutas con sus principios jurídicos idénticos *the King can do no wrong* o *le Roi ne peut mal faire*<sup>2</sup> es muestra clara de la inexistencia de los derechos de las personas frente al poder omnipotente del monarca sin reconocimiento de derechos al particular convertido en objeto; pero no sujeto del poder estatal.

Bajo los parámetros anteriores, se afirma que el derecho administrativo nace en un Estado, cuando el conjunto de regulaciones jurídicas para la organización y la actividad administrativa devienen en obligatorias tanto para los particulares como para los poderes públicos, al conformar un cuerpo coherente, sistemático y especializado por la naturaleza jurídica de los sujetos que regula.

La incorporación en el ordenamiento jurídico francés del concepto de “Estado de derecho” a partir de la Revolución Francesa de 1789, el cual fue posteriormente acogido por el resto de las civilizaciones occidentales, en su mayoría, podría considerarse como la primera etapa del derecho administrativo, tal como lo conocemos en el presente.

Ese concepto “revolucionario” implicaba que las reglas decretadas por el poder público eran de obligatorio cumplimiento, tanto para gobernados como gobernantes, con la diferencia con respecto a los ordenamientos anteriores de que las personas se validaron como sujetos y no como objetos. A esto se agrega que el otro componente que se indica como sustantivo para considerar la existencia de un derecho administrativo a partir de la revolución fue la separación de los regímenes jurídicos y las normas aplicables a la administración, en contraposición a las que debe sujetarse la ciudadanía.

La doctrina en general es unitaria al señalar que la formación de un régimen jurídico especial en el derecho francés para regular las relaciones entre la Administración y la ciudadanía se originó en el temor de los revolucionarios franceses llegados al poder, de que los jueces y el sistema judicial del Antiguo Régimen (*Ancien Régime*) interfirieran negativamente en las decisiones políticas que tomaran en el nuevo gobierno.

Ese temor estaba fundado en que, antes de la Revolución, los administradores de justicia del Antiguo Régimen obstaculizaron decisiones políticas del rey, por lo que los nuevos gobernantes decidieron prohibir a los jueces conocer sobre asuntos relacionados con la Administración pública, haciendo nugatorios los principios que proclamaban el Estado de derecho y la subordinación de los gobernantes a la ley.

Esa prohibición a los jueces de fallar sobre temas vinculados con la administración del Estado fue consagrada expresamente en la Ley 16-24 de agosto de 1790, al indicarse que “los jueces, bajo pena de “prevaricato”, no podían inmiscuirse de manera alguna en las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones”. En 1791, lo anterior fue constitucionalizado en el artículo tres de la Carta francesa.

Para subsanar la contradicción clara entre los principios y la finalidad del Estado de derecho, se creó una fórmula basada en una administración-juez que dirimiría los conflictos administrativos, sustentada en que esas reclamaciones contra la Administración serían conocidas y falladas por la autoridad superior, lo que a todas luces debilitaba la sujeción de las personas funcionarias y la

2 Literalmente traducido como el “rey no puede equivocarse” o el “rey no actúa mal”.

misma Administración, al poder de la ley, por lo que, posteriormente, complementaron la idea con la creación del Consejo de Estado<sup>3</sup>.

Con una función inicial de asesorar al Poder Ejecutivo para la redacción de leyes, reglamentos, así como estudiar y preparar decisiones para dirimir los conflictos entre la administración y los particulares, se transformó la debilidad con la que nació el Estado de derecho en un sistema eficiente y real de derecho público administrativo, y se creó en 1806 -dentro del Consejo de Estado- una sección contenciosa para conocer únicamente de controversias entre la Administración y los particulares, y con ello, una especialización de sus miembros.

La delegación de varias funciones y responsabilidades al Consejo de Estado, resueltas con evidentes muestras de imparcialidad, acrecentó su credibilidad y consolidó su prestigio, por su inclinación a los principios de racionalidad y justicia para con los administrados aunque implicara la adopción de medidas en relativo perjuicio de la Administración. Todo ello derivó en que, mediante la Ley del 24 de mayo de 1872, se le reconociera un carácter jurisdiccional al otorgarle competencias como juez de la Administración y no ya como asesor proponente de soluciones.

Igualmente fue creado el Tribunal de Conflictos para resolver y determinar la jurisdicción competente, y en 1873, se produjo uno de los fallos considerados como piedra angular del concepto jurídico moderno de derecho administrativo, el famoso Fallo Blanco que consagró el principio de que la actividad administrativa debía regirse por

normas y principios especiales diferentes a los que se aplicaban a los particulares, lo que es la base del actual derecho administrativo y, aunque la dualidad de jurisdicciones era una realidad antes del mencionado fallo, era inexistente la diferencia entre las reglas y principios jurídicos aplicables para dirimir las controversias entre particulares y entre particulares con la Administración.

Se considera que la etapa de “formación del derecho administrativo<sup>4</sup>” culmina con el Arrêt Cadot en 1889, el cual consolidó el carácter de juez del Consejo de Estado, al expresar que no obstante que la ley le reconocía ese carácter solo para resolver directamente algunos asuntos específicos, él era juez común en materia de controversias de la Administración, asumiendo una competencia general.

De esta manera, la doble jurisdicción en el ordenamiento jurídico francés no ha sido un obstáculo para una justicia administrativa de calidad; en tanto, para ese órgano incardinado en la Administración, la familiaridad por los lazos de consanguinidad en atención a su origen desaparece al momento de decidir. Esta situación paradójicamente se presenta debilitada en algunos ordenamientos unijurisdiccionales<sup>5</sup>.

### **Nacimiento del principio de presunción de legalidad del acto administrativo**

La solidez doctrinal en los fallos (arrêts) del Consejo de Estado fue creando precedentes y principios modernos del derecho administrativo que llegaron hasta nuestras costas jurídicas, tales

3 En tiempos de la monarquía absoluta, existió alguno similar llamado Consejo del Rey, integrado por funcionarios reales encargados de la asesoría hacia el monarca para el dictado de sus mandatos y en la forma de resolver las diferentes controversias que se suscitaban.

4 Etapa de formación como finalidad, puesto que la particularidad de ese derecho es precisamente el cambio.

5 Ortiz Ortiz, Eduardo. (1974). Prólogo a “la justicia administrativa en Costa Rica”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. San José, Costa Rica, número 24.

como el principio de legalidad, el de presunción de legalidad, diferencias entre contratos administrativos y contratos privados, el de falla del servicio y falla en el servicio (para determinar la responsabilidad civil de la Administración) principios de la función pública, como el de estabilidad, el de discreción, diferencia entre bienes del Estado y bienes de particulares, entre otros.

La influencia del Consejo de Estado francés se ha hecho sentir en gran parte del mundo. Los países que no tienen una jurisdicción administrativa separada de la jurisdicción común han creado salas especializadas para el conocimiento de las controversias entre la administración y el Estado; es decir, han reconocido la existencia de un derecho especializado y distinto de otras ramas, precisamente por la variada naturaleza de las relaciones que regulan.

Alguna doctrina francesa<sup>6</sup> señalaba que la pragmática, concreta e incompleta como era la ley administrativa dejaba fuera de sus supuestos campos amplísimos, por lo que no podía prestar al juez contencioso administrativo los mismos servicios que el Código Civil<sup>7</sup> al juez ordinario. Sin embargo, se crearon litigios sobre los cuales el Consejo de Estado se encontraba llamado a decidir en derecho. ¿Cómo salir de la dificultad y resolver según una regla jurídica, controversias que la ley no sospechaba siquiera?

El juez administrativo, según el actor citado, no se ha creído autorizado a atrincherarse tras el silencio de la ley para rehusar su fallo, y aquí es donde aparecen las diferencias psicológicas que le separan de su colega: el juez de la jurisdicción

ordinaria (entendida como la civil), porque el Consejo de Estado no ha experimentado nunca la timidez que ha paralizado durante mucho tiempo al juez ordinario respecto de la ley escrita, en razón de que las necesidades prácticas de la vida administrativa para las cuales su posición al lado del poder lo hacían especialmente sensible, le impedían dejar sin solución los conflictos revelados por la vida cotidiana, cuando el derecho faltó y sin dejarse detener por escrúpulos doctrinales<sup>8</sup>.

El ímpetu del Consejo de Estado para resolver, con ley o sin ella, los conflictos sometidos a su conocimiento conduce a la creación de los principios generales del derecho administrativo, entre los que Rivero cataloga como principios morales, entre ellos, el de prevalencia del bien común o de los intereses generales; nulidad de los actos administrativos con fines personales; principio de interdicción de la mentira de la Administración y la consecuente nulidad de los actos derivados; principio de jerarquía reglamentaria, esto es, la potestad reglamentaria asentada exclusivamente en el máximo jerarca; principio de las circunstancias excepcionales que libera a la Administración de las ataduras de la ley; principio de interdicción de la arbitrariedad.

Laferrière, para muchos, el verdadero fundador del derecho administrativo, siendo vicepresidente del Consejo de Estado, puso de manifiesto los caracteres particulares de la ley administrativa, al señalarla como: “Ley de organización y de acción que se preocupa más de asegurar la marcha de los servicios públicos que de prever y resolver las dificultades jurídicas”<sup>9</sup>, y es aquí cuando se

6 Rivero, Jean. (1951). *Droit Administrati*. Paris.

7 Se hizo referencia al Código Civil, considerado como un cuerpo legal completo en el que se encontraba una regla para cada conflicto. Rivero, op. cit., p. 291.

8 Rivero, *ibid*, p. 297.

9 Laferrière, Eduardo. (1887). *Traité de la jurisdiction administrative*. Paris.

origina el principio de presunción de validez de la actuación administrativa.

Este es un resabio del Antiguo Régimen francés. Efectivamente, al igual que los revolucionarios temieron que los jueces bloquearan su actividad, esta presunción nació -en principio- para evitar la paralización de la actividad administrativa producida por la interposición de múltiples impugnaciones, al partir de la misma hipótesis que amparaban a las monarquías absolutas le roi ne peut mal faire, pues se les otorgaba a las decisiones administrativas un principio de infalibilidad del que carecían en su totalidad, especialmente hoy, cuando existe claridad total de que los poderes y su ejercicio no dependen de mandatos divinos, sino que están pergeñados de los mismos defectos y virtudes que caracterizan a los seres humanos.

Sin embargo, ese principio de continuidad del servicio público provocó por derivación esa presunción de legalidad para evitar que las incomodidades de una o algunas personas afectaran la generalidad de las personas beneficiarias de la actividad administrativa, a pesar de que de la misma doctrina que lo señala, se extrae que la regla presuntiva general debe analizarse en cada caso en particular, esto es, no aplica para todas las hipótesis jurídicas ni para todas las situaciones materiales.

La presunción de legalidad tuvo en su origen una finalidad específica: la continuidad del servicio, aunque con el tiempo, el principio se trasladó -sin fundamento- a todas las decisiones de la Administración, incluidas aquellas ajenas o desligadas de un servicio público.

El interés público y las necesidades del servicio se repiten como mantras y son utilizadas por la Administración como escudos protectores frente al control y fiscalización de la función administrativa, amparados en la característica

timidez de los contralores de legalidad, para la verificación de su real existencia justificativa de la decisión, obviando el deber de motivación de las decisiones y trasladando al administrado la carga de probar la ilegalidad de la conducta administrativa. Recientemente, un autor español señalaba a propósito del tema:

*Si existe un comodín valioso en manos de las autoridades públicas son “las necesidades del servicio”. Les permiten ejercer la potestad de organización al gusto en materia de recursos humanos, con amplia proyección: crear puestos, asignar complementos retributivos, atribuir comisiones de servicios, cambiar horarios y jornadas, asignar y privar de despachos o lugares de trabajo, imponer presencia o teletrabajo, imponer o quitar uniformes, disponer ceses, etcétera. Ahora bien, escudarse en necesidades de servicio sin identificarlas mínimamente es no decir nada, y supondría tolerar la arbitrariedad proscrita constitucionalmente (art. 9.3 CE). Por eso se ha producido una evolución jurisprudencial desde la situación previa a la Constitución (en que las necesidades del servicio eran discrecionales y, por tanto, inaccesibles y prácticamente incontrolables) hacia la situación posconstitucional en que a golpe de sentencia contenciosa, se ha ido perfilando como concepto jurídico indeterminado, de manera que se rellena su contenido justificando la existencia real de necesidades [...].*

Se clarifica que, más allá de las presunciones de legalidad de la conducta administrativa, conducente a satisfacer un determinado servicio, se demanda que las decisiones estén debidamente justificadas formal y materialmente, para garantizar que la finalidad, además de ser para crear, adaptar o mantener el servicio, sea la que la naturaleza de este requiere.

*Continúa la cita autoral:*

*Así y todo, es un **concepto jurídico indeterminad, impuro**, porque tiene notas discrecionales que -como las manchas del leopardo- no se borran, pues siempre existe un sutil y estrecho campo de criterio de la autoridad no controlable. En otras palabras, la invocación de las “necesidades del servicio” no autoriza a bajar la guardia en la motivación exigible pretextando una discrecionalidad blindada, ni permite sortear la robusta exigencia del art. 34.2 de la Ley 39/2015: “EL CONTENIDO DE LOS ACTOS SE AJUSTARÁ A LO DISPUESTO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SERÁ DETERMINADO Y ADECUADO A LOS FINES DE AQUELLOS”. Sin embargo, existen reductos donde las necesidades del servicio se utilizan con generosidad o incluso con alevosía, como es el caso de la atribución de destinos provisionales o comisiones de servicios, que se justifican en la atribución provisional de labores porque las “necesidades del servicio” no admiten dilación y, en tanto, se dispone la provisión definitiva del puesto. Viene al caso por la reciente sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2020 (rec.391/2019), que se enfrentaba a la reglamentación de la guardia civil en cuanto contemplaba la no publicación de las vacantes y su provisión urgente “cuando respondan a necesidades del servicio”. El interés del criterio jurisdiccional radica en que fórmulas similares sobre gestión de recursos humanos están plasmadas en reglamentos sectoriales, reglamentos autonómicos y reglamentos organizativos de entes públicos y entes locales, así como en numerosos pactos normativos negociados con los sindicatos, donde **aguarda agazapada la atribución de una potestad de***

*cubrir rápidamente al gusto las vacantes accidentales al amparo de «las necesidades del servicio.*

La precisión entre lo señalado y la realidad imperante en el ámbito de las Administraciones públicas es incuestionable, cuando a través de portillos legales, se desvían los fines públicos, tal es el caso de los nombramientos sin bases concursales amparados a reestructuraciones administrativas; las contrataciones de emergencia; las rescisiones y resoluciones contractuales, todas escudadas en ese concepto jurídico indeterminado de “una mejor valoración de los intereses públicos” sin muro de contención.

Las facilidades instrumentales para situaciones muy particulares, ofrecidas por el derecho -no necesariamente por el ordenamiento jurídico positivo- desfiguró la finalidad de esos espacios, para convertirlos en grandes áreas de conquista administrativa, en las que la astucia más que la legalidad es la que permite la distorsión -consciente o inconsciente- del lente contralor para dejar pasar el entuerto. Finaliza el autor, señalando:

*El problema radica en el abuso de la figura o bien por el pecado original de que se adjudique, no por razones de idoneidad, sino por amistad, fidelidad o clientelismo, o bien por mantener esa provisión temporal en el limbo de lo transitorio, de forma prolongada. Así, la citada sentencia razona: “Ahora bien, lo que sí resulta objetable es que, con ocasión de una situación de urgencia para el servicio, se pueda enviar a alguien a un puesto de manera estable o por un periodo prolongado. Ello abre la puerta a (sic) utilizar las necesidades del servicio como medio para eludir las vías ordinarias de concurrencia entre posibles candidatos a un destino, en abierta contradicción con los principios constitucionales de igualdad*

*en las condiciones de acceso a las funciones públicas y de mérito y capacidad (arts. 23 y 103 de la Constitución)*<sup>10</sup>.

La sentencia citada en la cita anterior expone la necesidad -obligación- de una motivación de la conducta administrativa ajustada, perfilada a cada situación concreta, dado que las necesidades del servicio, como concepto jurídico indeterminado, varían, como también es distinto el contenido de las prestaciones administrativas y, en esa diferenciación, está la rigurosidad del control de legalidad de la conducta.

### **La presunción de legalidad desaparece en sede jurisdiccional**

Las ofertas de dogmas en el derecho administrativo han sido recurrentes, tales como el de inembargabilidad a la Administración pública (parcialmente modificado en Costa Rica, por el Código Procesal Contencioso Administrativo) el de imprescriptibilidad del dominio público; la irrecorribilidad de los actos de gobierno (o actos políticos) y el de presunción de legalidad del acto administrativo (o mejor dicho, de la conducta administrativa); pero como en la mayoría de los dogmas, se asumen, se aplican y se desentienden, para lo que se escudan en otro dogma: en su incuestionabilidad, pues al tenerse por sentado, no se discute.

Al separarnos de la línea dogmática en relación con el principio de presunción de legalidad de la conducta administrativa, hay que diferenciar los efectos que esa presunción produce en sede administrativa con los que se valoran en sede jurisdiccional.

En sede administrativa, se sostiene al amparo del principio de continuidad del servicio público, para

cuya desaparición de la vida jurídica, requiere de una resolución judicial definitiva que declare su invalidez y consecuentemente su nulidad. Pero, además, en sede administrativa bajo el auspicio del principio de autotutela, la Administración tiene la potestad de validar y ejecutar sus propias decisiones sin necesidad de la intervención de un tercero. La situación en sede judicial es distinta, en la cual la persona juzgadora contenciosa administrativa está desvinculada del criterio administrativo.

Esa independencia de criterios entre la Administración y el contralor de legalidad jurisdiccional tiene dos consecuencias de gran calado en la justicia administrativa: la Administración tiene las mismas obligaciones procesales que el particular reclamante, sin que haya una prevalidación de sus decisiones, esto es, ingresa al debate jurisdiccional en igualdad de condiciones y de presunciones; es decir, tan presuntamente legal es la decisión cuestionada como presuntamente válido el cuestionamiento de quien impugna.

En cuanto a las mismas obligaciones procesales -tratándose de un cuestionamiento a la validez de una conducta, desaparece la presunción de legalidad y, procesalmente, se demandaría de la Administración traspasar la línea de la simple argumentación sobre las necesidades del servicio, para asentarse en su íntegra comprobación y, en relación con la inexistencia de una prevalidación de las decisiones administrativas, implica la desaparición del antejuicio que -casi siempre- conduce al tribunal a una validación prima facie de la conducta, para, en su lugar, emitir la resolución que corresponda hasta que se complete el ciclo probatorio.

10 Chaves García, José Ramón. Las impuras necesidades del servicio. En [delajusticia.com](http://delajusticia.com), 22 de enero de 2021.

*De todo lo expuesto, se concluye que:*

- a. *La presunción de legalidad de la conducta administrativa posee una finalidad concreta: la continuidad del servicio público.*
- b. *En razón de lo anterior, resulta inaplicable de manera general y automática para todas las conductas administrativas.*
- c. *Su cuestionamiento en sede jurisdiccional demanda de la Administración, la demostración plena de que efectivamente obedeció a las necesidades del servicio.*
- d. *La presunción de legalidad desaparece ante su impugnación en sede jurisdiccional, por lo que la suspensión de sus efectos deviene en la regla y no en la excepción.*
- e. *Por el principio de motivación de los actos administrativos (conductas), le corresponde a la Administración acreditar los motivos y fines que la respaldan.*

## **Bibliografía**

- Vedel, George. (1958). Droit administrative. Thémis, Paris: Presses Universitaires de France.
- Ortiz Ortiz, Eduardo. (1974). Prólogo a “La justicia Administrativa en Costa Rica”. Revista de Ciencias Jurídicas. San José, Costa Rica, número 24.
- Rivero, Jean. (1951). Droit administratif. Paris.
- Laferrière, Eduardo. (1887). Traité de la jurisdiction administrative. Paris.
- Chaves García, José Ramón. (22 de enero de 2021). Las impuras necesidades del servicio. en [delajusticia.com](http://delajusticia.com),



# LIMITACIONES EN EL ACCESO EFECTIVO AL SEGURO DE RIESGOS DE TRABAJO. VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS “CUELLOS DE BOTELLA” EXISTENTES

*Dr. Mauricio Castro Méndez\**

## RESUMEN

Este artículo analiza las limitaciones jurídicas que impiden el acceso a los derechos derivados del seguro de riesgos de trabajo para las personas trabajadoras. Se argumenta que estas limitaciones son producto de prácticas administrativas del Instituto Nacional de Seguros que son contradictorias con el marco legal vigente regulador del contrato de seguros. Estas prácticas dan un tratamiento de las personas trabajadoras aseguradas como objetos y no como sujetos del seguro, y se supedita su acceso a estos derechos a la voluntad unilateral del empleador. A la vez, los incentivos económicos diseñados por el Instituto Nacional de Seguros que buscan promover la prevención y la salud ocupacional tienen un efecto contrario y por lo tanto refuerzan la barrera de acceso de las personas trabajadoras, tanto a los derechos derivados del seguro de riesgos del trabajo como a la salud ocupacional.

**Palabras claves:** Seguro de riesgos de trabajo, contrato de seguros, Instituto Nacional de Seguros, accidentes de trabajo, salud ocupacional, trabajadores, empleadores, aviso de accidente, incentivos económicos.

## ABSTRACT

This article analyzes the legal limitations that prevent access to the rights derived from occupational risk insurance for workers. It is argued that these limitations are the product of administrative practices of the National Insurance Institute that are contradictory with the current legal framework regulating the insurance contract. These practices treat insured workers as objects and not as subjects of the insurance, and their access to these rights is subject to the unilateral will of the employer. At the same time, the economic incentives designed by the National Insurance Institute that seek to promote prevention and occupational health have an opposite effect and therefore reinforce the barrier of access for workers, both to the rights derived from risk insurance from work and occupational health.

**Keywords:** Work risk insurance, insurance contract, National Insurance Institute, work accidents, occupational health, workers, employers, accident notice, financial incentives.

Recibido: 26 de setiembre 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

---

\* Doctor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, en el Área de Derecho Laboral, M.Sc. en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UNED y Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Docente de la Facultad de Derecho donde coordina la Cátedra de Derecho Laboral Colectivo y es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. mauricio.castromendez@ucr.ac.cr

## Introducción<sup>1</sup>

Por varios años se ha desarrollado en la Facultad de Derecho y en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, un trabajo comunal universitario y una investigación sobre las relaciones laborales en plantaciones de piña y banano en el Caribe y la zona norte del país. En él han participado estudiantes de diversas disciplinas, decenas de personas trabajadoras de plantaciones, así como dirigentes de organizaciones sindicales del sector privado.

Desde un inicio, resultó evidente que una de las principales problemáticas para las personas trabajadoras de plantaciones es la salud ocupacional. Problemas relacionados con agroquímicos, estrés térmico, mordeduras de serpientes y una serie de prácticas y métodos de trabajo en las plantaciones forman parte de las principales preocupaciones de miles de personas en la zona.

Sin embargo, el proceso de observación ha permitido identificar limitaciones o “cuellos de botella” que en muchos casos impiden el acceso real y efectivo de estas personas trabajadoras, tanto a políticas de salud ocupacional, como a la atención en caso de riesgos de trabajo, sea por accidentes o por enfermedades, así como a las indemnizaciones y subsidios correspondientes.

Argumentamos en este artículo que estos “cuellos de botella” son consecuencia directa de prácticas administrativas ilegales del Instituto Nacional de Seguros, así como de la definición de un esquema de incentivos económicos relacionados con la póliza de riesgos de trabajo que producen consecuencias no deseadas para las personas trabajadoras, como el rechazo sistemático de la atención por parte del INS y la ausencia de

políticas de salud ocupacional que aborden los principales problemas identificados.

En este artículo se aborda uno de estos “cuellos de botella”: el aviso de accidente o enfermedad de trabajo y orden de atención médica y la consecuente “boleta de atención médica” coloquialmente denominada como “pase al INS”, así como su relación con el sistema de incentivos del INS, aunque este último aspecto será profundizado en otro artículo.

El denominado “pase al INS” es el documento que el empleador debe entregar a la persona trabajadora, una vez realizado digitalmente en línea, el aviso de accidente o enfermedad. Esta boleta debe ser presentada al INS para que este proceda a atenderle y a tramitar su caso. De acuerdo a las personas trabajadoras entrevistadas en un período de cerca de dos años, se ha podido identificar una importante reticencia de los empleadores para entregar el “pase al INS”, con lo que, al no haberse dado el aviso de accidente o enfermedad, se produce el rechazo ad portas del caso por parte del INS.

El trabajador accidentado o que padece una enfermedad laboral, inicia entonces un periplo entre la Caja Costarricense del Seguro Social, el INS y el empleador. La CCSS brinda la atención inmediata, pero tan pronto identifica el accidente o la enfermedad como un riesgo de trabajo, rechaza dar mayor atención, así como el subsidio económico por incapacidad y le remite al INS. Por su parte el INS deniega la atención, la apertura del caso y consecuentemente la incapacidad y el subsidio correspondiente, en la medida que la persona trabajadora no porte el “pase al INS” confeccionado por su empleador. Finalmente, la persona trabajadora inicia un proceso, no en pocos casos infructuoso, ante su empleador para obtener el “pase” y el acceso a los derechos

<sup>1</sup> Mi reconocimiento a Miguel Sandí Murcia y Emanuel Castillo Brenes quienes me asistieron en la confección de este artículo.

relacionados con la protección de su salud en el marco del seguro de riesgos de trabajo (atención médica, prótesis, incapacidad remunerada entre otros componentes).

De acuerdo a los testimonios recabados, en algunas ocasiones, luego del auxilio inmediato frente al accidente, es un profesional en la salud ocupacional pagado por la empresa (médico de empresa) quien valora el caso, incluso telefónicamente. La negativa del empleador se acompaña por la reubicación de la persona trabajadora en otras labores con una remuneración en ocasiones inferior, definidas por el capataz o representante del empleador sin ningún criterio técnico y que no necesariamente aborda el problema de origen o el foco de riesgo. Esto puede generar un agravamiento de las condiciones de salud y eventualmente impide establecer la relación causal entre la lesión y la actividad. Incluso se ha mencionado en los testimonios de las personas trabajadoras, que puede suceder que se acompañe esta negativa del empleador con el levantado de listas de las personas que han interpuesto demandas laborales por este tipo de conflicto, con la finalidad de no ser contratados nuevamente.

Es claro que este tipo de problemas se produce en los casos en los que el empleador no cuenta con la póliza de riesgos de trabajo, o bien no ha incluido oportunamente a la persona trabajadora en la cobertura de esa póliza. En tales casos la reticencia de un empleador de reportar al INS y dar el “pase” para una persona trabajadora, tiene origen en la omisión del empleador que ha mantenido ilegalmente a esa persona trabajadora en la informalidad<sup>2</sup>.

Sin embargo, este tipo de práctica o negativa de empleadores para dar el aviso y otorgar el “pase” también se produce cuando la póliza de riesgos de trabajo existe en la empresa, se encuentra al día y la persona trabajadora accidentada o enferma por riesgo laboral se encuentra dentro de la planilla debidamente reportada y cubierta por la póliza respectiva.

A partir de lo planteado hasta ahora, surgen varias interrogantes que este trabajo busca contestar.

En primer lugar, es claro que la competencia para la atención y administración de incapacidades relacionadas con riesgos de trabajo pertenece constitucional y legalmente al Instituto Nacional de Seguros. De manera que la CCSS actúa a derecho cuando remite potenciales riesgos de trabajo al INS para su valoración y atención. Sin embargo, surge una primera pregunta:

- ¿es legal el rechazo que el INS hace de la persona trabajadora, respecto de la atención de riesgos de trabajo y del otorgamiento de los beneficios y derechos derivados del seguro de riesgos de trabajo por la inexistencia del “pase al INS” por parte de su empleador?

En segundo lugar, siendo que Costa Rica tiene un sistema tarifado de riesgos de trabajo, en el cual todos los riesgos de trabajo que se produzcan serán indemnizados y atendidos por el INS sin costos adicionales para el empleador que tenga debidamente asegurados a las personas trabajadoras, cabe preguntarse:

- ¿cuáles son las razones por las que el empleador no da el aviso de accidente o

2 Sin embargo, este artículo no trata de las personas que no están aseguradas que no reciben el “pase al INS” por esa razón. Tampoco trata de las personas que están aseguradas en un puesto de trabajo diferente al real y que por lo tanto tiene problemas porque el riesgo de trabajo reportado por el empleador no está relacionado con su aseguramiento; ni de los casos que son reportados pero que no son considerados como riesgos de trabajo por el INS. Estos problemas serán abordados en otro momento.

enfermedad y el respectivo “pase al INS”, aún en los casos en los que el empleador cuenta con un seguro de riesgos de trabajo vigente y que cubre a la persona trabajadora que ha sufrido un riesgo laboral?

## 1. Marco normativo del aviso de accidente

Un primer elemento que ha sido resuelto por la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional, es la atención médica para una persona trabajadora cuando se encuentra en discusión la existencia o inexistencia de un riesgo de trabajo. En tales casos, la Sala Constitucional ha señalado que la CCSS debe otorgar la atención médica en el tanto se dilucida si la afectación en la salud de la persona trabajadora es consecuencia de un riesgo de trabajo o no. Al respecto ha señalado:

*“II.- La Constitución Política en su artículo 73 establece los seguros sociales en beneficio de los trabajadores, protegiéndolos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte, señalándose expresamente que estará a cargo de la Caja Costarricense del Seguro Social la administración y gobierno de esos seguros. En el caso presente quien recurre, señor XXX, ha cotizado como empleado a la Caja para cumplir con su parte en el mantenimiento de la institución, ahora se le desconocen sus derechos o al menos no se le hacen efectivos hasta que una Comisión estatuida según los términos del artículo 330 del Código de Trabajo, se pronuncie sobre si corresponde a la Caja Costarricense del Seguro Social o al Instituto Nacional de Seguros responder al pago de las incapacidades. Es criterio de esta Sala, ya establecido en resolución de las catorce horas y treinta minutos del treinta y uno de enero del año en curso que dada la garantía constitucional antes indicada, es a*

*la Caja Costarricense del Seguro Social a quien corresponde hacer efectivo, por ahora, el derecho del trabajador, sin perjuicio de que posteriormente recupere del Instituto Nacional de Seguros las sumas pagadas, si así procediera en derecho, lo contrario sería atentar contra el medio de sustento de los trabajadores solo por la diferencia de criterios de ambas instituciones sobre a quién corresponde satisfacer los intereses producidos por la incapacidad acordada.” SCV 126-90 (esta línea se ha mantenido en otros votos como por ejemplo 14598-06, 9487-08).*

De forma que la CCSS debe garantizar la atención de la salud de la persona trabajadora, así como el pago de las indemnizaciones correspondientes, mientras no se determine que se trata de un riesgo de trabajo. Como se indicó, cuando la CCSS estima que se está en presencia de un riesgo de trabajo cesa su intervención, tanto la atención de la salud como el pago de incapacidades. Ciertamente, de acuerdo al artículo 206 del Código de Trabajo, una vez que se ha emitido el seguro de riesgos de trabajo, el INS debe responder ante la persona trabajadora por “el suministro y pago de todas las prestaciones médico- sanitarias, de rehabilitación y en dinero”.

Esto nos lleva directamente al problema de la determinación de la existencia de un riesgo de trabajo. ¿quién determina que existe un riesgo de trabajo? ¿cuándo se determina la existencia de un riesgo de trabajo? ¿cuáles son las consecuencias concretas para la persona trabajadora de estos procedimientos?

A diferencia de lo establecido respecto del resto de los seguros sociales, particularmente ante las contingencias de vejez, invalidez, muerte, maternidad y enfermedad que son obligatorios y universales pero de contribución tripartita, el artículo 73 de la Constitución Política y el

artículo 201 del Código de Trabajo costarricense establecen la obligatoriedad del seguro de riesgo de trabajo en favor de las personas trabajadoras asalariadas y a cargo exclusivamente del empleador. Cuando la persona trabajadora establece una relación laboral con un empleador, pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo. Para hacerlo la persona trabajadora debe poner a disposición del empleador su propio cuerpo y por lo tanto participa en una actividad que puede poner en riesgo su integridad psico-física. Este riesgo es creado por el empleador y por lo tanto existe una responsabilidad objetiva a cargo de ese empleador, que se expresa en un deber de indemnidad, es decir, la obligación del empleador que crea el riesgo, de garantizar que la persona trabajadora resultará indemne en su integridad psico-física a pesar de haberse visto expuesta al riesgo creado por él (Duarte, 2007, 2015).

De manera que existe una obligación del empleador de protección y resguardo de la salud de la persona trabajadora por medio de la protección de la salud ocupacional con la finalidad de que la integridad psico-física de la persona trabajadora permanezca indemne. Además, existe una obligación de garantizar que, si el daño se produce por un riesgo de trabajo, la persona trabajadora obtenga toda la atención médica, de rehabilitación que requiera, así como la respectiva indemnización por el daño causado, entre otros derechos (arts. 218 y 220 del Código de Trabajo). Para tal efecto, la Constitución y el Código de Trabajo obligan al empleador a tomar un seguro de riesgo de trabajo en favor de las personas trabajadoras y la regulación existente obliga al empleador a dar aviso al Instituto Nacional de Seguros, dentro de los 8 días siguientes al acaecimiento del riesgo de trabajo. Si fuera necesario, el empleador puede desarrollar un

procedimiento interno para constatar la existencia del riesgo de trabajo, las circunstancias en las que se produjo y las consecuencias en la salud de la persona trabajadora que ha identificado (artículo 208 y 221 del Código de Trabajo).

De forma tal que, la legislación establece al empleador como el primer responsable para la determinación de la existencia de un riesgo de trabajo. Además, establece que esta determinación debe realizarse de manera inmediata. En caso de ocurrir un riesgo de trabajo, independientemente de que el trabajador se encuentre asegurado, el empleador está en la obligación de indagar lo sucedido e informar al INS en un plazo de 8 días y de solicitar que se le brinde la atención al trabajador con cargo a su póliza de Riesgos del Trabajo (arts. 214 y 221 CT). Al efecto el INS habilita para tal efecto el “Aviso de Accidente o Enfermedad de Trabajo” disponible de forma virtual<sup>3</sup> o por medio del formulario físico disponible en cualquiera de las sedes o centros médicos del Instituto. Otro tanto sucede con la reapertura, ya que, una vez dado de alta, el trabajador puede reabrir el caso y recibir más atención médica si fuere necesario, aun cuando haya sido indemnizado y no labore para el mismo patrono. Pero para ello el trabajador debe presentar al mismo centro médico donde fue atendido, el formulario “Reapertura de caso dado de Alta” debidamente completo y firmado por el empleador con quien laboraba al momento del accidente<sup>4</sup>.

No obstante, si el empleador estima que la afectación en la salud de la persona trabajadora no es producto de un riesgo de trabajo, o si por alguna razón decide no comunicar el riesgo de trabajo al ente asegurador, existe o puede existir una barrera de acceso para la persona trabajadora a los derechos derivados del seguro de riesgos

3 <https://sevins.ins-cr.com/SIEL/VerArchivo.aspx?ID=8780>

4 El formulario se encuentra en <https://sevins.ins-cr.com/SIEL/VerArchivo.aspx?ID=8784>.

de trabajo. Lo mismo sucede si la información reportada por el empleador no es correcta. Al efecto, la norma 5 de las Condiciones Generales del Seguro Obligatorio de Riesgos de Trabajo (INS, 2019), define como aviso de accidente o enfermedad de trabajo y orden de atención médica “el formulario mediante el cual el Tomador del seguro informa al INS sobre la ocurrencia de un riesgo del trabajo”. Además condiciona la apertura del caso a la presentación del aviso al señalar que entenderá como un caso “al siniestro reportado ante el INS mediante ese formulario. En ese mismo sentido, la cláusula 38 de las Condiciones Generales del Seguro Obligatorio de Riesgos de Trabajo (INS, 2019) establece que el tomador del seguro debe completar el formulario correspondiente, pero agrega que **“Una vez presentado dicho formulario**, el trabajador puede presentarse en el centro de salud del INS más cercano a su trabajo o lugar de residencia, para recibir las prestaciones médicas que le otorga el seguro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 218 del citado código.” Esta misma normativa se encuentra presente en el artículo 41 de la Norma Técnica del Seguro Obligatorio de Riesgos de Trabajo (INS, 2019 b).

Es decir, en caso de existir un riesgo de trabajo, la no comunicación del empleador hacia el INS por medio del aviso de accidente, sin duda viola la legislación laboral y le hace responsable en los términos que el Código de Trabajo establece. Sin embargo, más allá de esa responsabilidad, nos interesa abordar lo que sucede con la persona trabajadora y la atención de su salud a partir de ese momento.

Ya hemos señalado que la atención inmediata la debe asumir la Caja Costarricense del Seguro Social, en los términos planteados por la Sala Constitucional (SCV 126-90, 14598-06, 9487-

08). Sin embargo, tan pronto como la CCSS llega a la conclusión de que se trata de un riesgo de trabajo, cesa su intervención y remite a la persona trabajadora al INS, que, como dijimos, es la entidad aseguradora competente para la administración del seguro de riesgos de trabajo. Es aquí cuando la persona trabajadora es colocada en una situación de extrema vulnerabilidad, ya que Instituto Nacional de Seguros ha mantenido históricamente la tesis de que, sin el aviso de accidente emitido por el empleador, no puede proceder a abrir el caso correspondiente, no puede valorar médicamente a la persona trabajadora, otorgarle las indemnizaciones que correspondan, atender su condición de salud por medio de la atención médica y de rehabilitación, así como otorgarle otros derechos derivados del seguro de riesgos de trabajo. Por ejemplo, el jefe de la Dirección de Seguros Obligatorios del INS ha señalado expresamente que

*“Si el patrono considera que no es un RT no está obligado a reportarlo. Nosotros no podemos actuar ni de oficio ni contra el dicho del trabajador. Porque la ley establece en riesgos de trabajo, a diferencia de lo que sucede en la Caja, que es el patrono el que le dice al INS si existió un riesgo de trabajo. En ausencia de un aviso de accidente firmado por el patrono, la única opción es que el trabajador entable una demanda por riesgos de trabajo ante las autoridades judiciales (...). Si el trabajador le comunica al INS que el empleador no le quiere dar el aviso de accidente, pues lamentablemente no podemos hacer absolutamente nada, salvo que esté en riesgo la vida. Pero si ese no es el caso, el INS no atiende a ningún trabajador que llegue a los centros de salud sin el aviso de accidente firmado por el empleador” (Viales Fallas, 2021).*

El Código de Trabajo, frente a esta eventualidad plantea la judicialización ya que permite interponer una demanda por riesgos de trabajo, en contra del empleador y del INS (art. 234), o, en el mejor de los casos el inicio de un procedimiento administrativo al interno del ente asegurador para reclamar respecto del suministro que la institución aseguradora haga de las prestaciones correspondientes (art. 206). Esto implica que una persona que tiene un quebrando en su salud, que podría no poder trabajar por tal razón y por lo tanto haber perdido su ingreso salarial, tiene que sumar a su condición, un proceso administrativo, o un litigio judicial dentro del cual apunte a obtener medidas cautelares que le brinden acceso a la atención de su salud y a las indemnizaciones correspondientes. Paradójicamente, cuando la persona trabajadora asalariada no está asegurada contra riesgos de trabajo, si se prevé que pueda gestionar de forma directa todos los derechos de atención médica y otros derechos derivados del seguro de riesgos de trabajo, los que deben ser proporcionados por el INS que luego debe accionar contra el empleador respectivo (art. 232 del Código de Trabajo).

Esto hace evidente el “cuello de botella” en el acceso efectivo al seguro de riesgos de trabajo. De manera que, salvo lo que eventualmente se establezca en el proceso judicial por riesgos de trabajo, es el empleador el que determina si el riesgo de trabajo existe y si se abre o no la aplicación del seguro de riesgos de trabajo a una persona trabajadora en particular.

Sin embargo, tal y como veremos a continuación, esta regulación fue radicalmente modificada por ley, aunque esta modificación no ha cambiado la práctica del Instituto Nacional de Seguros al respecto, ya que continúa rechazando la apertura de casos por riesgos de trabajo, si el trabajador no logra presentar la “boleta de atención médica” o “pase al INS”.

## 2. La nueva regulación

Este marco normativo que permaneció vigente por muchos años, fue radicalmente variado por la legislación de seguros. La Ley Reguladora del Mercado de Seguro (no. 8653) y la Ley Reguladora del Contrato de Seguros (no. 8956) crearon un marco regulatorio para la actividad aseguradora que debe ser observado por toda entidad aseguradora, pública o privada. De manera que el Instituto Nacional de Seguros al definir las condiciones de aseguramiento, así como sus prácticas administrativas, debe ajustarse a ellas, al menos supletoriamente en lo que al seguro de riesgos de trabajo, tal y como señala el artículo 1 de la ley 8956. Hemos señalado que el Código de Trabajo establece la obligación del empleador de dar aviso del riesgo de trabajo, así como de entregar la boleta de atención o “pase al INS”. Pero el Código de Trabajo no establece ninguna regulación respecto a la omisión o reticencia respecto de ese tipo de comunicaciones, ni establece ninguna regulación respecto de los derechos que le asisten a la persona trabajadora en ese tipo de supuestos. De manera que este vacío legal es llenado por medio de la Ley de Contrato de Seguros, No. 8956.

De acuerdo al artículo 5 de las Condiciones Generales del Seguro Obligatorio de Riesgos de Trabajo (INS, 2019), la póliza de riesgo de trabajo es un contrato firmado por el ente asegurador y el tomador del seguro que es “la persona física o jurídica que contrata el seguro, en su condición de patrono o trabajador independiente.” El asegurado dentro de esta póliza, es “el trabajador reportado en la última planilla” y el beneficiario es “la persona física que cuando un riesgo del trabajo produzca la muerte del trabajador, tendrá derecho a una renta anual pagadera en dozavos, según lo dispuesto en el artículo 243 del Código de Trabajo.

De forma tal que la persona trabajadora asegurada no es un objeto asegurado, sino un sujeto que posee derechos propios frente el ente asegurador. En particular, el artículo 2 de la ley 8956 establece que:

*“La persona asegurada tendrá derecho a la protección de sus derechos subjetivos e intereses legítimos, de conformidad con lo establecido en la presente ley y en la Ley Reguladora del Mercado de Seguros. Asimismo, esa protección será reconocida a los tomadores y las personas beneficiarias de los contratos, en los casos en los que no sean la misma persona o personas que el asegurado o asegurada.”*

Respecto de la obligación del empleador (tomador del seguro) frente al riesgo de trabajo, el art. 31 de la ley 8956 establece que está obligado “a declarar al asegurador todos los hechos y las circunstancias por él conocidas y que razonablemente puedan considerarse relevantes en la valoración del riesgo.” Así mismo, el art. 32 sanciona la reticencia (que incluye la omisión así como el reporte incompleto, inexacto, confuso o equívoco) o la falsedad intencional por parte del empleador, incluso con la nulidad relativa o absoluta del contrato de seguro.

Complementariamente, el artículo 42 de la ley 8956 establece, respecto de la notificación del siniestro:

*“El tomador del seguro, **la persona asegurada o beneficiaria deberán comunicar al asegurador, por el medio que hayan pactado, el acaecimiento del siniestro dentro del plazo máximo de siete días hábiles siguientes a la fecha en que lo haya conocido o debido conocer, salvo que se haya fijado en la póliza un plazo más amplio. El asegurador no podrá alegar el incumplimiento de la anterior obligación si ha conocido o debido cono-***

**cer la ocurrencia del siniestro dentro de ese plazo.** *El incumplimiento de los plazos establecidos en la póliza de seguros por parte del tomador del seguro, la persona asegurada o beneficiaria no conllevará efecto adverso alguno a sus intereses económicos derivados de su solicitud de indemnización, salvo el atraso en su gestión indemnizatoria. En todo caso, la pérdida del derecho a indemnización solo se producirá en el supuesto de que hubiera concurrido dolo o culpa grave. El tomador del seguro, la persona asegurada o beneficiaria deberán dar al asegurador toda clase de información sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro.”*

Además, el artículo 7 de la Ley 8956 define los seguros colectivos como aquellos que se suscriben entre el tomador (empleador) y el ente asegurador (INS) “con el propósito de cubrir mediante un solo contrato o póliza de seguro a múltiples asegurados (trabajadores-as). En tales casos se establece que, con el siniestro, nace un derecho de la persona beneficiaria que sufrió la lesión. En virtud de lo anterior, el ente asegurador, es decir, el INS, está obligado a entregar a las personas aseguradas los certificados individuales de cobertura. Si esta obligación se delega en un intermediario del seguro, o en el tomador del seguro, esta delegación no exime de responsabilidad al ente asegurador. En ese mismo artículo se plantea que, cuando ocurre el evento previsto (riesgo de trabajo), las personas beneficiarias tienen un derecho propio contra el asegurador, y establece expresamente que los incumplimientos, los errores y las omisiones del tomador del seguro (empleador) no son oponibles a la persona asegurada de buena fe. De manera que, a partir del momento que se produce el riesgo de trabajo, la persona trabajadora tiene derecho a dar aviso del accidente y solicitar la atención médica, de rehabilitación, indemnizaciones y demás componentes incluidos en el seguro de riesgos de trabajo.

De manera tal que, a partir de la vigencia de la Ley Reguladora del Contrato de Seguro, el Código de Trabajo fue modificado respecto de los requisitos para la apertura del caso por riesgo de trabajo. El empleador (tomador del seguro) continúa estando obligado en dar el aviso de accidente y la orden de atención médica, (artículo 208 y 221 del Código de Trabajo). Pero alternativa e independientemente de que el empleador cumpla con su obligación o bien considere que no se trata de un riesgo de trabajo, la persona trabajadora asegurada o su familiar beneficiario en caso de muerte, tienen derecho a realizar tal comunicación y lograr, por ese medio la apertura del caso por riesgos de trabajo correspondiente, sin que el INS pueda denegar tal apertura por no contar con el aviso otorgado por el empleador. Incluso esto permite a la persona trabajadora dar información necesaria para la valoración de su caso, que puede no estar presente o haber sido consignada de una manera incorrecta en el formulario enviado por el empleador.

En todo caso, el INS viola la ley al establecer, como lo hace en el párrafo segundo de la cláusula 38 de las Condiciones Generales del Seguro Obligatorio de Riesgos de Trabajo (INS, 2019) y en el párrafo segundo del artículo 41 de la Norma Técnica (INS, 2019 b), que es hasta que el empleador (tomador del seguro) comunique el accidente, que la persona asegurada (trabajador-a) puede presentarse al INS para ser atendido. Es decir, el INS viola la ley y con ello el acceso a los derechos derivados del seguro de riesgos de trabajo, si deniega la apertura de estos casos cuando la persona trabajadora o el beneficiario en su caso no logra obtener el aviso correspondiente por parte del empleador.

Por tanto, es posible concluir a nuestra primera interrogante, que es ilegal que el INS rechace la apertura de un caso por riesgo de trabajo y el otorgamiento de los derechos e indemnizaciones correspondientes, en caso de que el empleador

no realice el aviso de accidente ni entregue la respectiva boleta de atención médica o “pase al INS”.

### **3. Indemnización plena de daños y los (des) incentivos del sistema de riesgos de trabajo**

El Código de Trabajo establece un sistema tarifado de riesgos de trabajo, según el cual, el Instituto Nacional de Seguros, sobre una base técnica, determina las normas de aseguramiento, lo que incluye la determinación de las primas de los seguros, así como las indemnizaciones y los costos cubiertos por la póliza correspondiente (art. 208).

Al respecto, el Código de Trabajo establece el derecho de las personas trabajadoras que han sufrido un riesgo de trabajo, o de sus familiares en caso de muerte, a recibir prestaciones dinerarias (art. 218 inciso c). Estas prestaciones dinerarias indemnizan la incapacidad para desempeñar el trabajo, sea temporal o permanentemente con diversos grados de gravedad (art 223 incisos a, b, c, ch y d) o bien en caso de muerte de la persona trabajadora.

La línea jurisprudencial en la Sala Segunda (Olaso, 2021) ha sostenido que, en virtud de este sistema tarifado, la indemnización que recibe la persona trabajadora o sus familiares representa una indemnización única que cubre todos los daños derivados del riesgo de trabajo. Esta línea jurisprudencial no se corresponde con lo que la Sala Constitucional ha señalado al respecto, ya que por voto 10910-2017, se ha indicado que las personas trabajadoras tienen derecho a una indemnización plena por riesgos de trabajo, más allá de la indemnización obtenida por lo dispuesto en el art. 223 del Código de Trabajo. La única limitación impuesta por la Sala Constitucional tenía que ver con garantizar una vía plenaria para

el reclamo de la indemnización plena más allá de lo otorgado por el seguro de riesgos de trabajo, cosa que no sucedía antes con los procedimientos judiciales por riesgos de trabajo, pero sí a partir de la Reforma Procesal Laboral (Olaso, 2021).

En Costa Rica el seguro de riesgos de trabajo indemniza la pérdida de capacidad para el trabajo, pero no otros daños derivados del riesgo de trabajo más allá o distintos de la pérdida de capacidad para el trabajo. De manera que estos reclamos por indemnización plena de los daños producidos por riesgos de trabajo, pueden ser planteados dentro del proceso ordinario por riesgos de trabajo a partir de la vigencia de la RPL en julio del 2017.

A pesar de esto y siendo que se ha mantenido por la Sala Segunda que el sistema tarifado es una indemnización única, cabe preguntarse ¿cuáles son las razones por las que el empleador no da el aviso de accidente o enfermedad y el respectivo “pase al INS”, aún en los casos en los que el empleador cuenta con un seguro de riesgos de trabajo al día y que cubre a la persona trabajadora que ha sufrido un riesgo laboral? Es claro que, mientras la Sala Segunda no varíe el criterio que impide la indemnización plena de los daños producidos por el riesgo de trabajo, el empleador, cuando paga la prima del seguro de riesgo de trabajo e incluye a las personas trabajadoras en la planilla correspondiente, ya ha pagado de antemano todos los daños derivados del riesgo de trabajo. Es decir, ya el empleador pago por los ojos, las manos, los pulmones y la vida misma de las personas trabajadoras. Siendo esto así, la consecuencia de la jurisprudencia de la Sala Segunda es que termina restando interés de los empleadores respecto de la salud ocupacional y la prevención de los riesgos de trabajo, al menos desde el punto de vista del riesgo indemnizatorio. Esto por cuanto esta línea jurisprudencial le asegura al empleador que no estaría obligado a pagar indemnizaciones adicionales a las

pagadas por el seguro de riesgos de trabajo, para indemnizar de forma plena el daño efectivamente producido sobre la persona trabajadora.

Es por eso que la reticencia patronal a dar aviso de accidente y entregar el “pase al INS”, no ha sido producto del riesgo indemnizatorio para el empleador. Por ello, la respuesta a esta interrogante viene dada por el sistema de incentivos diseñado por el INS, que tiene por objetivo fomentar el desarrollo de políticas empresariales de salud ocupacional y con ello alcanzar una disminución de la siniestralidad en las empresas. A pesar de que este es el objetivo buscado por los incentivos planteados por el INS, su diseño específico y el poder que se le ha concedido al empleador para impedir que los casos por riesgos de trabajo se abran en el INS con su sola voluntad al no llenar el aviso de accidente ni entregar a la persona trabajadora la boleta de atención o “pase al INS”, hace que, en la práctica, el sistema de incentivos tenga un efecto exactamente contrario al deseado. Es decir, la combinación de estos dos factores desincentiva el desarrollo de políticas de salud ocupacional, fomenta el bloqueo del acceso de las personas trabajadoras a los derechos derivados del seguro de riesgos de trabajo, así como el incumplimiento de la obligación empleadora de garantizar la indemnidad de las personas trabajadoras frente a los riesgos creados por el trabajo.

El sistema de incentivos tiene un componente principal de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 de las Condiciones Generales del Seguro (INS, 2019) y en los artículos 15 y 16 de la Norma Técnica del Seguro Obligatorio de Riesgos de Trabajo (INS, 2019 b) y que consiste en el porcentaje de incremento (recargo) o de disminución (descuento) de la tarifa para la renovación de la póliza, lo que depende de si la siniestralidad fue mayor o fue menor durante el período correspondiente. Al efecto, al vencer la póliza, el INS hace un estudio de siniestralidad y

calcula los puntos acumulados por el empleador, de manera que determinará si el monto asegurado es mayor o menor al total de los costos generados por concepto de prestaciones derivadas de la atención de los riesgos de trabajo según los artículos 218 y 219 del Código de Trabajo, lo que incluye indemnizaciones, gastos médicos, prótesis, rehabilitación y demás extremos ahí contemplados. De manera que si el monto total de costos generados por riesgos de trabajo es inferior o mayor al monto asegurado, la tarifa de renovación se disminuirá o tendrá un recargo. La magnitud de esa disminución o de ese recargo se calcula determinando el porcentaje de diferencia entre el total de costos y el monto asegurado en el período de estudio.

De manera que de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 de las Condiciones Generales (INS, 2019) y en los artículos 13, 14 y 15 de la Norma Técnica (INS, 2019 b), la tarifa de la póliza está determinada fundamentalmente por la tarifa definida en el manual tarifario vigente para la actividad económica asegurada más el recargo o descuento obtenido que como vimos depende de los costos derivados de la siniestralidad del período.

Adicionalmente, existe un incentivo adicional, para el caso de que el empleador cuente con un consultorio médico de empresa. En tal caso el INS le otorga, por una única vez, la devolución de un porcentaje de la prima neta del último período de vigencia de la póliza<sup>5</sup>.

Finalmente, existe un recargo adicional en el artículo 215 del Código de Trabajo y los artículos 50 a 54 de la Norma Técnica (INS, 2019 b) establecen que la prima puede recargarse hasta en un 50% si el empleador no cumple con las medidas preventivas de salud ocupacional señaladas por las autoridades competentes (art. 251 y 214 d del

Código de Trabajo). El porcentaje concreto del recargo en este caso depende la aplicación de variables establecidas en la norma técnica.

De forma tal que, si bien los incentivos diseñados por el INS buscan premiar la baja siniestralidad alcanzada por medio de la prevención y las políticas de salud ocupacional, terminan premiando a los empleadores que logran baja siniestralidad reportada al INS, por medio de la no comunicación a esa institución de los riesgos de trabajo ocurridos.

## Conclusiones

1. A pesar de haber sido reformado el marco regulatorio de los seguros obligatorios, incluyendo al seguro de riesgos de trabajo, el INS no ha adaptado su práctica administrativa y continúa tratando a las personas trabajadoras como objeto del seguro y no como sujeto de derecho, de manera que continúa supeditando el ejercicio de sus derechos a la voluntad unilateral de su empleador.
2. Para la modificación de sus prácticas no se requiere ninguna reforma legal, sino adaptar sus prácticas administrativas a lo dispuesto por el marco legal vigente. Es además competencia de la Superintendencia General de Seguros, así como del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, velar porque el INS garantice el acceso directo a las personas aseguradas como titulares de derechos derivados del seguro de riesgos de trabajo.
3. Resulta ilegal el rechazo ad portas de los casos sobre riesgos de trabajo, por la voluntad unilateral del empleador. La

5 <https://www.grupoins.com/seguro-de-riesgos-del-trabajo/beneficios-e-incentivos/>

- comunicación de los riesgos de trabajo no solo es posible sino una obligación de las personas trabajadoras, de manera complementaria, independiente o contradictoria con lo que el empleador decida comunicar, no comunicar o con los términos de esa denuncia.
4. La combinación de la potestad unilateral de calificación del evento como riesgo de trabajo o no, y la configuración de los incentivos diseñados por el INS, hacen que se fomente y se premie al empleador que no reporte los riesgos de trabajo efectivamente ocurridos, ya que estos no serán considerados en el estudio de siniestralidad del que dependen los recargos o deducciones de las primas de renovación de la póliza.
  5. Con ello, el acceso a los incentivos se puede lograr con el esfuerzo, la inversión y desarrollo de políticas de prevención y salud ocupacional en la empresa, o bien, por medio de la violación del deber de comunicación de los riesgos de trabajo ocurridos al INS. Es decir, el empleador puede beneficiarse con los incentivos del INS si logra ocultar el siniestro ilícitamente el siniestro.
  6. Esto hace que sea necesario modificar el sistema de incentivos para garantizar que cumpla su finalidad: promover la salud ocupacional y la prevención de riesgos de trabajo, en resguardo del deber de indemnidad que los empleadores poseen frente a las personas trabajadoras; y sancionar y castigar económicamente con el encarecimiento de la póliza, a quienes no desarrollen una política eficaz de salud ocupacional y de prevención de riesgos, y a quienes incumplan sus obligaciones relacionadas con el seguro de riesgos de trabajo, incluyendo la no comunicación oportuna y honesta de los riesgos de trabajo ocurridos al INS.
  7. La jurisprudencia de la Sala Segunda fomenta la displicencia frente a la salud ocupacional, y no reconoce el derecho a la indemnización plena de los daños producidos por riesgos de trabajo. Esto no solo violenta derechos humanos constitucionales de las personas trabajadoras, sino que, en conjunción con el sistema de incentivos vigente y el poder unilateral conferido ilegalmente al empleador respecto de la calificación del riesgo de trabajo y la apertura de casos por este tipo de siniestros, contribuye al deterioro de la salud ocupacional y al incumplimiento del deber de indemnidad frente a las personas trabajadoras.

## **Bibliografía**

Duarte, David (2007). Deber de indemnidad del empleador, Revista Jurídica Argentina La Ley, 2007-E, 301.

Duarte, David (2015). Accidentes y enfermedades laborales. Indemnizaciones y reparación plena en los Tratados de Derechos Humanos. En Tratado de Derechos Humanos y su Influencia en el Derecho Argentino, Directora: Silvia Palacio de Caeiro. Capítulo XXXIV, págs. 1957 a 2004. Editorial La Ley. Buenos Aires.

INS (2019). Condiciones Generales del Seguro Obligatorio de Riesgos de Trabajo. Obtenida de <https://www.ins-cr.com/media/5329/cg-2019-registro-31072019.pdf>, 24 de septiembre del 2021.

INS (2019 b). Norma Técnica del Seguro Obligatorio de Riesgos de Trabajo. Obtenida de <https://www.ins-cr.com/media/5327/nt-2019-reg-31072019.pdf>, 24 de septiembre del 2021.

Olaso Alvarez, Jorge (2021) ¿Existe en Costa Rica un cambio en la reparación integral del daño en el campo de los riesgos de trabajo? Una hipótesis al amparo de la modificación a los numerales 303 y 538 del Código de Trabajo. Revista de la Sala Segunda, No. 18.

Viales Fallas, Sidney (2021). Conferencia Procedimientos de Riesgos de Trabajo ante el Instituto Nacional de Seguros. Recuperado el 24 de setiembre del 2021 de: [https://drive.google.com/file/d/1IYOIeloohX-D8eQfl\\_izcK6uPlpuPEVig/view?usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/1IYOIeloohX-D8eQfl_izcK6uPlpuPEVig/view?usp=sharing)



# DESMATERIALIZACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO: DERECHO DE LA PERSONA TRABAJADORA A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

M.Sc. Brisa Campbell Argüello\*  
M.Sc. María Elena Carvajal Duarte\*\*  
M.Sc. Arlenny Fernández Zúñiga\*\*\*

## RESUMEN

El estudio determina cuándo se está en presencia de una relación laboral y cuáles son sus características, en particular, la relación laboral y el teletrabajo, así como sus definiciones, el impacto de la conectividad permanente al trabajo, la importancia de la desconexión digital y el derecho a desconectarse.

**Palabras clave:** tecnología, desmaterialización, desconexión digital, teletrabajo, personas trabajadoras, tecnoestrés.

## ABSTRACT

The study determines when one is in the presence of an employment relationship, and what are its characteristics, in particular, the employment relationship and telework, as well as their definitions; the impact of permanent connectivity to work, the importance of digital disconnection and the right to disconnect.

**Keywords:** technology, dematerialization, digital disconnection, telework, workers, technostress.

Recibido: 12 de agosto 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

---

\* Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR), máster en Criminología por la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica (UNED), doctoranda en Derecho en la Universidad de Costa Rica (UCR), jueza en el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José. [brisacampbell1@gmail.com](mailto:brisacampbell1@gmail.com)

\*\* Licenciada en Derecho, especialista en derecho notarial y registral, máster en Administración de Justicia -Enfoque Sociojurídico con Énfasis en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA), mediadora / negociadora / conciliadora, certificada por la DINARAC y MTSS de Costa Rica, doctoranda en Derecho en la Universidad de Costa Rica (UCR), abogada y notaria pública. [ecarvajalnotariapublica@gmail.com](mailto:ecarvajalnotariapublica@gmail.com)

\*\*\* Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR), máster en Administración de Justicia -Enfoque Sociojurídico con Énfasis en Relaciones Familiares por la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA), mediadora / negociadora / conciliadora certificada por la DINARAC de Costa Rica, doctoranda en Derecho en la Universidad de Costa Rica (UCR), jueza de pensiones alimentarias de Cartago. [arlefer04@gmail.com](mailto:arlefer04@gmail.com)

*Una de las cosas que hace la tecnología es crear nuevas oportunidades para trabajos deseados.*

**Tim O'Reilly**

*Hay virtud en el trabajo y hay virtud en el descanso. Usa ambos y no pases por alto ninguno.*

**Alan Cohen**

**Sumario:** **I.** Introducción **II.** Generalidades sobre la relación laboral y el teletrabajo. **II.A.** ¿Qué es el teletrabajo? **III.** ¿Qué impacto tiene la conectividad permanente en la relación laboral? **IV.** La desconexión digital: un nuevo derecho laboral. **IV.A.** Naturaleza jurídica del derecho a desconectarse. **IV.B.** Ausencia de regulación específica. **V.** Observaciones. **VI.** Conclusiones. **VII.** Fuentes consultadas.

## **I. Introducción**

Vivimos en una sociedad que se encuentra en constante cambio. Los avances tecnológicos hacen que se impulse la economía de las empresas; por consiguiente, se vuelven cada vez más competitivas, y es normal que se pretenda aumentar la productividad laboral, así como los ingresos.

Por tanto, se aprecia que el acelerado cambio en la organización del trabajo en las empresas públicas y privadas impacta la vida de la sociedad desde los puntos de vista político, económico y social. El derecho al trabajo es fundamental para el crecimiento económico del país. No obstante, las maneras de validarlo resultan complejas a raíz de una serie de problemas que va provocando la implementación de las nuevas tecnologías.

En el mundo globalizado, el internet se ha convertido en una herramienta esencial para el desarrollo de la prestación de servicios laborales. Es ahí donde se buscan formas innovadoras para crear alternativas que faciliten el desenvolvimiento laboral, reducir costos operativos y aumentar eficiencia y producción.

Las personas, ante tantas adversidades de la vida, suelen tomar opciones de trabajo que les permitan cierta libertad para realizar otras gestiones propias de la dinámica familiar y personal.

Actualmente, el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación es una ayuda para formar relaciones y tener mayor o mejor contacto con personas de otros continentes. Con tales ventajas, también hay inconvenientes, por ejemplo, en la relación laboral, ya que la realidad ha superado el ordenamiento jurídico vigente una vez más.

La privacidad de las personas se ha visto afectada con la conectividad permanente que provoca la eliminación de los límites entre la vida personal y laboral, entre tiempo de trabajo y de descanso, por lo que se ha producido el fenómeno denominado desmaterialización del puesto de trabajo. En consecuencia, se abrió un debate acerca de la necesidad de regular el llamado derecho a la desconexión digital.

## **II. Generalidades sobre la relación laboral y el teletrabajo**

Históricamente, las interacciones personales que surgen de una relación laboral no han sido para nada pacíficas, puesto que, por un lado, se tiene a las personas empleadoras, es decir, a quienes poseen las condiciones económicas para contratar servicios; por otro lado, a la persona trabajadora, quien tiene la necesidad o posibilidad de ofrecer esos servicios.

Esta situación ha generado conflictos a través de nuestra historia; a su vez, se han logrado

beneficios mínimos para una persona trabajadora a través de numerosas luchas sociales que van en consonancia con el principio de dignidad humana.

En Costa Rica, el derecho a un trabajo digno se tutela en la Constitución Política en el título V referido a los *Derechos y garantías sociales*. Propiamente el artículo 56 indica:

“El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho a la libre elección de trabajo<sup>1</sup>. Este artículo constitucional permite establecer que, sin lugar a dudas, el trabajo es un derecho humano y, como tal, las formas en que se desarrolle deben contemplar unas condiciones mínimas que garanticen dicha dignidad, en contraposición a considerar como simple mercancía a las personas trabajadoras.

En la actualidad, las condiciones en que se desarrolla la relación laboral implican la prestación de servicios a través de las nuevas tecnologías, la cual no puede estar exenta de la protección estatal.

Por tanto, resulta de vital importancia determinar cuándo se está en presencia de una relación laboral y cuáles son sus características. En ese sentido, Costa Rica es un referente en virtud de que se promulgó el Código de Trabajo hace más de setenta años (propriadamente en 1943),

“producto de un trabajo conjunto del Gobierno Costarricense, la Iglesia Católica y el Partido comunista,”<sup>2</sup> en el cual se regulan el derecho del trabajo y las relaciones laborales, expresando en su artículo primero que estos derechos y obligaciones, tanto de quienes contratan como de personas trabajadoras, se regirán “de acuerdo con los principios cristianos y de Justicia Social”<sup>3</sup>. Esta convergencia de las partes que puede resultar muy disímil dio lugar a la creación de una reglamentación que, actualmente, es catalogada por ciertos grupos como excesiva en cuanto a la protección de las personas trabajadoras; pero le ha permitido a nuestro país un desarrollo social y económico con estabilidad y armonía entre los diferentes grupos sociales.

El Código de Trabajo define la relación laboral en su artículo 18 a partir del contrato individual, donde, en calidad de recurso, una persona se obliga a prestar sus servicios a otra o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y la dirección inmediata o delegada de esta, a cambio de una remuneración de cualquier clase o forma<sup>4</sup>. Sobre esta base normativa, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado los tres elementos de la relación laboral. El Dr. Eric Briones las menciona en su obra *Reflexiones en torno al derecho laboral* e indica que la primera es la prestación personal del trabajo, en donde una persona específica se obliga a dar sus servicios a otra o ejecutar una obra, a cambio de una remuneración (la segunda), para sobrevivir en moneda o moneda y especie y, finalmente, el elemento de la subordinación que, a su vez, se subdivide en Poder de Dirección, poder de Control y el Poder Disciplinario (Briones 2013, 23).

- 1 Córdoba Ortega, Jorge, Córdoba Umanzor, Jorge y González Porra, Andrés. (2011). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. San José, Costa Rica: Educatex, 26.
- 2 Córdoba, Córdoba y González. *Constitución Política*, 26.
- 3 Briones Briones, Eric. (2013). *Reflexiones en torno al derecho laboral*. San José, Costa Rica: ISOLMA, 23.
- 4 Bolaños Céspedes, Fernando. (2008). *Código de Trabajo*. San José, Costa Rica: Juricentro, 11.

Estando presentes esos tres elementos, se habla de una relación laboral que otorga los consecuentes derechos y obligaciones que contempla nuestra legislación. Uno de esos derechos, que ha conllevado numerosas luchas sociales a nivel mundial, ha sido la jornada laboral de ocho horas. Germán Cascante indica que, durante la época del liberalismo, este rubro pasó de un promedio de 14 o 15 horas diarias a 12 horas al finalizar el siglo XIX, además de que ya en el “Siglo XX, entre las dos guerras mundiales se reconoció el derecho a una jornada laboral de ocho horas”<sup>5</sup>. Esta referencia a la jornada laboral resulta de particular interés en este trabajo por cuanto se relaciona directamente con la faena llevada a cabo desde el domicilio de la persona trabajadora, propiciado por las nuevas tecnologías y conocida como teletrabajo.

De esta forma, se puede pactar una jornada laboral igual a la que tendría en caso de desempeñarse en el puesto de trabajo facilitado por el patrono, o bien cuando no se estipula una jornada laboral, sino entrega de trabajo por metas, en donde quien provee el servicio dispone del uso de su tiempo, siempre que cumpla con los requerimientos fijados por el patrono.

Sobre la naturaleza jurídica del teletrabajo, el Dr. Briones señala que es, en realidad, “un trabajo a distancia que se encuentra regulado en los numerales 109 al 113 del Código de Trabajo”<sup>6</sup>. El artículo 109 detalla que las personas trabajadoras

a domicilio son aquellas que “elaboran artículos en su hogar u otro sitio elegido libremente por ellos, sin la vigilancia o la dirección inmediata del patrono o su representante”<sup>7</sup>. Entonces, este es el marco legal para normar esta modalidad de trabajo hasta que la aprobación de la Ley N.º 9738, para Regular el Teletrabajo, entre en vigencia. Sin embargo, una vez revisado el proyecto de ley, se observa que se le da el tratamiento propio de un trabajo a domicilio ya tutelado en el Código Laboral.

## II.A. ¿Qué es el teletrabajo?

Pero, ¿qué es el teletrabajo y cuáles son sus implicaciones en las relaciones labores? Sobre su definición, se debe indicar que Costa Rica no cuenta con una ley vigente que nos brinde una acepción. No obstante, en el Proyecto de Ley N.º 19355, artículo cuatro, el teletrabajo se define como una:

*prestación de servicios de carácter no presencial fuera de las instalaciones de las instituciones del sector público, -siempre que las necesidades del servicio lo permitan- en virtud de la cual un trabajador puede desarrollar su jornada laboral de forma parcial o total desde su propio domicilio, centro que se destine para tal fin, en atención al cliente, o en trabajos de campo, mediante el uso de medios telemáticos*<sup>8</sup>.

5 Bolaños, Código, 27.

6 Briones, *Reflexiones*, 91. Leodegario Fernández Sánchez. (2013). *Derecho individual del trabajo*. Madrid: UNED, 54, e-libro. “En este concepto legal quedan reflejados los elementos que lo caracterizan y que siendo un contrato de trabajo común u ordinario presenta como caracteres específicos, la libre elección del lugar de trabajo, al no existir aquí centro de trabajo organizado bajo la responsabilidad del empresario, y la ausencia de la norma vigilancia y control del empresario sobre la forma de prestar la actividad laboral”. Ver\_German Cascante Castillo. (2013). *Teorías generales del derecho del trabajo*. San José, Costa Rica: IJSA, 105.

7 Briones, *Reflexiones*, 91.

8 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Expediente n.º 19355: Ley para Regular el Teletrabajo; 2019, Masterlex, <https://bit.ly/37hUhyz> (accedido el 28 de septiembre de 2019).

En esta definición, se refiere únicamente a la relación laboral donde el patrono es el Estado, por cuanto hace referencia a la prestación del trabajo fuera de las instalaciones del sector público. Empero, dentro del ámbito de aplicación de la ley recogida en el artículo dos, se señala que regula también a las empresas privadas que contraten personas bajo la modalidad del teletrabajo.

Esto permite concluir un error por resolver en la definición en el documento final que firme el Poder Ejecutivo.

Como se indicaba, en la doctrina se define el teletrabajo como una solución que surge de aplicar las nuevas tecnologías para desarrollar las labores, las cuales permiten que esto se realice desde un lugar remoto distinto al puesto de trabajo que, usualmente, es dado por el patrono.

De las Heras García señala que el término teletrabajo “aparece por primera vez en Estados Unidos en los años setenta del siglo pasado, en donde se habla de *telework* como la forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por medio de tecnologías de la información”<sup>9</sup>. Y agrega que ello tenía como fin reducir los desplazamientos de las personas trabajadoras, precisamente por los embotellamientos u horas punta en las ciudades.

Este punto es uno de los que más se explota cuando se promociona el teletrabajo. Sin ir más lejos, dentro de la página oficial del Gobierno, se indica sobre este tema que “beneficiará a la ciudadanía y al país, puesto que ayudará al descongestionamiento vial, lo que dará una

disminución de la huella de carbono al reducir los desplazamientos”<sup>10</sup>.

Existen entonces dos componentes constitutivos de la figura del teletrabajo, uno es el locativo, es decir, el lugar donde se desarrolla el trabajo; otro, el tecnológico,<sup>11</sup> de manera que para estar en modalidad de teletrabajo, la labor se debe desarrollar en un lugar distinto a los centros de empleo para la empresa y mediante el uso de equipos informáticos y tecnologías.

De las Heras García (2016, 51) indica que no es posible dar una definición válida del teletrabajo debido a la heterogeneidad de esta forma de desempeño, a pesar de que existe consenso en señalar estos dos elementos -lugar y tecnologías- para delimitar el concepto. Respecto al lugar de labores, concluye que, en el teletrabajo, desaparece el concepto de centro de trabajo y se habla de lugar de trabajo<sup>12</sup>.

### III. ¿Qué impacto tiene la conectividad permanente en la relación laboral?

Cuando la fuerza laboral se encuentra en su lugar de trabajo, debe realizar las tareas que se le han asignado de la mejor manera; es decir, con eficiencia, agilidad, eficacia y responsabilidad, dedicando su tiempo laboral, cien por ciento, a sus quehaceres.

Una vez que la persona sale de su puesto de trabajo, no se le debe interrumpir su descanso, pues ya ha cumplido su jornada laboral y necesita desconectarse, tanto física como mentalmente,

9 De las Heras García, María Aránzazu. (2016). *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*. Madrid, España: CEF, p. 37.

10 De las Heras García. *El teletrabajo*, p. 37.

11 Presidencia de la República de Costa Rica. *Teletrabajo es ley de la república*. Gobierno del Bicentenario. 18 de septiembre de 2019, accedido el 28 de septiembre de 2019, <https://bit.ly/3jpCDyN>.

12 De las Heras García. *Teletrabajo*, p. 51.

para evitar los grados de estrés que conllevan el hecho de mantenerse siempre conectado, entendiendo el término como: “unir o poner en comunicación dos cosas o dos personas, o una con otra”<sup>13</sup>.

En la actualidad, los grandes desafíos que se presentan día con día, de conformidad con la tecnología, hacen que tanto las empresas públicas como privadas busquen llevar a cabo las funciones desde otros escenarios y no necesariamente desde sus oficinas formales. Esto implica que se puede trabajar desde la casa, un restaurante, un parque y más. Claro está, esta labor debe estar regulada acorde con los controles internos de cada entidad, con una serie de requisitos que se deben tener para poder acceder al trabajo de forma remota.

La conectividad denota “en diversas especialidades, capacidad de conectarse o hacer conexiones”<sup>14</sup>. Además, aludiendo a esa conectividad en informática, se refiere a que “conectividad hace referencia a aquellas PCs, periféricos, PDAs, teléfonos celulares, robots, o cualquier otro dispositivo electrónico, que puede ser conectada a una PC u otros dispositivos de forma autónoma”<sup>15</sup>.

El ser humano siempre está anuente a los cambios, así se ha evidenciado a través de la historia, el devenir de la tecnología no es la excepción. Muchas personas trabajadoras han tenido que migrar y hacer esfuerzos para conocer y utilizar las herramientas digitales tales como teléfonos inteligentes, páginas web, mensajería, base de datos, correo electrónico, redes sociales, entre otros.

La conectividad permanente en la relación laboral se vuelve contraproducente, pues hace que quien labora sufra de diferentes maneras, ya sea física, emocional, social e intelectualmente, por la falta del descanso necesario para retomar su trabajo habitual.

Ahora bien, la principal complicación para la fuerza que labora fuera de la oficina por teletrabajo ocurre debido a que se dan abusos por parte de quien le emplea o sus pares al realizarle consultas aun estando fuera del horario laboral. Por lo tanto, sufre de la pérdida de su privacidad.

Por otro lado, cuando los sistemas que son indispensables en la conectividad fallan, aunque no sea responsabilidad de la persona trabajadora, sino por problemas físicos de cualquier índole, le genera estrés debido a las repercusiones que le podrían causar el no poder estar disponible en el tiempo laboral que la jefatura requiera.

Otras enfermedades en las que se ve afectada la persona trabajadora es el tecnoestrés: “Se trata de una nueva clase de estrés relacionada con el uso de las nuevas tecnologías en el entorno laboral [...]. En definitiva, el tecnoestrés está causado por la incapacidad para gestionar de manera saludable las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC)”<sup>16</sup>.

“El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) diferencia tres tipos de tecnoestrés: la tecnoansiedad, la tecnofatiga y la tecnoadicción”<sup>17</sup>.

13 Real Academia Española, s. v. “conectar”. Accedido el 29 septiembre de 2019, <https://bit.ly/3xnTB5w>.

14 Real Academia Española, s. v. “conectividad”. Accedido el 29 septiembre de 2019, <https://bit.ly/3jjffD1>.

15 LEGSA.com.ar; s.v. “conectividad”. Accedido el 29 septiembre de 2019, <https://bit.ly/3fs6mGa>.

16 ALEGSA.com.ar; s.v. “conectividad”. Accedido el 29 septiembre de 2019, <https://bit.ly/3fs6mGa>.

17 Cinfasalud. ¿Te sientes sobrepasado por el uso de las nuevas tecnologías en tu puesto de trabajo? Tecnoestrés laboral. Accedido el 25 febrero, 2019, <https://bit.ly/3rPIKkO>.

Conforme a lo indicado por el doctor Julio Maset, la tecnoansiedad es el tipo de tecnoestrés más conocido, el cual consiste en que se experimentan altos niveles de activación fisiológica no placentera, además de tensión y malestar por el uso presente o futuro de algún tipo de TIC, y produce actitudes escépticas respecto al uso de tecnologías, incluso pensamientos negativos sobre la propia capacidad para manejarlas. Asimismo, induce a evitarlas en ocasiones, tal como se expone en el Sitio Web Cinfasalud<sup>18</sup>.

Tal como se explica en el sitio web,<sup>19</sup> la tecnofatiga se caracteriza por sentimientos de cansancio y agotamiento mental ocasionados por el uso excesivo de las TIC. A veces se amalgama con actitudes escépticas o creencias de ineficacia respecto a su uso. Además, existe un tipo específico de tecnofatiga llamado síndrome de la fatiga informativa, comprende la sobrecarga de conocimiento que padecemos cuando utilizamos internet, y resulta de los requisitos que impone la actual sociedad de la información.

El doctor Julio Maset refiere que la tecnoadicción es un uso compulsivo incontrolable de las TIC por largos periodos de tiempo y en cualquier lugar. Las personas tecnoadictas son aquellas que pasan pendientes de los últimos avances tecnológicos y acaban siendo dependientes de estos recursos, tanto que estructuran sus vidas en función de las TIC. Maset menciona los resultados de una encuesta realizada por el Observatorio de Prevención de Riesgos Laborales (OPRL) que muestran que una de cada tres personas participantes (32%) asevera que siempre o con

reiteración se siente mal si no tiene acceso a las TIC (mail, móvil, internet), entretanto que un 28% siente un estímulo interno que lo obliga a usarlas en cualquier momento y lugar. Esto se expone en el sitio web Cinfasalud<sup>20</sup>.

De ahí surge la importancia de aplicar legislación para que todas las partes estén cubiertas en estas nuevas formas de trabajo, a fin de hacer frente a las distintas enfermedades.

Es destacable que, hoy en día, las grandes empresas buscan el confort del equipo laboral: “piscinas, canchas de vóley, salas de yoga, ping pong, fútbolín, comida gratis, espacios para dormir, y un largo etcétera,”<sup>21</sup> con el objetivo de aumentar la productividad y evitar enfermedades; “en oficinas como estas es difícil imaginarse a empleados depresivos o estresados y, precisamente por eso, según un estudio, los trabajadores son más productivos”<sup>22</sup>.

El escenario anterior debería ser el ideal, sin embargo, no todas las empresas públicas o privadas pueden mantener un estilo de confort en su ámbito laboral. Empero sí pueden innovar en alternativas con respecto a los puestos de trabajo, tales como la desmaterialización de estos, apoyándose en las “plataformas de comunicaciones inalámbricas”<sup>23</sup> y, de esta forma, su personal colaborador tendría alternativas para trabajar fuera de la oficina, con derecho asegurado a la desconexión digital, con el propósito de evitar posibles enfermedades que afecten a la persona trabajadora y a su familia de modo colateral.

18 Véase en el sitio web Cinfasalud, lo referente a tecnoestrés.

19 Véase en el sitio web Cinfasalud, lo referente a tecnoansiedad.

20 Véase en el sitio web Cinfasalud, lo referente a tecnoansiedad.

21 Véase en el sitio web Cinfasalud, lo referente a tecnoansiedad.

22 Mañé Vernia, Sonia. Controvertidas formas de mejorar la productividad laboral – #DebateIEBS, IEBS (blog). 11 de abril de 2016, <https://bit.ly/3A4VA0g>.

23 Mañé Vernia. Controvertidas formas de mejorar la productividad laboral – #DebateIEBS, IEBS (blog). 11 de abril de 2016, <https://bit.ly/3A4VA0g>.

#### IV. La desconexión digital un nuevo derecho laboral

En este apartado, se abarcarán algunos aspectos relevantes sobre la desconexión digital en la relación laboral, “entendida como el derecho, reconocido a los trabajadores, a no conectarse a cualquier herramienta digital profesional (teléfono inteligente, internet, correo electrónico, etc.) durante los periodos de descanso y vacaciones”<sup>24</sup>.

Este tema es de gran relevancia, ya que ha causado interesantes debates sobre la necesidad de regularlo, lo que lleva a analizar si existe un nuevo derecho laboral. La era de la globalización ha provocado profundas transformaciones y ha afectado todos los ámbitos del ser humano.

El derecho laboral no ha escapado a este fenómeno y ha sido una de las esferas donde los grandes cambios han producido nuevas situaciones con una urgente necesidad de ser atendidas.

A este respecto, es posible señalar que estos procesos “han dado lugar a un fenómeno de conectividad permanente que está afectando a todos los ámbitos de la actividad humana, [...] donde las fronteras entre tiempo de trabajo y descanso se están diluyendo cada vez más”<sup>25</sup>.

Las nuevas tecnologías de la información cambiaron vertiginosamente la forma de comunicarse y relacionarse, en comparación con tan solo unos pocos años atrás. En general, han

pasado a constituir, para bien o para mal, una parte esencial en la vida diaria.

El uso del internet es, sin duda, una de las herramientas más usadas en muchas actividades cotidianas, en cuenta las productivas, y ofrece la ventaja de poder estar permanentemente conectados de muy diferentes formas. De tal manera, esto “propicia que muchos trabajadores se encuentren permanentemente “enganchados” al trabajo, -a través de diferentes mecanismos tecnológicos”<sup>26</sup>.

En estos escenarios, se procura enfocar el objeto de esta investigación, ya que, si bien es cierto, la revolución digital ha significado un gran avance y progreso para la humanidad, también existen muchos aspectos negativos sobre los cuales las personas expertas están tratando de llamar la atención.

En el ámbito laboral, específicamente, se están generando serios problemas, “fundamentalmente en lo relativo a la seguridad, a la privacidad de las personas, a la dificultad de desdibujar la línea divisoria entre la vida personal y laboral del trabajador y, en consecuencia, a la eliminación de la frontera entre tiempo de trabajo y descanso, lo que podría conllevar no solo riesgos físicos sino, especialmente, riesgos psicosociales como el tecnoestrés, fatiga informática, etc.”<sup>27</sup>.

En ciertos puestos de trabajo y en actividades específicas donde es posible trabajar fuera de la oficina, es frecuente encontrar personas que

24 Castells, Manuel. (2013). El impacto de internet en la sociedad: una perspectiva global. En *C@mbio: 19 ensayos clave sobre cómo internet está cambiando nuestras vidas*. OpenMind BBVA, <https://bit.ly/3joA7ZD>

25 Pérez Campos, Ana Isabel. (2019). La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral? *Anuario Jurídico y Económico Escorialense, s.f.*, EBSCOhost Academic Search Complete.

26 Pérez Campos, Ana Isabel. (2019). La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral? *Anuario Jurídico y Económico Escorialense, s.f.*, EBSCOhost Academic Search Complete.

27 Pérez. *La desconexión digital*, p. 103.

están conectadas a internet las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana. Muchas veces, estas circunstancias son aprovechadas por gerencias o jefaturas que, aun fuera de la jornada laboral, hacen llamadas, envían correos electrónicos o mensajes durante fines de semana o, peor aún, en períodos de vacaciones, causando de forma evidente un grave perjuicio al derecho de descanso, a la vida personal y familiar.

Es importante señalar lo anterior, puesto que los mayores riesgos en el mundo laboral que han resultado como consecuencia del uso y abuso de las nuevas tecnologías, y que están dañando la salud mental, física y social de las personas trabajadoras se han denominado como “el síndrome de la tecnofatiga o fatiga informática”<sup>28</sup> y el tecnoestrés, fenómenos provocados por “la sobrecarga en el trabajo o el exceso [*sic*] información por el uso de las tecnologías, puede dar lugar a que el trabajador se encuentre colapsado”<sup>29</sup>.

En este contexto, sin que sea considerado como teletrabajo, la persona debe desempeñar tareas fuera de la jornada laboral, y no se le remuneraran las horas extra, lo que violenta los derechos mínimos al descanso, la salud, la vida privada y familiar.

Ante esta búsqueda por proteger los derechos laborales, se ha creado el derecho a la desconexión laboral en algunas legislaciones. Por ejemplo, el 1 de enero del 2017, entró a ser parte del ordenamiento jurídico en Francia con la promulgación de la Ley “Loi 2016 – 1088 del 8 de agosto de 2016, también conocida como la *Loi Travail* o *Loi El Khomri*”<sup>30</sup>.

Esta reforma introduce un apartado siete en el Código de Trabajo Francés, pero no define de forma clara el derecho a la desconexión, aunque sí se desprende que se refiere al derecho a no desarrollar actividades fuera de la jornada de trabajo, a no ser contactado a través de ningún medio digital o electrónico y a negarse a responder sin que se le atribuya ninguna consecuencia (Naranjo, 2017, 50-1).

Lo que el artículo 7 sí contempla es “que el objeto principal del derecho a la desconexión es garantizar al trabajador su espacio de descanso, de vida personal y familiar”<sup>31</sup>.

Esta iniciativa francesa ha sido criticada por considerarse limitada, ya que no fue más allá poniendo sanciones a patronos que no se abstuvieran de tales conductas; además, porque remite a la negociación colectiva para decidir cómo regularlo.

Otros países europeos como Alemania, Italia y España también reconocen este derecho a la desconexión digital, algunos de forma más genérica que otros. Por ejemplo, España aprobó la Ley de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales, y además se ha reconocido este derecho por la vía de negociación colectiva y la jurisprudencia.

A nivel nacional, a pesar de que Costa Rica también ha tenido un gran avance en el uso de las nuevas tecnologías en el trabajo, la regulación específica en esta materia está ausente. Esta situación es preocupante, ya que cada vez más, tanto en el sector público como privado, aumenta

28 Arangüez Valenzuela, Lucía. (2017). El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Dialnet.

29 Arangüez. El impacto, 105..

30 Arangüez. El impacto, 113.

31 Naranjo Colorado, Luz Dary. (Julio-diciembre de 2017). “Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral”. *Saber, Ciencia y Libertad*. EBSCOhost Academic Search Complete.

la implementación de figuras como el teletrabajo y otras modalidades que requieren ser reguladas en su aplicación y ejecución.

#### **IV.A. Naturaleza jurídica del derecho a desconectarse**

En cuanto a la naturaleza del derecho a la desconexión digital, la doctrina ha discutido si, efectivamente, este es un derecho nuevo a favor de la persona trabajadora y una obligación a cargo de quien le emplea o si, por el contrario, existe ya en los ordenamientos nacionales.

Hay quienes han calificado la desconexión digital “no como un derecho nuevo, sino como una garantía de efectividad de un derecho social fundamental clásico, el derecho al descanso”<sup>32</sup> que se contempla en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos y que encuentra su base desde 1970 en el Convenio número 132 de la OIT.

#### **IV.B. Ausencia de regulación específica**

La delimitación entre el tiempo de laborar y el de no laborar, el lugar físico como centro de operaciones y los puestos *in situ* son elementos esenciales de la prestación laboral que están diluyéndose en torno a esta nueva realidad donde impera la conectividad permanente y que afecta el ámbito personal o familiar de las personas trabajadoras (Molina, 2018, 251-83).

Se observa cómo los teléfonos inteligentes, las tabletas, los iPads, las redes sociales, los correos electrónicos y la utilización de cualquier otro dispositivo digital con el cual se mantiene una conectividad trascienden de los lugares donde se desarrolla una actividad laboral, propiciando la flexibilidad de la jornada de trabajo.

Por la incidencia de la interconectividad digital permanente y su impacto en la prestación de los servicios laborales que está causando la transformación de los entornos y las formas de ejecutar las faenas, la disponibilidad constante, incluso fuera del horario de la jornada, además otros factores que se derivan de este fenómeno son insumos que justifican la necesaria regulación de los derechos laborales vinculados a la salud, la seguridad, el acoso y el debido descanso.

#### **V. Observaciones**

Así como las relaciones humanas son dinámicas o evolucionan, lo mismo sucede con las relaciones laborales. Por lo tanto, debe modificarse constantemente la normativa laboral que la tutela. En un inicio, se ve cómo el trabajo no siempre fue considerado como una relación contractual entre personas con igualdad de derechos y obligaciones; es decir, cuando cada una de las partes contraen unas obligaciones, conservando siempre su inherente dignidad.

Por el contrario, esta relación laboral con sus tres componentes elementales: salario, prestación personal del servicio y poder de control del patrono ahora se ve inmiscuida dentro de los avances tecnológicos que les permiten a los patronos acercar el lugar de trabajo hacia la persona trabajadora y evitar así que esta deba desplazarse hasta lo que comúnmente se denomina como centro o puesto de trabajo, cuya desmaterialización da como resultado el teletrabajo.

Ahora bien, en ese contexto, es menester establecer cómo se desarrolla esa nueva modalidad de trabajo y cómo influye la conectividad en la persona trabajadora. A partir del presente estudio, se puede ver que la conectividad permanente en la

32 Naranjo. Vicisitudes, 54.

relación laboral es contraproducente, pues genera serios problemas de salud físicos, emocionales, sociales e intelectuales.

Esta nueva forma de trabajo es una buena alternativa para quienes laboran, empero, deben cumplir con ciertos requisitos, tales como tener una buena conexión a internet, contar con equipo adecuado para cumplir con sus labores; aunque en algunos casos, la empresa contratante puede facilitar las herramientas necesarias en esta materia.

Aun con todos los beneficios que conlleva el teletrabajo o la desmaterialización del trabajo, no deja de afectar la salud ocupacional, debido a los abusos por parte de jefaturas y sus pares, porque aunque la persona trabajadora haya terminado su horario laboral, les envían consultas, correos electrónicos, mensajes de texto y más, generándole grandes cargas de estrés, por lo que le produce el padecimiento de diferentes enfermedades. Por eso es importante tener bien regulados el teletrabajo y cualquier modalidad de desmaterialización del trabajo.

## VI. Conclusiones

Acercas del estudio sobre el derecho de la persona trabajadora a la desconexión digital, se determinó que el empleo de dispositivos tecnológicos en la relación laboral ha aumentado, permitiendo una comunicación continua.

Es evidente que se desempeñan tareas fuera del límite de la jornada laboral sin que se remuneren horas extra. A su vez, se están violentando el espacio individual de descanso, así como la vida personal y familiar, lo que conllevaría a riesgos físicos y psicosociales como el tecnoestrés y la fatiga informática, entre otros. Afortunadamente, es esencial señalar que el Proyecto de Ley fue aprobado y Costa Rica cuenta con la regulación

específica para su aplicación y ejecución. Este proceso se concretó durante la elaboración de este estudio.

## VII. Fuentes consultadas

ALEGSA.com.ar. Accedido el 29 de septiembre de 2019. <https://bit.ly/3fs6mGa>.

ALRCR. (2019). Expediente n.º 19355: Ley para Regular el Teletrabajo. Masterlex. <https://bit.ly/37hUhyz> (Accedido el 28 septiembre de 2019).

Aragüez Valenzuela, Lucía. (2017). El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés. e-Revista Internacional de la Protección Social, Dialnet.

Bolaños Céspedes, Fernando. (2008). Código de Trabajo. San José, Costa Rica: Juricentro.

Briones Briones, Eric. (2013). Reflexiones en torno al derecho laboral. San José, Costa Rica: ISOLMA.

Cascante Castillo, German. (2013). Teorías generales del derecho del trabajo. San José, Costa Rica: IJSA.

Castells, Manuel. (2013). El impacto de internet en la sociedad: una perspectiva global. En *C@mbio: 19 ensayos clave sobre cómo internet está cambiando nuestras vidas*. OpenMind BBVA, <https://bit.ly/3joA7ZD>.

Córdoba Ortega, Jorge, Jorge Córdoba Umanzor y Andrés González Porras. (2011). Constitución Política de la República de Costa Rica. San José, Costa Rica: Educatex.

Cinfasalud. ¿Te sientes sobrepasado por el uso de las nuevas tecnologías en tu puesto de trabajo? Tecnoestrés laboral. Accedido el 25 febrero, 2019. <https://bit.ly/3rPIKkO>.

De las Heras García, María Aránzazu. (2016). El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas. Madrid, España: CEF.

Fernández Sánchez, Leodegario. (2013). Derecho individual del trabajo. Madrid: UNED, e-Libro.

Mañé Vernia, Sonia. (11 de abril de 2016). Controvertidas formas de mejorar la productividad laboral – #DebateIEBS. IEBS (blog). <https://bit.ly/3A4VA0g>.

Molina Navarrete, Cristóbal. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “Desconexión digital”, garantía del derecho de descanso. Temas Laborales. EBSCOhost Academic Search Complete.

Naranjo Colorado, Luz Dary. (Julio-diciembre de 2017). Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral. Saber, Ciencia y Libertad, EBSCOhost Academic Search Complete.

Pérez Campos, Ana Isabel. (2019). La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral? Anuario Jurídico y Económico Escurialense. EBSCOhost Academic Search Complete.

Presidencia de la República de Costa Rica. Teletrabajo es ley de la República: Gobierno del Bicentenario; 18 setiembre 2019. Accedido el 28 setiembre de 2019. <https://bit.ly/3jpCDyN>.

Real Academia Española. Accedido el 29 de setiembre de 2019. <https://bit.ly/3xnTB5w>.

Real Academia Española. Accedido el 29 setiembre de 2019. <https://bit.ly/3jjffD1>.

# LA JUSTICIA RESTAURATIVA: DESAFÍOS Y RECOMENDACIONES ANTE EL COVID-19

*M.Sc. Lourdes Espinach Rueda\**

## RESUMEN

La justicia restaurativa se destaca por ser una justicia más humana que atiende a las necesidades de las partes involucradas en la causa judicial. La pandemia causada por el coronavirus ha significado grandes retos para la atención y el abordaje restaurativo en materia penal y penal juvenil. El objetivo de este artículo es destacar los principales desafíos y las recomendaciones para la justicia restaurativa en medio de esta crisis humanitaria.

**Palabras claves:** pandemia, COVID-19, coronavirus, justicia restaurativa, penal, penal juvenil, desafíos y recomendaciones.

## RESTORATIVE JUSTICE: CHALLENGES IN RECOMMENDATIONS FACE WITH COVID-19

## ABSTRACT

Restorative justice stands out for being a more humane justice, which attends to the parties involved in the judicial case. The pandemic caused by the Coronavirus has meant great challenges for the care and restorative approach in criminal and juvenile criminal matters. The objective of this article is to highlight the main challenges and recommendations for restorative justice during this humanitarian crisis.

**Keywords:** pandemic, COVID-19, coronavirus, restorative justice, challenges and recommendations.

Recibido: 10 de junio de 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

---

\* Jueza penal juvenil, integrante de la Subcomisión de Acceso a la Justicia en Penal Juvenil, gestora de penal juvenil con 17 años de trabajo 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

**SUMARIO:** Introducción. I. La pandemia por el COVID-19. II. El Poder Judicial y el coronavirus. III. La justicia restaurativa y el COVID-19. IV. Desafíos y recomendaciones. Conclusión.

## Introducción

Con la declaratoria por la Organización Mundial de Salud de la existencia de una pandemia causada por el coronavirus en el 2020, el mundo entero ha tenido que adecuarse a una nueva forma de vida. Los Gobiernos centrales en el mundo han tenido que establecer políticas y girar lineamientos para mitigar el contagio.

En Costa Rica, con el fin de garantizar la salud a la ciudadanía, la Presidencia de la República y su gobierno emitieron una serie de decretos ejecutivos para disminuir los riesgos catastróficos de este virus. Esto implicó la puesta en práctica de medidas preventivas en todo nuestro país.

El Poder Judicial, como parte de este Gobierno y encargado de la administración de justicia<sup>1</sup>, también tomó acciones para proteger a las personas funcionarias que laboran en dicha institución, con el fin de que puedan continuar brindando los servicios a la ciudadanía<sup>2</sup>.

Las buenas prácticas que se venían desarrollando desde años atrás a nivel institucional, como la utilización de videoconferencias para garantizar el acceso a la justicia, especialmente a las poblaciones en condición de vulnerabilidad, y la modalidad de teletrabajo para las personas funcionarias se fortalecieron con la llegada del coronavirus. Por estos motivos, las diferentes comisiones institucionales requirieron estudios

minuciosos para implementar y extender estas buenas prácticas a la mayor parte de las personas funcionarias judiciales y a nivel nacional.

La Oficina Rectora de Justicia Restaurativa como parte del Poder Judicial también emitió una serie de lineamientos que fueron comunicados mediante circulares administrativas; para adecuar los servicios de la justicia restaurativa a la modalidad de trabajo virtual con el fin de poder continuar brindando los servicios de acuerdo con las necesidades reales que el país estaba demandando. Sin embargo, se considera que esta modalidad genera grandes desafíos para la justicia restaurativa.

El objetivo de este artículo es reflejar los principales desafíos para la justicia restaurativa causados por la pandemia del coronavirus, así como compartir algunas recomendaciones para mitigarlos.

Para una mejor comprensión de la lectura, expondremos en primer lugar aspectos generales sobre la pandemia del coronavirus, las medidas adoptadas por el Poder Judicial y la Oficina Rectora de Justicia Restaurativa. Por último, se destacarán los principales retos para la justicia restaurativa ante el COVID-19 y se compartirán las recomendaciones.

## I. La pandemia por el COVID-19

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (sucesivo OMS) decreta estado de pandemia de salud pública producida por el virus SARS – COV 2, conocido como COVID-19 o coronavirus. De acuerdo con investigaciones

1 Ver artículos 9 y 153 de la Constitución Política.

2 Ver artículo Breve reseña de las acciones judiciales tomadas en Costa Rica en el contexto de la pandemia por el COVID-19 (marzo- noviembre de 2020). Revista Digital EDI. El acceso a la justicia en tiempo de pandemia 2. William Serrano Baby. 2020, p. 7.

preliminares, esta enfermedad surge de un brote en Wuhan<sup>3</sup> China a finales del 2019 y se propagó rápidamente por el mundo.

Debido a su fácil y rápida transmisión, la OMS recordó a todos los países la necesidad de activar y ampliar mecanismos de respuesta de emergencia para enfrentar el virus<sup>4</sup>.

En nuestro país, se registró el primer caso el 6 de marzo de 2020. Momentos después, se emitió el Decreto n.º 42221- MP-S que declaraba estado de emergencia nacional en todo el territorio de la República de Costa Rica, debido a la situación de emergencia sanitaria provocada por la enfermedad COVID-19<sup>5</sup>.

Para diciembre del 2020, la pandemia había causado 79 millones de casos por contagio del virus y más de 1.7 millones de muertes en todo el mundo<sup>6</sup>.

El coronavirus ha desatado una pandemia de salud pública; pero esta también ha tenido efectos en la vida humana a nivel familiar, social, laboral y económica. Por eso, en todo el mundo, se ha visto reflejado estadísticamente un aumento de violencia de género, violencia intrafamiliar y, en general, maltrato a las poblaciones en condiciones más vulnerables. A su vez, se ha reportado un aumento en enfermedades asociadas con trastornos mentales causados por el estrés y el confinamiento. Son situaciones tan difíciles que

podemos concluir que esta pandemia ha desatado una crisis humanitaria mundial<sup>7</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta la declaración n.º 1/20 del 9 de abril de 2020, donde determina que los problemas y desafíos causados por la pandemia del COVID-19 deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. También señala que, dado a la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminar a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcional porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad<sup>8</sup>.

Esta norma internacional, en resumen, recuerda la obligación de los Estados de abordar los problemas de la pandemia a través del diálogo, de apoyar y cooperar de manera conjunta entre los Estados, garantizar el derecho a la salud, el acceso a la justicia, el respeto y protección a las poblaciones más vulnerables. También, llama a la precaución en el uso de la fuerza para implementar medidas de contención y en las medidas que se adopten que podrían restringir el goce y ejercicio de los derechos humanos.

En los primeros meses del 2020, el mundo prácticamente se había paralizado. Con el transcurrir del tiempo, nos fuimos dando cuenta de que el virus había llegado para quedarse y se debían establecer estrategias para enfrentar la

3 En la actualidad, este tema se mantiene en investigación.

4 Recuperado de: <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-pandemia-brote-de-covid-19-nivel-mundial-segun-oms-1895>.

5 Para acceder al decreto: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90737&nValor3=119661&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90737&nValor3=119661&strTipM=TC)

6 Recuperado de: <https://www.rtve.es/noticias/20201224/mapa-mundial-del-coronavirus/1998143.shtml>

7 Recuperado de: [https://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/SRWomen/Pages/call\\_covid19.aspx](https://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/SRWomen/Pages/call_covid19.aspx) <https://www.unicef.org/costarica/comunicados-prensa/aumento-de-violencia> [https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS\\_749663/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_749663/lang-es/index.htm)

8 Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\\_1\\_20\\_ESP.pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf)

pandemia y continuar con la vida cotidiana. Por eso se implementaron acciones preventivas e innovadoras para garantizar el derecho a la salud en medio de una pandemia.

En cuanto a este derecho, en el año 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emite en Ginebra la Observación General 14 que destaca el derecho a la salud como un derecho humano fundamental del más alto nivel. Señala en el párrafo cuarto que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es decir, el concepto de salud integral interpela a múltiples disciplinas, entre ellas la medicina, la psicología, el trabajo social y el derecho<sup>9</sup>.

Desde este contexto, cabe destacar que, en un Estado democrático de derecho, deben garantizarse estos mandatos internacionales. Para ello es un deber involucrar a los diferentes órganos de la república para legitimar los derechos fundamentales de las personas, siendo la salud uno de los más relevantes, ya que se concibe no solo como una ausencia de enfermedad, sino también como un bienestar que engloba tanto lo mental como lo social.

Para garantizar este derecho a la salud en un Estado democrático, se requiere respetar las garantías fundamentales y sociales. Para ello debe brindarse acceso a la justicia y administrarlo con el objetivo de hacer respetar la tutela de los derechos de las personas, promoviendo la seguridad ciudadana, labor que es fundamental del Poder Judicial.

El Poder Judicial es el órgano encargado por mandato constitucional de administrar la justicia de forma independiente, pronta, cumplida y accesible con el fin de resolver los conflictos de manera pacífica, eficaz, eficiente, transparente y en apego a la ley, en aras de contribuir con la democracia, la paz social y el desarrollo sostenible del país<sup>10</sup>.

Este órgano de la república también ha tenido que tomar acciones frente a la pandemia, ya que tiene el gran desafío de continuar brindando sus servicios y cumpliendo con su función constitucional de administrar justicia, especialmente en materias sensibles que resguardan derechos fundamentales a través de servicios esenciales como son: la atención de casos de violencia doméstica, pensiones alimentarias, penal, penal juvenil, laboral y otras. Esto obliga a buscar alternativas que no pongan en peligro la salud pública y que integren a las personas funcionarias judiciales.

En consecuencia, para esta institución pública, la pandemia implicó la adecuación de sus servicios a la virtualidad, con el fin de mitigar el riesgo del contagio, tanto a las personas usuarias como a las personas funcionarias. De inmediato se inició con la construcción de protocolos de actuación para cada jurisdicción, con el fin de implementar la virtualidad de acuerdo con las realidades, necesidades y posibilidades de cada materia. También, se realizó una tarea para definir los puestos de trabajo, determinar si era viable o no la posibilidad del teletrabajo como parte de las medidas preventivas en resguardo de la salud para las personas. Estas medidas aún se mantienen y son valoradas por la Corte Plena, quien define si

9 Recuperado del artículo de Alonso Matilde Sonia & Rojas Alonso Luciano Pablo. (2020). COVID 19, una mirada victimológica y de derechos humanos. Argentina , p. 114.

10 Sobre la visión, misión del Poder Judicial, ingresar a la siguiente página: <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/informacion-institucional/vision-mision-y-valores-del-poder-judicial> Respecto a las contribuciones del Poder Judicial al desarrollo sostenible, ingresar a la siguiente página: <https://ocri.poder-judicial.go.cr/areas-de-trabajo/objetivos-de-desarrollo-sostenible>

se prorrogan, modifican o suspenden de acuerdo con las políticas sanitarias del país.

El Poder Judicial dispuso en su sitio web “Transparencia en tiempos de COVID 19” que tiene como objetivo una gestión pública transparente, es decir, la rendición de cuentas sobre las decisiones adoptadas por este poder de la república en tiempos del coronavirus. Se puede acceder a la información sobre las circulares de la Corte y del Consejo Superior, las medidas sanitarias adoptadas, la continuidad de servicios judiciales, la ejecución de recursos, los indicadores de funcionamiento, entre otros<sup>11</sup>. Esta información resulta de especial relevancia dado que evidencia el compromiso institucional ante la ciudadanía en tiempos de pandemia; pero además permite documentar las acciones tomadas por este órgano de la república.

Por lo tanto, se puede destacar que las acciones tomadas por el Poder Judicial en tiempo de COVID-19 han permitido cumplir con su mandato constitucional de administrar. En la sesión de la Corte Plena del 13 de mayo de 2020, tal y como lo señaló el señor presidente, magistrado Fernando Cruz Castro, la pandemia permitió visualizar la efectividad de nuevas herramientas institucionales y formas de laborar que eran impensables tiempo atrás. La implementación de controles, seguimientos y medición evidenció los resultados satisfactorios del compromiso y dedicación de quienes integran la comunidad judicial, además permitió mantener funcionando a las instituciones públicas<sup>12</sup>.

### III. La justicia restaurativa y el COVID-19

La justicia restaurativa se implementa en material penal y penal juvenil en el Poder Judicial costarricense en el 2012, con el objetivo de

*“contribuir a la paz social, ser una herramienta generadora de cambios en la forma de resolver los conflictos penales y penales juveniles y ofrecer 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 la Administración de la Justicia”<sup>13</sup>.*

Este objetivo responde a la necesidad de brindar un enfoque más humano al sistema de justicia penal tradicional que permita atender a las partes intervinientes de forma interdisciplinaria, especialmente a las víctimas que han sido olvidadas históricamente. Esto se logra reconociendo la obligación de garantizar su reparación; pero especialmente su restauración por el daño sufrido y su reintegración a la familia y sociedad. Además, logra promover la responsabilidad activa en la persona ofensora por los daños ocasionados por la conducta ilícita a la vez que alcanza la integración y el involucramiento de la comunidad en la solución del conflicto, todo desde un enfoque holístico y respetuoso de los derechos humanos.

Para alcanzar el objetivo de la justicia restaurativa, se define a nivel institucional un procedimiento que atiende a los principios y fines restaurativos, como son el reconocimiento del daño, la responsabilidad activa, el involucra-

11 Para mayores detalles, acceder al sitio web <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/transparencia-covid19>

12 Se puede acceder al discurso a través del sitio web <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/lo-estamos-logrando>

13 Arias Madrigal, Doris. Programa de Justicia Restaurativa. Sus orígenes 2012-2016. Poder Judicial, Costa Rica, p. 26.

miento, la reparación y la inclusión. Todos son reconocidos como ejes fundamentales que tienen un especial énfasis en el encuentro que se da en una reunión restaurativa donde las partes intervinientes se encuentran cara a cara para procurar la solución del conflicto en forma pacífica; pero también para alcanzar el fin restaurativo de las personas ahí involucradas.

Bajo este contexto, la llegada de la pandemia por el coronavirus también implicó adecuar el procedimiento restaurativo a la modalidad de trabajo virtual, con el fin de poder continuar brindando el servicio de administrar justicia a la ciudadanía, teniendo como desafío cumplir con estos ejes fundamentales a través de la virtualidad.

En medio de esta pandemia, la Oficina Rectora de Justicia Restaurativa emitió una serie de directrices para autorizar la realización de la reunión restaurativa, las entrevistas psicosociales y las audiencias de seguimiento a las partes intervinientes de forma virtual. Por ejemplo, podemos mencionar las siguientes directrices:

- Directriz n.º 03-DNJR-2020 “Recomendaciones ante la emergencia COVID-19”.
- Directriz n.º 07-DNJR-2020 “Atención de casos de justicia juvenil restaurativa durante la emergencia sanitaria por el COVID-19.
- Directriz n.º 08-DNJR-2020 “Lineamientos generales para justicia penal restaurativa durante la emergencia por COVID-19”.
- Directriz n.º 10-DNJR-2020 “Guía para realizar las reuniones restaurativas con participantes virtuales”.

- Directriz n.º 11-DNJR-2020 “Rendición de cuentas por medio de video”, la n.º 16-DNJR-2020 “Se reiteran lineamientos para Justicia Restaurativa durante la emergencia sanitaria por COVID-19”.
- Directriz n.º 17-DNJR-2020 sobre la “Ruta para realización de giras de trabajo durante la emergencia nacional por Covid-19 en Justicia Juvenil Restaurativa”<sup>14</sup>.
- Circular n.º 286-2020 de la Secretaría de la Corte que tiene como objetivo continuar con la maximización del uso de la virtualidad en los procedimientos restaurativos, quedando a criterio técnico del equipo interdisciplinario determinar la conveniencia de brindar el servicio de manera presencial o virtual según el caso en concreto.

Estos instrumentos jurídicos validan el uso de la virtualidad para resolver el procedimiento restaurativo. De ahí surge la necesidad de analizar los desafíos que genera la adecuación de un servicio tan esencialmente humano a la virtualidad.

El profesor C. Viano, presidente de la Sociedad Internacional de Criminología, señala que:

*la pandemia nos ha puesto a prueba, y nos obliga a buscar alternativas para sobrellevar esta situación, especialmente al sistema de justicia penal, por las demandas sin precedentes, por la violencia intrafamiliar, de género, el maltrato infantil, el aumento en delitos relacionados con el internet, el robo de paquetes entregados en las residencias, en virtud de las políticas de “quédese en casa” [...]. Los efectos en todos los aspectos de la vida comunitaria, individual, social y*

14 Puede accederse a estas directrices a través del sitio web [www.justiciarestaurativa.poder-judicial.go.cr](http://www.justiciarestaurativa.poder-judicial.go.cr).

*laboral, las carreras y el estudio, desempleo, sus consecuencias financieras y el aumento de los conflictos domésticos son de gran interés, dada la singularidad de la situación mundial, para básicamente todas las disciplinas, desde las ciencias políticas hasta la salud pública, desde la Psicología hasta la Sociología, desde el Derecho Constitucional al Penal y más<sup>15</sup>.*

Por lo tanto, tomando en cuenta la génesis, los principios y los valores de la justicia restaurativa, se considera importante analizar los desafíos que se visualizan con la implementación de la virtualidad en el procedimiento restaurativo y mencionar algunas recomendaciones para disminuir su afectación.

#### **IV. Desafíos de la justicia restaurativa ante el COVID-19 y recomendaciones para mitigarlos**

Desde la implementación de la justicia restaurativa en el Poder Judicial, se evidencian empíricamente grandes desafíos para su aplicación en el Sistema de Justicia Penal y Penal Juvenil, ya que esta justicia implica un cambio cultural en las personas para resolver los conflictos en forma pacífica; pero también un cambio de paradigma en la forma de administrar la justicia.

Se deben mencionar como principales desafíos: la identificación o derivación de casos penales o penales juveniles para ser resueltos a través de la justicia restaurativa; la voluntariedad de las partes intervinientes para resolver el conflicto a través de la justicia restaurativa; el reconocimiento del daño por parte de la persona ofensora; el trabajo y sinergia que deben existir entre el equipo interdisciplinario; la interiorización de los roles restaurativos en las personas que integran

el equipo interdisciplinario. Se considera que estos desafíos se han visto aún más afectados en tiempos de coronavirus.

Así, es de interés exponer algunos de estos desafíos y, a su vez, compartir algunas recomendaciones para mitigarlos.

##### **1) Deshumanización de la justicia restaurativa**

La justicia restaurativa se caracteriza por buscar una transformación en el abordaje del delito desde un enfoque más humano para todas las partes intervinientes, en aras de resolver el conflicto jurídico penal o penal juvenil a través de un trabajo interdisciplinario, restaurativo y validando las necesidades, pero también las fortalezas de las personas. Es decir, se centra en la dimensión humana de las partes involucradas.

Al respecto, Britto, especialista en justicia restaurativa, 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 sobre todo 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>.*

15 C. Viano Emilio. El coronavirus y sus víctimas: el impacto de la pandemia y las raíces de la victimización, pp. 11-12.

16 Britto Ruiz, Diana. (2010). Justicia restaurativa. Reflexiones sobre la experiencia de Colombia, p. 22.

Este tipo de justicia se implementa en el Sistema de Justicia Penal y Penal Juvenil costarricense desde el 2012, como un programa institucional que atiende a las recomendaciones internacionales, especialmente a la Declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Mediante la resolución n.º 12/2002, la Declaración regula los principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal.

En el 2018, se promulgó la Ley de Justicia Restaurativa N.º 9582 y entró a regir el 20 enero de 2019, Esta ley regula el procedimiento restaurativo en materia penal, penal juvenil y tratamiento de drogas bajo supervisión judicial.

Esta justicia restaurativa instaurada en el proceso penal y penal juvenil establece en su marco normativo el objetivo de la ley, los principios rectores, los valores restaurativos y las definiciones de la ley. Estos son el basamento de la justicia restaurativa para brindar una respuesta evolutiva del delito, respetando la dignidad e igualdad de todas las personas involucradas al proceso judicial, con el fin de atender el conflicto y promover la restauración de las víctimas, personas ofensoras y la comunidad, logrando de esta forma una armonía social que permite a su vez contribuir al desarrollo sostenible<sup>17</sup>.

En este sentido, la justicia restaurativa tiene características especiales para atender al cumplimiento de este fin; entre algunas de ellas podemos señalar: el acercamiento a las personas para generar un ambiente de confianza, empatía y compromiso; el encuentro en la reunión restaurativa cara a cara entre las partes para trabajar la restauración a través del reconocimiento del daño y la reparación; la escucha activa en el diálogo, en un ambiente

seguro, tranquilo y sin interrupciones que podrían afectar la comunicación entre las partes y la manifestación de sentimientos o emociones, entre otros. Estas características son primordiales en la atención de las personas, es decir, son la clave de la humanización del procedimiento restaurativo.

Con la llegada del coronavirus y la implementación de la modalidad virtual, se considera que existe un riesgo alto de deshumanizar la justicia restaurativa. A continuación, se presenta una serie de razones:

En primer lugar, la virtualidad distancia a las personas. Se pierde la calidad humana que puede brindarse cuando se está cerca de una persona: escucharla activamente, mirarla a los ojos con empatía, ofrecer un clínex o un vaso con agua. Esto no lo permiten las herramientas tecnológicas.

En segundo lugar, la virtualidad no genera un espacio seguro para llevar a cabo el diálogo, ya que pueden presentarse interrupciones con la comunicación a causa de una mala señal de internet, el desconocimiento en el manejo de la plataforma digital o la intervención de terceras personas cuando las víctimas se conectan desde sus casas de habitación. Todo esto ocasiona que el ambiente se vuelva más frío, apartado y, en consecuencia, es un factor que puede afectar el diálogo y la expresión de los sentimientos y las emociones.

En tercer lugar, si no se cuenta con el gafete visible que identifica a todas las personas participantes, se podría afectar esta comunicación. Esto se considera la pieza fundamental del diálogo, ya que si no se porta identificación podría ocasionar el olvido del orden en el uso de la palabra, la confusión del nombre o que no se llame a la persona como se sienta más a gusto. Estos

17 Sobre las contribuciones de la justicia restaurativa, ver el artículo de Espinach Rueda Lourdes. (2021). La justicia restaurativa y el desarrollo sostenible.

aspectos inciden en forma negativa al intentar mantener una escucha activa, por ende, terminan afectando el diálogo.

En cuarto lugar, otro riesgo es la ausencia del círculo. Este espacio genera una sinergia reintegradora entre todas las partes a la hora del encuentro. Se considera que todos estos aspectos que se han mencionado y que se han visto modificados o eliminados con la virtualidad incrementan el riesgo de la deshumanización de la justicia restaurativa. Por consiguiente, se afectaría el proceso de la restauración de las partes intervinientes.

Ahora bien, en este mismo orden de ideas, cabe reiterar que se implementó la virtualidad como una respuesta necesaria para evitar el contagio del COVID-19. Además se acataron las recomendaciones sanitarias del distanciamiento entre las personas para evitar el traslado desde sus hogares a los despachos judiciales con el fin de atender el llamamiento judicial.

Empero, se hace hincapié que este artículo tiene como objetivo visualizar estos desafíos de la justicia restaurativa frente al coronavirus, para atenderlos y retomar a su normalidad pospandemia, ya que dichas prácticas caracterizan la humanización de la justicia restaurativa.

En vista de ello, se considera de gran interés plasmar algunas recomendaciones para mitigar este desafío:

- Concienciar los desafíos que enfrenta la justicia restaurativa por el coronavirus y la implementación de la virtualidad.
- Reflexionar sobre la importancia de cada elemento, aspecto y característica de la preparación, la realización y el desarrollo de las reuniones restaurativas.

- Valorar los equipos interdisciplinarios en las reuniones de equipo mensual, sobre lecciones aprendidas con base en las experiencias desarrolladas a más de un año de la pandemia, para mitigar esta deshumanización.
- Se recomienda que, en las entrevistas legales y psicosociales, las partes sean informadas de esta dinámica que se está utilizando (virtualidad) para contar con su anuencia. También, es importante informar sobre los desafíos que representa y si aún están dispuestos a participar de esta forma o si desean que sea presencial. Esto último procede también en cumplimiento de la circular n.º 286-2020 de la Secretaría de la Corte.
- Se recomienda que, en la preaudiencia virtual, se consideren aspectos relevantes sobre este tema, especialmente si se les informó previamente a las partes de la existencia de alguno de los riesgos ya mencionados en la comunicación, para asegurar un proceso informado.
- Explicar sobre la virtualidad a las personas al inicio de la reunión restaurativa, cuando se informa sobre los lineamientos generales. Además, comunicar que todas las partes estuvieron anuentes a esta dinámica y los desafíos que podrían presentarse durante el desarrollo de la reunión restaurativa, de esta forma se les involucra.

En síntesis, esta modalidad virtual debe ser informada a las partes intervinientes para desarrollar reuniones restaurativas, y deben estar anuentes a esta metodología. No puede ser sorpresiva el día del señalamiento, por respeto a las personas participantes.

Es importante incluir a estas personas al proceso, porque al explicarles que debido a la situación que estamos viviendo se están enfrentando nuevos retos, tales como el miedo al contagio, la implementación del distanciamiento y las políticas preventivas de quedarse en casa, las personas se sentirán involucradas y anuentes a participar. A su vez, estarán preparadas para sobrellevar de mejor manera los desafíos que podrían presentarse durante el desarrollo de la reunión restaurativa.

Estas recomendaciones también deben considerarse en otros actos del procedimiento restaurativo, como son las entrevistas, los seguimientos y las audiencias.

## 2. *Desvinculación de la justicia restaurativa con la comunidad*

La pandemia ocasionó la necesidad del distanciamiento como medida de protección para el resguardo de las personas, por lo que se ha recomendado que estas deben quedarse en sus casas para evitar el contagio. A esto se le suma el cierre de muchas instituciones que implementaron la modalidad de teletrabajo y la virtualidad. Con ello, surge otro gran desafío para la justicia restaurativa: mantener la vinculación con la comunidad en sus diferentes roles de participación.

La comunidad es conocida como el tercer actor de la justicia restaurativa que se introduce en la Ley de Justicia Restaurativa como parte interviniente. Esto se regula a partir del artículo 12 de la citada norma jurídica.

De acuerdo con el referido artículo, la comunidad en la justicia juvenil restaurativa tiene varios roles establecidos. El primero es apoyar a la víctima afectada por la comisión del delito. El segundo es presentar a una persona experta como víctima secundaria en la reunión restaurativa para que

intervenga en el proceso. El tercero es presentar como red de apoyo al conjunto de instituciones públicas y organizaciones no gubernamentales, sin fines de lucro y declaradas de interés público o de utilidad pública con las que se cuenta en cada oficina de justicia restaurativa y en cada circuito judicial en material penal y penal juvenil.

El segundo rol establecido tiene como único objetivo que la persona experta pueda exponer en la reunión restaurativa sobre el daño que se ocasiona a la comunidad con la infracción al bien jurídico que se intenta proteger, con el fin de que la persona ofensora identifique el daño que causó y pueda reconocerlo. De este modo, por ejemplo, en los delitos contra la salud pública, participarían personas expertas en el campo de la salud o, en los delitos contra la autoridad, participarían personas funcionarias del Ministerio de Seguridad

Finalmente, el tercer rol se realiza con el fin de que las personas ofensoras puedan realizar la prestación de servicios a la comunidad, los abordajes socioeducativos o terapéuticos, según el plan reparador que se defina en la reunión restaurativa.

Se considera que, a consecuencia de la pandemia por el COVID-19, todos los roles de la comunidad se han visto afectados. Antes que nada, en muchas ocasiones, las víctimas prefieren ser representadas por el Ministerio Público, para así evitar el traslado a los tribunales, cuando no tienen acceso a las herramientas tecnológicas

Además, tratándose de delitos menores y máximo cuando se trata de delitos cometidos por personas menores de edad, las víctimas pierden con frecuencia el interés de participar e involucrarse en la solución del conflicto.

También, la participación de la comunidad se realiza a través de personas expertas, en su mayoría personas funcionarias públicas, lo que se ha dificultado por las cargas de trabajo que

aumentaron debido a la emergencia nacional, especialmente en el campo de la salud y seguridad, lo que ha obstaculizado su participación en las reuniones restaurativas.

Además, se ve afectada la participación de la comunidad a través de la red de apoyo. Esto se debe por el cambio de las personas dirigentes, es decir, por la rotación del personal a cargo, lo que ocasiona que los contactos no correspondan respecto a las personas que fueron sensibilizadas y capacitadas para sobrellevar estos procesos. A su vez, se vuelve difícil la inclusión de nuevas instituciones para agrandar la red de apoyo, ya que las visitas a la comunidad se han cancelado y se tiene como única herramienta la virtualidad, entorpeciendo el reto que esto conlleva y, por consiguiente, el crecimiento en las redes es más lento.

Por último, cabe mencionar que el resarcimiento del daño hacia la comunidad también se ha visto afectado, ya que los planes reparadores se han tenido que adecuar a las realidades de las personas en el contexto en el que vivimos.

En este sentido, se ha dificultado la realización de la prestación de servicios a la comunidad, ya sea por seguridad de las personas o bien porque las instituciones están cerradas o no reciben a personas para tales efectos como medidas de seguridad sanitaria. Aunado a lo anterior, las donaciones también han disminuido, debido a que muchas personas ofensoras se encuentran sin trabajo por la situación que vive el país en el incremento de la tasa de desempleo<sup>18</sup>.

Estas realidades que ha generado la pandemia por el COVID-19 han afectado el acercamiento con la comunidad, su participación en las reuniones restaurativas, el crecimiento de la red de apoyo

y el resarcimiento del daño a la comunidad. En consecuencia, emana el riesgo de una desvinculación de la justicia restaurativa con la comunidad.

Se recomienda, para paliar este riesgo, que todo el equipo interdisciplinario se involucre en dar mantenimiento, apoyándose de las herramientas tecnológicas y comunicándose al menos una vez al año con la institución para mantener los vínculos. Además, se recomienda aprovechar el contacto con las personas dirigentes para mantener actualizada la red. También, pueden utilizarse estas mismas herramientas tecnológicas para buscar nuevas alternativas de instituciones que se involucren en la red ya creada. Estas labores pueden ejecutarse los días de la semana que se encuentran reservados en la agenda del despacho para llevar a cabo la justicia restaurativa.

Este desafío que se genera a consecuencia de la pandemia, con lo que respecta a materia penal juvenil, afecta a todo el equipo interdisciplinario, aun cuando la función principal de la vinculación con la comunidad es una labor del equipo psicosocial en justicia restaurativa, entendiéndose que la protección de los derechos de las personas menores de edad es un deber de todas las personas involucradas en esta justicia especializada.

Por otro lado, en este punto del resarcimiento del daño, resulta imposible no realizar algunos comentarios al respecto, por la crisis humanitaria que se vive. Debemos recordar que la justicia restaurativa se centra en la dimensión humana. Ello conlleva atender el proceso judicial respetando la dignidad humana, reconociendo a las personas como seres integrales y brindando un apoyo en la solución del conflicto a través de una atención interdisciplinaria.

18 Sobre la tasa desempleo publicado por el INEC Costa Rica, ver <https://www.inec.cr/noticia/tasa-de-desempleo-se-situa-en-201>

Es por ello por lo que hoy más que nunca, se deben identificar los factores protectores y de riesgo que tienen las personas, especialmente si se trata de personas menores de edad. También deben identificarse las fortalezas personales, con el fin de procurar adecuar los planes reparadores a las realidades de la persona ofensora en su contexto de pandemia y en pospandemia.

La adecuación a la virtualidad continúa siendo una herramienta fundamental. A través de ella, las instituciones u ONGs están brindando los abordajes socioeducativos que son una excelente opción. Sin embargo, muchas personas, y se hace hincapié en las personas menores de edad, no cuentan con los medios económicos para acceder a estas opciones digitales.

Por esta razón, pueden valorarse alternativas, tales como preparar algún ensayo que se pueda presentar de forma conjunta en la reunión restaurativa y que puede ser expuesto al equipo interdisciplinario en una reunión de seguimiento, con el propósito de generar preguntas referentes a temas educativos. También, puede realizarse alguna obra artística en la cual participe la persona ofensora en algún rol, para donarla a alguna institución o albergue, como reparación simbólica del daño causado. O se pueden explorar otras opciones creativas que podrían surgir de cada equipo de trabajo. De esta forma, el resarcimiento a la comunidad se mantiene en el procedimiento restaurativo.

### 3. *La identificación de casos para justicia restaurativa*

La justicia restaurativa tiene como misión un trato humanizado. Para poder brindar una atención de calidad que permita atender las necesidades de las partes intervinientes de forma integral, es necesario que las personas profesionales que integran el equipo interdisciplinario se encuentren

bien de salud en su concepción amplia como derecho humano al que ya nos hemos referido.

Este equipo de profesionales debe procurar mantener relaciones interpersonales sanas, transparentes, buenas y accesibles, con la finalidad de que la comunicación y la coordinación fluyan de forma adecuada, porque la justicia restaurativa en su primera fase de identificación de casos es informal, oral, confidencial y no requiere de ningún tipo de resolución judicial, sino de una buena comunicación, coordinación y controles para poder identificar casos para ser resueltos por justicia restaurativa. Por eso, el coronavirus podría aumentar el reto de identificar casos para ser resueltos de esta manera.

La pandemia por el COVID-19 ha ocasionado grandes cambios a la humanidad, y el distanciamiento ha sido la mejor respuesta para evitar el contagio. Este distanciamiento nos condujo a realizar variaciones en el ámbito laboral, como son la implementación de la virtualidad, la modalidad de teletrabajo, los informes diarios, los procesos de evaluación y el aumento de controles institucionales. Todo esto ha incrementado la carga laboral que tienen las personas que trabajan en los equipos interdisciplinarios, generando más estrés laboral que, sumado a la crisis mundial, a la situación del país y a las situaciones familiares que pueda tener cada persona, incrementa los factores de riesgos en la afectación de la salud. En consecuencia, se incrementan los desafíos del trabajo interdisciplinario para la búsqueda e identificación de casos para resolver por justicia restaurativa.

El autor Houtman, mencionado por Valdelomar y Altamirano, señala que el estrés laboral “ha sido definido como un conjunto de reacciones psicológicas, emocionales, cognitivas y conductuales de la persona trabajadora, ante ciertos aspectos extremadamente exigentes en el contenido de la tarea, la organización y el

ambiente de trabajo, ante los cuales no puede responder”.

Al respecto, Valdelomar, concluye que “un trabajador que se sienta estresado en o por su vida laboral tiende a ser distraído, olvidadizo, susceptible a errores, puede presentar dolores osteomusculares más fácilmente, entre otros. Por lo tanto, se obtiene un empleado que no trabaja al máximo de su potencial, lo cual es perjudicial para su salud y para la productividad laboral”<sup>19</sup>.

Por su parte, la Dra. Romano señala que:

*las ansiedades que circulan en la población, ligadas a los efectos del encierro obligatorio, la sobreestimulación generada por los medios televisivos, ligados al temor del contagio, generan ansiedades persecutorias, base de la desconfianza. La canalización de dichas ansiedades hacia los eslabones frágiles de la sociedad es harto frecuente en periodos críticos; del mismo modo que los conflictos de medianeras o con la vecindad. La búsqueda de enemigo común tramita la compensación de estados de desborde interno, por ansiedades claustrofóbicas asociadas a la tensión intrafamiliar o el desamparado por la soledad*<sup>20</sup>,

En razón de lo anterior, se recomienda, en primer lugar, realizar todos los meses la reunión de equipo interdisciplinario, la cual es un espacio sumamente valioso e importante que tiene como objetivo, no solo dar seguimiento a las estadísticas, desafíos, fortalezas, buscar alternativas para garantizar

el acceso a la justicia restaurativa, analizar los avances de la comunidad (red de apoyo), entre otros, sino también el espacio puede ser utilizado para que cualquier integrante del equipo pueda expresar alguna situación vivida durante ese periodo, si se considera necesario compartirlo.

También, para esta reunión, se recomienda realizar actividades con el equipo interdisciplinario que permitan crear un espacio de armonía y empatía, para fortalecer relaciones personales y laborales. Estas actividades pueden llevarse a cabo el mismo día de la reunión de equipo, y la persona encargada de desarrollar la actividad puede alternarse por reunión. De esta forma, en cada reunión se tendrá una actividad organizada por una persona diferente del equipo, y así todas las personas del equipo se ven involucradas.

#### 4. *Los procesos de formación y capacitación en justicia restaurativa*

La formación constante es fundamental. Se considera un área estratégica para la implementación y la consolidación de la justicia restaurativa.

La Política Pública de Justicia Restaurativa<sup>21</sup> establece como II Área Estratégica la sensibilización, formación y fortalecimiento del recurso humano según estándares de aplicación de la justicia y las prácticas restaurativas. Este instrumento describe esta área como la instauración de la justicia restaurativa y las prácticas restaurativas que suponen la generación de capacidades en el recurso humano

19 Valdelomar Arguedas Ricardo y Altamirano Yanéz Rodrigo. Síndrome Burnout: Riesgo en el personal de registro y estadísticas de la Salud de COOPESIBA en época de pandemia por COVID -19 en el año 2020, p. 9.

20 Romano Esther. Impacto psíquico del coronavirus en profesionales de la salud. Factores de riesgos y protectores, p. 38.

21 La Política Pública de Justicia Juvenil Restaurativa de Costa Rica 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 fue declara de interés nacional y de acatamiento obligatorio mediante el Decreto Ejecutivo n.º 40.303, publicado en La Gaceta n.º 83 del 4 de mayo de 2017. El Poder Judicial la aprueba y declara de interés institucional en la sesión n.º 35-15, celebrada el 21 de septiembre de 2015, y es divulgada mediante circular de la Secretaría de la Corte n.º 194-2015.

pertenecientes a los diversos programas y servicios, promoviendo su formación, madurez profesional, especialización y las herramientas de cuidado y autocuidado necesarias para su protección y resguardo.

Al respecto, existe conocimiento suficiente para sustentar cómo, cuándo y dónde efectuar procesos en justicia y prácticas restaurativas de manera formal e informal, procurando que los intereses de todas las personas involucradas sean considerados y respetados<sup>22</sup>. De ahí surge la importancia de los procesos de formación continua.

Ahora bien, con la pandemia causada por el COVID-19, la academia también ha tenido que adecuarse a las nuevas realidades de la virtualidad. A nivel institucional, la Escuela Judicial cuenta en su malla curricular con diseños de formación en justicia restaurativa en materia penal, penal juvenil y tratamiento de drogas bajo supervisión judicial, dirigidos a personas funcionarias judiciales y personas de la comunidad. También, cuenta en su malla curricular con cursos sobre autocuidado para los equipos interdisciplinarios de justicia restaurativa. Sin embargo, estos cursos son presenciales o bimodales –presencial y virtual– motivo por el cual esta pandemia también significó desafíos a nivel formativo.

Para este ámbito auxiliar de la justicia, la adecuación de los diseños a la virtualidad ha sido un gran reto, dado que ello implica toda una labor a nivel de ajuste de diseño, evaluación y formación por competencias.

No obstante, en el Congreso Internacional de Justicia Restaurativa, llevado a cabo el 12 de noviembre de 2020, según resaltó la Licda. Kattia Escalante Barboza, subdirectora de la Escuela

Judicial, se desarrolló con satisfacción la labor de capacitar.

Así mismo, lo sugiere el informe anual que brinda la Oficina Rectora de Justicia Restaurativa:

*“se rediseñaron las capacitaciones, se realizaron formaciones en modalidad virtual sincrónica o bimodal, para un total de 83 horas de capacitación, impartidas por las profesionales de la Dirección Nacional de Justicia Restaurativa y un alcance de 566 personas capacitadas. Desde la Escuela Judicial se trabajó con el apoyo de personas expertas en justicia restaurativa en el rediseño de las capacitaciones que se imparten de forma presencial y se realizó en 4 oportunidades el curso de Autoformación en Justicia Restaurativa, que es completamente virtual asincrónico, alcanzando la capacitación de 231 personas”<sup>23</sup>.*

Debe reconocerse este aspecto a la Escuela Judicial y a la Oficina Rectora de Justicia Restaurativa, ya que esto implicó la formación constante a pesar del coronavirus.

Se considera que la formación en justicia restaurativa debe ser continua. Al menos una vez al año, los equipos interdisciplinarios deben tener un espacio para actualizar conocimientos y reflexionar, máxime en un periodo donde la virtualidad se ha implementado como la mejor opción para poder continuar brindando los servicios de la justicia restaurativa.

Es necesario que los equipos interdisciplinarios adquieran destrezas en el manejo de las emociones y desafíos que conlleva la virtualidad, para paliar el riesgo de deshumanizar la justicia restaurativa.

22 (2015). Política Pública de Justicia Juvenil Restaurativa Costa Rica, p. 50.

23 Informe anual 2020. Dirección Nacional de Justicia Restaurativa. Recuperado de: <https://justiciarestaurativa.poder-judicial.go.cr/index.php/informes/category/49-2020>

También, se recomienda la inclusión de formación para adquirir destrezas en liderazgo asertivo, comunicación empática, cuidado y autocuidado, entre otras áreas necesarias de un perfil competencial idóneo para desempeñarse en este campo.

5. *Los planes remediales para disminuir el retraso judicial a causa de la pandemia*

Mediante las circulares n.º 2014-2020 y n.º 217-2020, la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia les solicitó a todos los despachos judiciales del país que comunicaran cuáles iban a ser los planes remediales para combatir el retraso judicial provocado por la pandemia, en virtud de que, si bien era cierto que a nivel institucional se implementó la virtualidad, no todos los procesos podían realizarse de esta forma.

Además, según la propagación del contagio que atravesaba el país, se emitieron lineamientos de salud y políticas institucionales diferenciadas en zonas con alerta verde, roja o naranja. Esta situación implicaba para determinada jurisdicción la atención únicamente de casos urgentes, lo cual conllevó a un aumento en el retraso judicial, considerándose necesaria la creación de planes remediales.

En el Sistema de Justicia Penal, la respuesta práctica para mitigar el retraso judicial en la etapa de investigación y la etapa intermedia ha sido la implementación de audiencias masivas, porque logran agilizar el trabajo y volverlo más rápido. Así nuevamente se considera como una opción para tomar en cuenta en estos planes remediales por la carga de trabajo con la que se cuenta. También, se considera una opción práctica, útil y efectiva para determinados casos.

Sin embargo, tomando en cuenta que la justicia restaurativa conlleva todo un procedimiento para su resolución y que implica mayores coordinaciones

interdisciplinarias e intersectoriales, resultará más fácil para el Sistema de Justicia Penal descartar esta vía de resolución y tramitar el proceso penal o penal juvenil por la vía ordinaria en audiencias tempranas o masivas.

Dado que pueden señalarse estas audiencias cada hora, es decir, en una jornada laboral, se podrían realizar hasta cuatro audiencias. En cambio para realizar el procedimiento restaurativo, pueden realizarse únicamente dos reuniones como máximo. Por ende, se considera que este es otro de los desafíos que enfrenta la justicia restaurativa durante y después de la pandemia.

Se recomienda apostar por la justicia restaurativa, por lo que es necesario recordar los beneficios para las víctimas, las personas ofensoras, la comunidad y para el mismo equipo interdisciplinario, ya que la vivencia de una reunión restaurativa siempre transforma la vida de las personas participantes, y esto no excluye al equipo. El deber cumplido de forma satisfactoria y la esperanza de un mundo mejor son la respuesta para mitigar este desafío que representa la pandemia del COVID-19 para la justicia restaurativa.

6. *El acceso a las plataformas digitales y la conectividad a internet*

Como ya se ha reiterado en este artículo, la virtualidad ha sido la respuesta para mitigar el contagio, y, si bien es conocido que en Costa Rica una tasa alta de la población cuenta con acceso a internet y herramientas tecnológicas, lo cierto del caso es que hay población que no tiene estas herramientas digitales ni acceso a internet, especialmente cuando nos referimos a poblaciones en condición de vulnerabilidad como lo son las personas menores de edad. Por estos motivos, este aspecto resulta un desafío para la justicia, ante la imposibilidad de acceder a plataformas digitales.

De acuerdo con la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), el 88% de la población tiene acceso a internet. Subrayando en cuanto a las personas suscriptoras, 3 543 419 tienen una suscripción de internet móvil y 484 883 tienen un internet fijo<sup>24</sup>. No obstante, aunque parece que este número es alentador, existe una brecha de desigualdades digitales en el territorio nacional. Según la Encuesta Nacional de Hogares del 2019, un 67% de estudiantes de la región central tenía conexión a internet desde el hogar; un 29% solo tenía acceso a través del celular y un 3% no tenía ninguna conexión.

Esta situación contrasta significativamente con quienes estudian en regiones como la Huetar Caribe, la Huetar Norte o la Brunca, pues la conexión desde el hogar rondaba apenas el 40%; la mitad se conectaba solo por celular, y cerca de un 10% no tenía ninguna conexión a internet<sup>25</sup>.

Por consiguiente, de acuerdo con la Defensoría de los Habitantes, casi el 81% de la población en zonas indígenas de Costa Rica no cuenta con un dispositivo electrónico ni con conectividad a internet<sup>26</sup>.

Toda esta información revela la carencia de la población de contar con algún aparato tecnológico o acceso a internet, aspecto que debe considerarse desde el ámbito de la justicia al momento de señalar alguna audiencia. Considerando que la virtualidad es la opción más viable para este órgano de la justicia, nos percatamos de que para la población usuaria aún existen muchas limitaciones.

En razón de ello, como opción para mitigar este desafío, se recomienda reforzar las coordinaciones institucionales para que las personas puedan acercarse a las oficinas judiciales más cercanas a su localidad y se puedan conectar mediante las herramientas tecnológicas que dispone el Poder Judicial, como son las videoconferencias o las audiencias virtuales a través de las plataformas de Microsoft Teams.

También, el equipo interdisciplinario debe valorar las entrevistas del procedimiento restaurativo y las audiencias realizarlas in situ, con el fin de mitigar los riesgos, especialmente cuando las partes se encuentran internadas en algún albergue o están viviendo alguna situación especial. El equipo psicosocial deberá valorar estas circunstancias y comunicarlas al resto del equipo interdisciplinario.

Por último, se deben resaltar una vez más las alianzas estratégicas de la Oficina Rectora de Justicia Restaurativa con órganos internacionales que brindan cooperación para el fortalecimiento de la justicia restaurativa. Tal es el caso de la firma de convenios para dotar a las personas menores de edad de acceso a internet, con el fin de que puedan realizar los planes reparadores mediante cursos virtuales.

Se considera necesario visualizar la existencia de la identificación de los desafíos para optar por herramientas y destrezas para mitigarlos en procura de garantizar un servicio de calidad, además de continuar brindando el servicio de justicia restaurativa.

24 Recuperado de: <https://www.tec.ac.cr/pensis/articulos/internet-todo-momento-lugar#:~:text=En%20suelo%20nacional,tienen%20una%20de%20Internet%20fijo>.

25 Recuperado de: <https://estadonacion.or.cr/brecha-digital-y-desigualdades-territoriales-afectan-acceso-a-la-educacion/>

26 Recuperado de: <https://www.larepublica.net/noticia/educacion-virtual-universal-el-gran-reto-que-le-deja-la-pandemia-al-pais>

## Conclusión

La pandemia por el COVID-19 desató una crisis humanitaria a nivel mundial. Las respuestas para mitigar su propagación han sido el confinamiento, el distanciamiento y la virtualidad. Por eso el Sistema de Justicia generó una serie de políticas institucionales para adecuar sus servicios a través de herramientas digitales.

La Oficina Rectora de Justicia Restaurativa también implementó y giró lineamientos para adecuar el procedimiento restaurativo a la virtualidad, con el fin de poder continuar brindando los servicios a la ciudadanía.

La justicia restaurativa se ha destacado por reconocer y atender la dimensión humana de las personas a través de un servicio altamente personalizado. Por esta razón, las políticas sanitarias e institucionales causadas por el COVID-19 han significado un gran desafío para esta justicia. No obstante, esta situación ofrece la oportunidad de estudiar, documentar y recopilar buenas prácticas institucionales para mitigar los riesgos. De esta manera, hemos podido reflexionar en este artículo sobre los principales retos y hemos buscado alternativas viables para la justicia restaurativa a causa del coronavirus.

Se considera que, al visualizar los desafíos, se toma conciencia para minimizar el riesgo de deshumanizar el procedimiento restaurativo. A su vez, se refuerzan los pilares de la justicia restaurativa, como son el involucramiento, la inclusión y la participación restaurativa.

Así, una vez expuestos los desafíos generados por el COVID-19 para la justicia restaurativa, se

considera oportuno aprovechar la oportunidad de pensar en nuevas y buenas prácticas para implementar y enfrentar con mayor éxito este procedimiento legal en medio de una pandemia.

Antes de finalizar, se desea reconocer la labor realizada por la Oficina Rectora de Justicia Restaurativa, el magistrado rector, M. Sc. Gerardo Rubén Alfaro Vargas y el equipo de trabajo dirigido por la M. Sc. Jovanna Calderón Altamiran durante esta pandemia. Estas personas son quienes han enfrentado de forma resiliente la crisis y han adecuado los procedimientos de justicia restaurativa a la virtualidad, brindado seguimiento y capacitación a los equipos interdisciplinarios a nivel formativo y de autocuidado. A su vez, han girado lineamientos para mantener el acercamiento con la comunidad y han logrado con ello responder a las políticas de Justicia Abierta y Desarrollo Sostenible a través de los videos de rendición de cuentas que se realizaron como equipo interdisciplinario en materia penal y penal juvenil, los cuales pueden consultarse en la página de Facebook de Justicia Restaurativa de Costa Rica.

También se aplaude la realización del I Congreso Internacional por la Oficina Rectora de Justicia Restaurativa, donde se brindó un enfoque interdisciplinario que involucró a la comunidad, la academia y la experiencia internacional sobre la práctica vivida y los trabajos realizados a causa del COVID-19. Se recomienda documentar esto en una memoria, por ser considerado de interés institucional y, especialmente, para la justicia restaurativa.

## Bibliografía

- Declaratoria de pandemia COVID-19. Organización Mundial de la Salud. Recuperado de: <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-pandemia-brote-de-covid-19-nivel-mundial-segun-oms-1895>
- Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 del 09 de abril de 2020. COVID-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\\_1\\_20\\_ESP.pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf)
- Declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, n.º 12/2002, que regula los principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal. Recuperado de: [https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_1080\\_1.pdf](https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1080_1.pdf)
- Informe anual 2020 de la Dirección Nacional de Justicia Restaurativa. Recuperado de: <https://justiciarestaurativa.poder-judicial.go.cr/index.php/informes/category/49-2020>
- Transparencia en tiempos de COVID-19 Poder Judicial. Acceder al sitio web <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/transparencia-covid19>
- Recuperado del artículo de Alonso Matilde Sonia & Rojas Alonso Luciano Pablo. (2020). COVID 19, una mirada victimológica y de derechos humanos. Revista Serie Victimología 25. Las víctimas de la pandemia de coronavirus. Argentina.
- Britto Ruíz, Diana. (2010). Justicia restaurativa. Reflexiones sobre la experiencia de Colombia. C. Viano Emilio. (2020). El coronavirus y sus víctimas: el impacto de la pandemia y las raíces de la victimización. Revista Serie Victimología. 25. Las víctimas de la pandemia de coronavirus. Argentina
- Romano Esther. (2020). Impacto psíquico del coronavirus en profesionales de la salud. Factores de riesgos y protectores. Revista Serie Victimología. 25. Las víctimas de la pandemia de coronavirus. Argentina.
- Valdelomar Arguedas Ricardo y Altamirano Yanéz Rodrigo. Tesis: Síndrome burnout: Riesgo en el personal de registro y estadísticas de la salud de COOPESIBA en época de pandemia por COVID-19 en el año 2020.

# EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO: REFLEXIONES A PARTIR DE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

*M.Sc. Frank Harbottle Quirós\**

## RESUMEN

Con la presente investigación, se pretende iniciar un debate sobre la incorporación o no del agente encubierto informático al ordenamiento jurídico costarricense. Se toman como punto de partida la legislación, la jurisprudencia y la doctrina española. Para ello se conceptualizan el agente encubierto, el agente provocador y el agente encubierto informático. Se finaliza asumiendo el criterio de que resulta apresurado descartar la posibilidad de que Costa Rica incluya esta última figura como parte de su normativa.

**Palabras clave:** agente encubierto, agente encubierto informático, agente provocador, doctrina, jurisprudencia, legislación.

## ABSTRACT

The present investigation aims to initiate a debate on the incorporation or not of the computer undercover agent to the Costa Rican legal system. Spanish legislation, jurisprudence and doctrine are taken as a starting point. For this, the undercover agent, the agent provocateur and the computer undercover agent are conceptualized. It ends by assuming the criterion that it is hasty to rule out the possibility that Costa Rica includes the latter figure as part of its regulations.

**Keywords:** undercover agent, computer undercover agent, doctrine, jurisprudence, legislation.

Recibido: 11 de abril del 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

---

\* Doctorando en Derecho y máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia; licenciado en Derecho con honores de la Universidad de Costa Rica; especialista en derechos fundamentales y garantías constitucionales en el derecho penal y procesal penal, Universidad de Castilla-La Mancha, España; diploma en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana, Georg-August Universität Göttingen, Alemania; posgrado en Control de Constitucionalidad y Convencionalidad de los Derechos, Universidad de Buenos Aires, Argentina; especialista en justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos, Universidad de Pisa, Italia; profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Ha publicado varios libros, artículos en obras colectivas y más de treinta artículos en revistas especializadas en Costa Rica, España, Nicaragua, Perú, Uruguay, Paraguay, Chile, Brasil y México. Correo electrónico: frankharbottle@gmail.com

**Sumario. I.** Introducción. **II.** Conceptualización y caracterización del agente encubierto y el delito provocado en la doctrina y la jurisprudencia española. **III.** Regulación normativa y jurisprudencial en Costa Rica de la y del agente encubierto y el delito provocado. **IV.** La y el agente encubierto informático en la legislación y jurisprudencia española. **V.** Reflexiones finales. **VI.** Referencias bibliográficas.

## I. Introducción

**E**n el presente artículo, en un primer apartado, se conceptualizan y se caracterizan (a partir de su naturaleza jurídica) el agente encubierto y el delito provocado, realizando una comparación entre ambos conforme lo dispuesto por la doctrina y la jurisprudencia española.

Luego, se confronta esta distinción con la regulación normativa costarricense y el desarrollo que se les ha dado a estas figuras en la jurisprudencia nacional, estableciendo algunas diferencias y semejanzas, así como ventajas y desventajas entre un país y otro.

De seguido, se caracteriza la figura del agente encubierto informático en la legislación española y en la jurisprudencia de dicho país a partir de la reforma introducida por la Ley 13/2015 del 5 de octubre de 2015. Finalmente, se plantean unas reflexiones sobre la posibilidad o no de incorporar dicho instituto procesal en el ordenamiento jurídico de Costa Rica.

## II. Conceptualización y caracterización del agente encubierto y el delito provocado en la doctrina y la jurisprudencia española

La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias

Psicotrópicas, del 20 de diciembre de 1988 establece, en su artículo 2.1, que los Estados adoptarán las medidas necesarias, entre las que se encuentran comprendidas las legislativas para cumplir las obligaciones de la Convención en la persecución del tráfico de drogas.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del 15 de noviembre de 2000 (Convenio de Palermo, 2000), refiere en el numeral 20 que, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, cada Estado parte adoptará “[...] la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”. (La negrita no corresponde al original).

En similar sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre de 2003 señala que, a fin de combatir eficazmente la corrupción, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades:

*[...] para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y **las operaciones encubiertas**, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales. (La negrita no es del original).*

En España, la figura del agente encubierto o infiltrado se encuentra regulada en el artículo

282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím). Se introdujo en 1999, debido a que, en ese momento, las técnicas de investigación eran insuficientes para luchar contra la delincuencia organizada, destacando la circunstancia de que la legislación española la contempló uno y cuatro años antes, respectivamente, de que se adoptaran la Convención de Palermo y la Convención contra la Corrupción en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

De acuerdo con Moisés Barrio<sup>1</sup>, el agente encubierto se caracteriza por: 1) la infiltración en una red de delincuentes; 2) la ocultación de la verdadera identidad; y 3) la condición de agente de la Policía Judicial, quien se infiltra entre un grupo de delincuentes.

Con este instituto procesal, lo que se procura es practicar diligencias para averiguar y, posteriormente, comprobar hechos delictivos y, concretamente, a sus autores, siempre y cuando se trate de investigaciones que afecten las actividades propias de delincuencia organizada, entendida esta, como la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos establecidos en el numeral 282 bis 4.

En palabras sencillas, una o un agente encubierto es una persona policía (cualidad personal) que se encuentra autorizada para realizar una infiltración policial; es decir, existe de por medio un engaño.

El Ministerio Fiscal realiza la solicitud para que una persona agente encubierta intervenga, debiendo justificar su necesidad para los fines de la investigación. Es la persona juzgadora de

instrucción competente, quien después de analizar la necesidad y la conveniencia de la medida, puede autorizarla (mediante una resolución motivada al afectarse derechos como la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones regulados en el artículo 18 de la Constitución española) para que esta actúe bajo identidad supuesta y adquiera y transporte los objetos, efectos e instrumentos del delito y difiera su incautación, de conformidad con el artículo 282 bis 1 LECrím. La duración de la medida es por seis meses prorrogables por períodos de la misma duración.

Conforme lo expone Villar Fuentes<sup>2</sup>, la figura del agente encubierto autoriza: a) identidad falsa (en ocasiones, la identidad del sujeto es la auténtica, tanto su persona, como su profesión, pero lo que es falso es la finalidad del sujeto en la actividad delictiva); b) adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos (se entiende que se trata de mercancías y material de origen delictivo, bien por su naturaleza, bien por ser medio para la comisión de actos criminales) y c) diferir la incautación de los efectos (demora en la aprehensión de material delictivo, con la finalidad de servir de medio, para una investigación criminal de mayor profundidad).

Según lo dispone el apartado 5 del numeral 282 bis LECrím, el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal (podría tratarse de una causa de justificación), siempre y cuando se cumplan dos condiciones, a saber: la proporcionalidad de las actuaciones y que no exista una provocación al delito.

Contrario sensu, cuando la o el agente encubierto de forma voluntaria favorece un delito de forma innecesaria o desproporcionada respecto a las

1 Barrio Andrés, Moisés. (2018). Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad en los cibercrimes. Madrid: Wolters Kluwer, p. 317.

2 Villar Fuentes, Isabel. (2017). Reflexiones sobre el agente encubierto informático. En: El proceso penal. Cuestiones fundamentales. Coord. Olga Fuentes Soriano. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 337-340.

finalidades de su investigación; por ejemplo, descubrir otras infracciones más graves que se encuentran vinculadas a la delincuencia organizada, no sería justificable su actuación.

Otra figura que reviste interés es la del agente provocador. En la doctrina española<sup>3</sup>, este concepto describe una determinada actuación caracterizada por contribuir a que otro cometa un delito con el propósito de obtener su castigo. En consecuencia, el sujeto provocado será la persona que recibe dicha contribución y cuyo castigo trata de conseguir el agente provocador.

Desde esta perspectiva, el ámbito conceptual de estas figuras quedará delimitado exclusivamente por dos elementos: a) la contribución a un delito; b) la finalidad de que la persona que lo comete sea sancionada. Eventualmente, podría darse el caso de que, de manera impropia, un agente encubierto lleve a cabo una actuación característica de un agente provocador.

La Sala Segunda (penal) del Tribunal Supremo español ha considerado que, para que exista delito provocado:

*[...] es exigible, que la provocación (realmente una forma de instigación o inducción) parta del agente provocador, de tal suerte que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, sugiriendo así en el sujeto todo el iter criminis, desde la fase de ideación y deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal que nace ya viciada [...]*<sup>4</sup>.

Se ha establecido que el delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que, desde el inicio, existe un control absoluto por parte de la policía. De este modo, no debe confundirse el delito provocado instigado por el agente, con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial. Puede decirse que el delito provocado se integra por tres elementos: 1. Un elemento subjetivo constituido por una incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir. 2. Un elemento objetivo, consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido. 3. Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido y, como consecuencia, la atipicidad de tal acción<sup>5</sup>.

El delito provocado se ha conceptualizado como aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que:

*[...] deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera simulando primero allanar y desembarazar el iter criminis y obstruyéndolo finalmente, en el momento decisivo, con lo cual se consigue que por el provocador no sólo la casi segura detención del inducido sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas [...]*<sup>6</sup>.

3 Castellví Monserrat, Carlos. (2020). Provocar y castigar. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 170-190.

4 Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 767/2007 del 3 de octubre de 2007.

5 Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 77/2016 del 10 de febrero de 2016.

6 Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 591/2018 del 26 de noviembre de 2018.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, en la sentencia N° 65/20197, A propósito de un caso en el que, a partir de los hechos probados, se evidenció que “el propósito criminal” ya existía en la mente de los investigados y, por ende, el agente encubierto actuó para recibir la información y facilitar la detención, pero no provocó la comisión del delito, en la sentencia n.º 65/20198, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español estableció once puntos relevantes en las relaciones operativas entre la figura del agente encubierto y el delito provocado, los cuales se detallan a continuación:

1. Existencia de ánimo delictivo propio en los autores. Desde la sentencia del Tribunal Supremo del 15 de noviembre de 1989, se rechaza un delito provocado cuando se constata la existencia de un animus delictivo propio.
2. La actividad policial es meramente investigadora. No hay delito provocado cuando la actividad policial tiene un animus tendencial dirigido a realizar una investigación de la actividad de las personas que son sometidas a investigación, y se llevan a cabo operaciones con base en las conversaciones con los implicados que son los que tienen el animus inicial delictivo.
3. La conducta del agente es consecuencial a la conducta de los investigados. No es el agente encubierto el que lleva a cabo las iniciales conversaciones para la operación a desplegar, sino al revés.
4. No debe confundirse la investigación del agente encubierto con tomar la iniciativa el autor de una intención delictiva preexistente. Debe distinguirse entre el delito provocado y la forma de averiguación de un verdadero delito, supuesto en el que el hecho delictivo ya existe y viene determinado por la actuación espontánea del autor que quiere realizarlo sin estar previamente estimulado por un agente provocador.
5. Es delito provocado “incitar” a cometerlo con actos manifiestos y claros.
6. La labor del agente infiltrado no pretende la comisión del delito. El agente se limita a comprobar la actuación del sujeto, recogiendo pruebas de delitos ya cometidos o que se están cometiendo e, incluso, a realizar algunas actividades de colaboración con el investigado, quien previamente habrá esperado o buscado a terceros para la coejecución o agotamiento del delito, habiéndose ofrecido el agente infiltrado, por lo que adopta para ello una apariencia de persona normal o simula que es delincuente.
7. El dolo en el autor o autores ya existe antes de la designación del agente encubierto. El delito arranca de la determinación del sujeto activo, libre, voluntaria y anterior a la intervención del agente policial, desarrollándose conforme a aquella ideación sin que el agente pueda crear el dolo en los autores, puesto que estos ya están obrando dolosamente.
8. La actuación policial será lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito.

7 Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera, sentencia N° 65/2019, del 07 de febrero de 2019.

8 Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. Sección Primera, sentencia n.º 65/2019 del 7 de febrero de 2019.

9. La provocación de la prueba en el delito provocado. En el delito provocado, la intervención se realiza generalmente por un agente policial o un colaborador de los cuerpos y fuerzas de seguridad -el agente provocador- antes de que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible y se realiza en virtud de la inducción engañosa que, con el objetivo de conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta delictiva que se espera, incitándole a perpetrar una acción que previamente no tenía propósito de cometer, de forma que, si no existe esta, el delito no se habría producido, pues la voluntad de delinquir no surge por su propia y libre decisión, sino a través de una especie de instigación o inducción.

10. Elementos del delito provocado. 1) elemento objetivo/teleológico: patentizado en la iniciativa del agente provocador, efectuada sobre el provocado. Este actúa a consecuencia de la incitación de que es objeto y que tiene por intención obtener del provocado la respuesta esperada, con la finalidad última de detenerlo; 2) elemento subjetivo: constituido por la creación que realiza un agente policial de un dolo de delinquir en un tercero, mediante la incitación a la comisión de un delito; 3) elemento material: integrado por la ausencia de riesgo o puesta en peligro para el bien jurídico protegido, porque la operación, desde su ideación, está bajo el control policial. Por tanto, la acción es atípica, por lo que no caben acción punible ni sanción.

11. Diferencias entre el agente encubierto y el agente provocador. a.- El agente provocador

no se infiltra en la organización criminal, sino que tiene un contacto limitado con esta o con algún delincuente. b.- El agente provocador no usa una identidad ficticia, sino que se limita a ocultar su condición de agente de policía, engañando así a los delincuentes. c.- Al ser el engaño menor y la relación con los delincuentes más corta, el riesgo de vulneración de derechos fundamentales es mucho menor en la actuación del agente provocador que en la del agente encubierto. d.- La finalidad de la actuación del agente provocador es detener al delincuente en el instante, impidiendo el agotamiento del delito, mientras que el agente encubierto recaba información, ya que, por encima de la incautación de efectos del delito o detenciones concretas, está la desarticulación de una organización criminal.

De forma más reciente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo español ha señalado:

*[...] Hemos dicho en la STS núm. 1992/1993, 15 de septiembre, que “para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación -en realidad, una forma de instigación o inducción- parta del agente provocador; de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el “iter criminis”, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador; que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista “ab initio” intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal -por el carácter imposible de su producción- como desde el más fundamental*

*principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune”. En estos casos, por lo tanto, además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados, precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes [...]”<sup>9</sup>.*

Vemos entonces que, en términos generales, en España se regula a nivel normativo, de una forma adecuada, la figura del agente encubierto, distinguiéndose a nivel jurisprudencial del llamado agente provocador. De seguido, se procede con el estudio de ambos en la legislación y la jurisprudencia costarricense.

### **III. Regulación normativa y jurisprudencial en Costa Rica de la y del agente encubierto y el delito provocado**

Con la y el agente encubierto, se acude a un método de investigación que consiste en la infiltración de una persona funcionaria policial en la organización criminal. Esta persona actúa bajo una identidad supuesta. Es decir, utiliza el engaño para ganarse la confianza de los integrantes de la

organización, con el objetivo de adentrarse en ella y, de esta forma, recabar datos, información y prueba sobre la comisión de los delitos que, de otra forma, no lo podrían lograr las autoridades y así proceder con la persecución y represión penal de los integrantes del grupo criminal<sup>10</sup>.

En la legislación costarricense, la figura del agente encubierto se regula como una modalidad investigativa desde 1998, mediante la promulgación de la Ley N.º7786, Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo (del 30 de abril de 1998), la cual posteriormente se reformó por la Ley N.º 8204 (del 25 de diciembre de 2001), manteniendo la redacción original en cuanto al agente encubierto, contenido en los numerales 10, 11 y 12, ello dentro del título II, capítulo III de dicha ley, bajo la denominación Policías encubiertos y colaboradores.

El artículo 10 refiere:

*En las investigaciones que se conduzcan, relacionadas con los delitos tipificados en esta Ley, las autoridades policiales y judiciales podrán infiltrar a oficiales encubiertos para que comprueben la comisión de los delitos.*

Con poca claridad por aludir a colaboradores o informantes, el numeral 11 de esta misma ley expresa que:

*[...] En las investigaciones, la policía podrá servirse de colaboradores o informantes,*

9 Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección primera, sentencia n.º 525/2020 del 20 de octubre de 2020.

10 Artavia Artavia, Yaxiri y Herrera Pérez Maripaz. (2019). El agente encubierto en contra de la criminalidad organizada y frente a las garantías de proceso penal costarricense (en especial el derecho de abstenerse a declarar y la inviolabilidad del domicilio). Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 68.

*cuya identificación deberá mantener en reserva, con el objeto de garantizarles la integridad. Si alguno de ellos está presente en el momento de la comisión del hecho delictivo, se informará de tal circunstancia a la autoridad judicial competente, sin necesidad de revelar la identidad. Salvo si se estima indispensable su declaración en cualquier fase del proceso, el tribunal le ordenará comparecer y, en el interrogatorio de identificación, podrá omitir los datos que puedan depararle algún riesgo a él o a su familia. Dicho testimonio podrá ser incorporado automáticamente al juicio plenario mediante la lectura, excepto si se juzga indispensable escucharlo de viva voz. En este caso, rendirá su testimonio solo ante el tribunal, el fiscal, el imputado y su defensor; para ello, se ordenará el desalojo temporal de la sala. En la misma forma se procederá cuando el deponente sea un oficial de policía extranjera, que haya participado en el caso mediante los canales de asistencia policial.*

De acuerdo con el ordinal 12 de este mismo texto legal:

*Los policías encubiertos o los colaboradores policiales, nacionales o extranjeros, que participen en un operativo policial encubierto, deberán entregar al Ministerio Público, para el decomiso, las sumas de dinero, los valores o los bienes recibidos de los partícipes en actos ilícitos, como retribución por la aparente colaboración en el hecho. El fiscal levantará un acta y pondrá el dinero, los valores o los bienes a disposición del Instituto Costarricense sobre Drogas, salvo en casos de excepción debidamente fundamentados.*

Cabe destacar que, pese a que la figura de la y del agente encubierto no se incluyó en la legislación

nacional hasta 1998, la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Sala Tercera, ambas de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la consideraron como legítima desde varios años antes, haciendo incluso una distinción entre el agente provocador y el agente encubierto.

En 1996, la Sala Constitucional explicó que no siempre que participa un agente encubierto, existe provocación, es decir, no siempre el agente encubierto determina al sujeto investigado a cometer un delito -que es lo que hace el agente provocador-, sino que generalmente interviene cuando el delito ha sido consumado varias veces o se está cometiendo ya.

Concretamente en el voto n.º 5573-96, se evacuó la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que es violatorio del debido proceso condenar a una persona a descontar una pena por un delito experimental; pero no el considerar un operativo con participación de agentes policiales encubiertos, como prueba para acreditar un hecho distinto al del experimento u operación encubierta, cuyos resultados en todo caso deberán ser valorados de conformidad con las reglas de la sana crítica y ser suficientes -por sí solos o en unión a otros elementos probatorios- para arribar a la necesaria demostración de culpabilidad. Al respecto se indicó:

*[...] El delito experimental, es una creación doctrinal aplicable -en principio- a cualquier figura delictiva común, cuya particularidad radica en que se inicia por provocación o instigación de un oficial de policía, de un tercero colaborador de ésta, o de un sujeto particular; de manera tal que el iter criminis se inicia en apariencia, pero de antemano el provocador, llámese Estado por medio de la policía o su colaborador, o el sujeto particular, tienen controlado todo el desarrollo de la conducta y, aún cuando en apariencia el autor o los autores*

*del hecho estén llevando a cabo el delito, según su plan, lo cierto es que no existe peligro para el bien jurídico ni posibilidad de consumación del hecho, porque su desarrollo está controlado, para evitar precisamente que el hecho se consume. Es pues, un experimento, en el que nunca se producirá la consumación, ni habrá peligro o lesión para el bien jurídico tutelado. Por estas razones, además de otras que la doctrina penal discute, como el hecho de que en esos supuestos -se señala- existe, desde el punto de vista del sujeto activo, un delito imposible, por darse un error de tipo, por no existir dolo en el instigador, etc., lo cierto es que esta acción no es delictiva y por lo tanto no es merecedora de pena, pues no es más que un experimento sin trascendencia para los bienes tutelados por el ordenamiento jurídico y que pretende proteger la norma penal...Los operativos que realiza la policía, no son en sí mismos delictivos, pues serían delito experimental en la mayoría de los casos, o bien, situaciones en que los oficiales o sus colaboradores actúan como agentes encubiertos, haciéndose pasar por terceros que concurren a corroborar que una persona ya se dedica a una determinada actividad delictiva, que en todo caso ya se producía o se había consumado con anterioridad a esta participación del agente policial [...] La intervención en ellos del juez de la fase de investigación, como garante de la legalidad de la prueba es lo recomendable, pero de antemano no podría negarse valor a un operativo encubierto si esta participación del juez no se da. Lo cierto es que, reiterando lo que esta Sala y su jurisprudencia han manifestado, la*

*intervención del juez es indispensable cuando se pretenda incursionar o lesionar derechos fundamentales, por ejemplo, si se pretende realizar un allanamiento; si es necesario realizar una intervención telefónica, en fin, si el operativo incluye la afectación de algún derecho fundamental. En los demás casos, el juez al valorar la prueba obtenida de las investigaciones policiales, debe ser particularmente exigente respecto de la existencia de indicios que legitimen el operativo encubierto, de modo que no sirva como pretexto para que las autoridades tientes a los sospechosos y los induzcan a ser autores de hechos delictivos que a lo mejor no tenían planeado realizar, actuando como típicos agentes provocadores, porque ese proceder de la policía es inconstitucional. Su misión no es provocar delitos, sino investigar los hechos delictivos que se cometan y aprehender a sus presuntos autores, sin detrimento de la función preventiva por excelencia que le corresponde a la policía administrativa, que puede actuar como policía de investigación, en colaboración o en defecto de la intervención de la policía judicial [...] <sup>11</sup>.*

Para 1993, la Sala Tercera se había pronunciado afirmando que las conductas provocadas debían tenerse como atípicas por cuanto lo realizado no implicaba una lesión atendible del bien jurídico penalmente protegido<sup>12</sup>. A su vez, en 1994, esta misma cámara resaltó que la Sala Constitucional reconoció la licitud e importancia del “agente encubierto” para la comprobación de delitos como el tráfico de drogas, distinguiendo entre su intervención y la del “agente provocador”, el cual “fabrica” e induce a la comisión de un hecho que

11 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, sentencias n.º 1427-96 de las 15:33 horas, del 27 de marzo de 1996; n.º 5573-96 de las 11:06 horas, del 18 de octubre de 1996 y n.º 2007-017027 de las 18:31 horas, del 21 de noviembre de 2007.

12 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 559-F-93 de las 09:35 horas, del 15 de octubre de 1993.

tiene totalmente bajo su control, por lo que no existiría afectación al bien jurídico alguno<sup>13</sup>.

Ya encontrándose en vigencia el Código Procesal Penal que actualmente rige (desde 1998), se asumió el criterio de que la investigación encubierta debía concebirse como una herramienta útil y adaptada a la naturaleza y la dinámica esencialmente clandestina en la que se desenvolvía la actividad delictiva que interesaba desentrañar, caracterizándose por ser un mecanismo no convencional de investigación, útil y necesario para combatir cierto tipo de delincuencia no convencional o especialmente grave.

El agente encubierto se presenta en todos aquellos casos en que se infiltra en una organización, o se tiene contacto incluso ocasional con otra persona dedicada a realizar hechos delictivos, con el fin de poder acumular prueba sobre la existencia del delito y para identificar a sus responsables, sometiéndolos al proceso penal<sup>14</sup>.

La Sala Tercera ha avalado la actuación de oficiales encubiertos que se han encargado de poner en descubierto las actividades delictivas, obteniendo la prueba necesaria para someterlas a un proceso penal y evitar que continuaran con las acciones propuestas, estimando que ello no podía asimilarse a lo que realiza un agente provocador<sup>15</sup>, ya que el uso del agente encubierto en investigaciones, por ejemplo, de venta de drogas, resultaba acorde con el estado de derecho<sup>16</sup>.

En sede de apelación<sup>17</sup> se ha sostenido que, cuando se está ante la figura del agente provocador, se hace nacer la idea de delito en el agente, mientras que, con el agente encubierto, el sujeto activo ya tiene decidido o ha iniciado la comisión delictiva, y lo que hace el colaborador policial es contribuir a obtener prueba contra él.

Se puede hablar de agente provocador cuando la autoridad policial es la que provoca la génesis del delito que, sin su intervención, no se habría producido porque no había sido ideado por el sujeto activo, a quien hicieron “caer” en la conducta prohibida. El colaborador policial y el agente encubierto se limitan a evidenciar una actividad delictiva preexistente que está desarrollando la persona, sin ser ellos quienes la determinan a realizarla<sup>18</sup>.

Habiendo expuesto la regulación normativa, así como el desarrollo jurisprudencial que se les ha dado en Costa Rica al agente encubierto y al delito provocado, resulta oportuno establecer algunas diferencias y semejanzas al respecto, así como ventajas y desventajas en cuanto al panorama español y el costarricense.

En España, la LECrim regula la figura del agente encubierto en el artículo 282 bis, apartados 1 al 5, delimitándolo a funcionarios de la Policía Judicial para investigaciones que afecten las actividades propias de delincuencia organizada, delimitándose en este mismo numeral los delitos (lista taxativa), siempre y cuando se cuente con autorización jurisdiccional (mediante resolución

13 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 507-f-94 de las 15:20 horas del 28 de noviembre de 1994.

14 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 0583-98 de las 08:52 horas del 19 de junio de 1998.

15 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 2008-00371 de las 08:58 horas del 30 de abril de 2008.

16 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 2013-01550 de las 11:09 horas del 18 de octubre de 2013.

17 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, sentencia n.º 2014-0868 de las 08:10 horas del 15 de mayo de 2014.

18 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, sentencia n.º 2020-0874 de las 09:40 horas del 2 de junio de 2020.

fundada) a efectos de actuar bajo identidad supuesta para adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir su incautación.

La resolución debe consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto, quedando reservada y conservada fuera de las actuaciones. En caso de que puedan afectarse derechos fundamentales, el agente encubierto debe solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones correspondientes. La autorización se puede otorgar por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración.

Finalmente, cabe indicar que, por las actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, el agente encubierto queda exento de responsabilidad criminal en tanto guarde la debida proporcionalidad con la finalidad de esta y que no constituya una provocación al delito.

En Costa Rica, el ordinal 10 de la Ley N.º 8204 denomina “oficiales encubiertos” a los agentes encubiertos, limitándolos para las investigaciones en las que estén de por medio los delitos contenidos en los artículos 58 a 77 bis de dicha ley, referidos a conductas ilícitas relacionadas con el tema de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. Es decir, la o el agente encubierto no se regula para alguna otra conducta delictiva contenida en el Código Penal o en otras leyes especiales, como lo podrían ser, solo a modo de ejemplo, las diferentes modalidades de cibercrimen.

Al igual que en España, la figura se ha previsto como un medio útil y lícito para la investigación criminal, a través del cual las autoridades infiltran a una persona en una organización criminal para

comprobar la comisión de hechos delictivos, tratándose, en consecuencia, de un medio extraordinario de investigación. A diferencia del caso español, no se establece expresamente que el agente encubierto debe tratarse de un policía (y, en consecuencia, que no pueda infiltrarse una persona particular) ni que para su participación se requiera necesariamente la autorización jurisdiccional.

Tampoco la legislación nacional detalla cuál es el procedimiento necesario para que proceda la infiltración de agentes encubiertos; verbigracia, si debe darse o no una supervisión de la autoridad jurisdiccional o de los y las fiscales del Ministerio Público. No se establecen parámetros sobre el contenido de la resolución que la autoriza ni una duración determinada.

Asimismo, llama la atención de que existe total omisión en cuanto a qué sucede con respecto a los delitos cometidos por el agente encubierto en su labor de infiltración (régimen de responsabilidad). Es decir, la regulación costarricense es escueta y deficiente. Esto sin duda genera una desventaja para las partes procesales e, incluso, para los órganos jurisdiccionales por cuanto se traduce en inseguridad jurídica y mayores problemas de interpretación.

En relación con el llamado agente provocador, la jurisprudencia española ha establecido, en términos generales, que este no se infiltra en la organización criminal, sino que tiene un contacto limitado con esta o con algún delincuente, existiendo un riesgo de vulneración de derechos fundamentales mucho menor en la actuación del agente provocador que en la del agente encubierto, por lo que, al estar ausente la puesta en peligro para el bien jurídico protegido, porque la operación, desde su ideación, está bajo el control policial, la conducta se considera impune.

La jurisprudencia costarricense, por su parte, ha sumido el criterio de que las conductas provocadas deben tenerse como atípicas por cuanto lo que se realiza no implica una lesión atendible del bien jurídico penalmente protegido.

Damos paso a continuación al estudio del agente encubierto informático en la legislación y la jurisprudencia española.

#### IV. El agente encubierto informático en la legislación y jurisprudencia española

En las siguientes líneas, se caracterizará la figura del agente encubierto informático en la legislación española y en la jurisprudencia de dicho país a partir de su incorporación mediante la reforma introducida -por la Ley 13/2015 del 5 de octubre de 2015- a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

En el 2015, se añadió en el artículo 282 bis, apartados 6 y 7 LECrim, la posibilidad de emplear

el denominado agente encubierto informático, estableciéndose que el juez de instrucción competente podía autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refería el numeral 282 bis.419 LECrim o cualquier delito de los previstos en el ordinal 588 ter a) LECrim20. Dentro de estos últimos delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, se hallan los delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo (art. 579.1) y los cometidos a través de instrumentos informáticos o cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

En este sentido, se ha pronunciado la Sala Penal del Tribunal Supremo español al referir:

*[...] el agente encubierto informático es una de las nuevas figuras desarrolladas en la reforma de la LECrim. relativa a la*

19 Los delitos del n.º 4 del artículo 282 bis LECrim son especialmente graves. Deben ser siempre realizados como delincuencia organizada en asociación de tres o más personas, para su realización permanente o reiterada. Se trata de los siguientes:

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y su trasplante, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
- o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, del 12 de diciembre, de represión del contrabando.

20 Barrio Andrés, Moisés. (2018). Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad en los ciberdelitos. Madrid: Wolters Kluwer, p. 319.

*regulación de las medidas de investigación tecnológica. El inciso 6 amplía el catálogo de delitos que permiten el uso de la figura, de manera que a los que contempla el 282 bis 4 se añaden los delitos previstos en el artículo 588 ter a, esto es, delitos dolosos con pena máxima de al menos 3 años de prisión, organizaciones o grupos criminales y terrorismo (por remisión al 579.1) “[...]o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”. La autorización de su actuación bajo identidad supuesta debe ser concedida por el Juez de Instrucción, exclusivamente, y su función esencial prevista es la de “actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación [...]”<sup>21</sup>.*

El procedimiento para la autorización jurisdiccional requiere previamente de una petición del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, y el respectivo auto que permite la medida debe especificar cuáles actuaciones puede llevar a cabo el agente encubierto informático.

Aunque se echa de menos una remisión expresa en este sentido, algunas de las normas destinadas a regular al agente encubierto en los apartados 1 al 5 del ordinal 282 bis LECrim se aplican a la figura del agente encubierto informático.

Tomando en cuenta lo dispuesto por los apartados 6 y 7 del artículo recién mencionado, las posibilidades serán algunas, todas o combinaciones de las siguientes actividades o medidas de investigación tecnológica:

- a) *Intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido.*
- b) *Analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.*
- c) *Obtener imágenes.*
- d) *Grabar las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio*<sup>22</sup>.

Si bien, la obtención física de pruebas, aun con autorización judicial, limita derechos fundamentales de los ciudadanos, la obtención remota de pruebas contempla, en muchas ocasiones, medidas más invasivas en los derechos fundamentales afectados, por practicarse sin conocimiento del investigado.

Por ello, en opinión de Arrabal<sup>23</sup>, con la finalidad de una afectación menor, si es posible la obtención directa de la prueba, no deberían autorizarse medidas remotas. Ello requiere una especial motivación del auto del juez de instrucción que justifique que la localización física del dispositivo no es posible, o si, aun pudiendo acceder al equipo informático directamente, las circunstancias de la investigación requieren que el sospechoso no tenga conocimiento de tal registro.

El registro remoto es más invasivo que uno domiciliario físico, ya que la clonación suele realizarse sobre el total de los archivos, cosa que no ocurre en el registro físico de un domicilio.

21 Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección primera, sentencia n.º 591/2018, del 26 de noviembre de 2018.

22 Velasco Núñez, Eloy y Sanchís Crespo, Carolina. (2019). Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 515 a 526.

23 Arrabal Platero, Paloma. (2019). La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 242-268.

Sobre la importancia del agente encubierto informático como medida de investigación se ha dicho:

*[...] llega a un punto en la investigación en donde ya no se puede continuar, precisando la introducción de medidas de investigación, como la del agente encubierto, para acceder a esa información de la que no podría accederse de otra manera; y más en circuitos informáticos de comunicación cerrados que requieren de claves o accesos de amistad entre los partícipes. La intervención del agente encubierto no provoca en estos casos el delito, sino que el delito [...] <sup>24</sup>.*

Con el agente encubierto informático, el legislador español pretendió, entre otros aspectos, dar cobertura a la actuación del agente encubierto mediante identidad supuesta en canales de comunicación cerrados; es decir, redes sociales u otras formas de conexión de Internet.

Lo anterior se debe a que, desde tiempo atrás, se consideró que era una necesidad para el esclarecimiento de los hechos delictivos cometidos a través de la red y para la determinación de sus autores con las investigaciones relacionadas con la ciberdelincuencia, con especial atención en aquellos delitos donde las víctimas eran menores de edad.

La legislación española alude no solo a los delitos realizados en el marco de la delincuencia organizada, sino también, entre otros, a los que se puedan cometer a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación, tal y como lo prevé artículo 588 ter a. LECrim.

Con la reforma introducida en el 2015, se busca dar cobertura legal a la actuación del policía infiltrado en espacios íntimos del investigado, así como para abarcar ámbitos de delincuencia cada vez más amplios (uso de Internet y las nuevas tecnologías).

El agente encubierto informático se concibe como una especie de espía en la red que posibilita a la Policía Judicial, a través del uso de una identidad falsa, intercambiar archivos ilícitos en Internet, por ejemplo, mediante la creación de un pseudoperfil en cualquier red social. Asimismo, se encuentra habilitado para obtener imágenes y grabar conversaciones cuando ello sea necesario.

Con el pasar de los años, se ha extendido a delitos como típicos y propios de la red como la producción, tenencia e intercambio de pornografía infantil, contemplados en el artículo 189 del Código Penal español, cuyas penas oscilan de uno a cinco años de prisión y en la modalidad agravada de cinco a nueve años de prisión.

Como bien lo apunta Valiño Ces<sup>25</sup>, el agente encubierto informático resulta muy útil para la lucha contra la explotación sexual de los menores, porque este podrá hacerse pasar por pedófilo en orden a intercambiar archivos con pornografía infantil, siempre y cuando medie una “autorización específica para ello”.

El o la agente deberá actuar en la clandestinidad, mediante una identidad supuesta, con sujeción a la ley, bajo el control de una persona juzgadora y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito. Aparte de llegar a las fuentes de producción de la pornografía, será necesario entablar contacto personal y directo con quienes podrían facilitar el acceso a un determinado grupo de delincuencia.

24 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, sentencia n.º 30/2019 del 30 de diciembre de 2019.

25 Valiño Ces, Almudena. (2017). La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015. En: El proceso penal. Cuestiones fundamentales. Coord. Olga Fuentes Soriano. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 351-362.

Pese a que se trata de una actividad que no asegura el éxito de la investigación, sí constituye un presupuesto imprescindible para la misma a fin de esclarecer múltiples delitos que en la actualidad quedan impunes.

Conforme al numeral 282 bis.6 LECrim, pueden autorizarse dos clases de conductas: “actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación” e “intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos”. La primera de ellas representa, simplemente, una infiltración policial en un contexto determinado; en particular, una infiltración policial en un canal cerrado de comunicación. La segunda, en cambio, se corresponde con la actuación propia de un agente provocador.

De este modo, el artículo 282 bis.6 LECrim autoriza expresamente al agente encubierto informático para actuar como agente provocador. En concreto, lo autoriza a realizar una provocación típica que, en todo caso, deberá entenderse justificada<sup>26</sup>.

No solo se ampara difundir material, si ello es necesario, por ejemplo, para infiltrarse en un grupo de pederastas, sino también el envío de spyware, troyanos, etc., lo que tendrá una repercusión diferente en los derechos fundamentales del sujeto investigado y, por ello, se impone la reserva exclusiva de autorización judicial, con la consiguiente motivación específica sobre este particular<sup>27</sup>.

En el supuesto donde se autoriza a la o al agente encubierto informático para intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos, es posible que, en

dicho intercambio, se provoque la comisión de un delito. Al respecto Castellví anota:

*[...] Así, por ejemplo, los casos en que se envíe material de contenido pedófilo cuya recepción (dolosa) constituya un delito de tenencia de pornografía infantil. Aunque mediante dicho envío no se logre el propósito perseguido -acceder a un foro de acceso restringido en que se compartan archivos ilícitos- la infracción provocada (típicamente) por el agente encubierto se encontrará justificada y, por tanto, deberá conllevar el castigo del sujeto provocado. Un ejemplo paradigmático: Un Juez de instrucción autoriza el envío de pornografía infantil a un sujeto sobre el que recaen sospechas fundadas de pertenecer a un foro en el que se distribuye esta clase de material ilícito. No obstante, el sujeto que recibe dichos archivos, o bien no permite el acceso del agente encubierto informático al foro en cuestión, o bien accede a ello y se descubre que en dicho foro no se llevan a cabo las actividades ilícitas sospechadas. Aunque las sospechas previas que han motivado la autorización judicial no se hayan confirmado, la provocación del delito de tenencia de pornografía infantil deberá estimarse justificada. Por tanto, si la recepción de dicha pornografía ha sido dolosa, el sujeto provocado deberá ser castigado por ella. A pesar de que la infracción en cuestión derive de una provocación imputable al Estado, su expresa autorización justifica su realización y, por tanto, legitima el posterior reproche de la conducta delictiva favorecida [...]*<sup>28</sup>.

26 Castellví Monserrat, Carlos. (2020). Provocar y castigar. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 163-190.

27 Barrio Andrés, Moisés. (2018). Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad en los cibercrimes. Madrid: Wolters Kluwer, p. 320.

28 Castellví Monserrat, Carlos. (2020). Provocar y castigar. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 479-483.

Parece que el ejemplo expuesto no es tan pacífico y lleva a cuestionar hasta dónde llegan las atribuciones (límite) de la o del agente encubierto informático.

Para acudir al agente encubierto informático, debe fundamentarse por qué no puede accederse de otro modo a la información que se requiere. Es decir, se trata de una medida excepcional, mediante la cual debe procurarse resguardar la investigación y la protección de los bienes jurídicos que están de por medio.

En palabras de Barrio Andrés, no puede entenderse como una carta blanca la autorización para que actúe el agente encubierto informático, sino que debe ser consecuencia necesaria de la investigación, ser proporcional y que no constituya provocación al delito<sup>29</sup>.

## V. Reflexiones finales

La figura de la y del agente encubierto presenta una escueta y deficiente regulación en Costa Rica. Se limita a lo estipulado por los artículos 10, 11 y 12 de la Ley N.º 8204 del 25 de diciembre de 2001, Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo.

Debido a lo anterior, cabe afirmar que, con la regulación vigente, no es factible acudir a la figura del agente encubierto en relación con delitos distintos a los contenidos en la Ley N.º 8204.

Por otra parte, propiamente en cuanto a la o al agente encubierto informático, es necesario iniciar en Costa Rica un debate sobre la conveniencia o

no de regular normativamente esta figura. Si se pretende aplicarla con la normativa existente, generaría mucha inseguridad jurídica y posibles lesiones a derechos fundamentales de las partes involucradas en un proceso penal, en atención a las escuetas y desfazadas disposiciones con las que se cuenta.

Es importante que, a la hora de definir la política criminal de un Estado, el legislador como protagonista regule la afectación a la intimidad y la privacidad en contraposición con la necesidad de persecución penal (balance) de los delitos.

Si bien, estamos en presencia de un tema cuya decisión es de naturaleza legislativa (decisión político-criminal), lo cierto es que se requiere asesoría de parte de personas expertas en esta materia, por lo que la participación de la academia y de otros sectores es muy importante.

Parece que los preceptos contenidos en la legislación española (artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) son un buen punto de partida. Sin embargo, no sería acertado que se trasplantara directamente la figura sin tomar en cuenta la realidad costarricense.

Quizás, uno de los temas que podría generar mayores dudas para su implementación lo constituye la disposición contenida en el artículo 282 bis.6 LECrim, según la cual, con autorización específica para ello, el agente encubierto informático puede intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido.

Con ello, en cierto modo, se avala que el agente encubierto informático actúe como agente provocador, tema sobre el cual, no es de extrañar que, en un futuro, la Sala Constitucional tenga

29 Barrio Andrés, Moisés. (2018). Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad en los ciberdelitos. Madrid: Wolters Kluwer, p. 320.

que pronunciarse en caso de que se llegue a incorporar este instituto procesal al ordenamiento jurídico nacional.

En el momento actual, sería apresurado descartar la posibilidad de que nuestro país incorpore normativamente la figura del agente encubierto informático. Podría ser una herramienta útil en la lucha contra conductas criminales perpetradas en Internet y las nuevas tecnologías, máxime que los delitos informáticos avanzan a gran velocidad.

Por un lado, existe la necesidad de investigación y persecución de algunos delitos (entre muchos otros, los informáticos) y, por otro, el resguardo de garantías fundamentales, debido a que están de por medio -entre otras- esferas como la intimidad y la privacidad de personas a quienes les cobija la presunción de inocencia.

Si se aceptan la y el agente encubierto informático en Costa Rica, debe establecerse como un medio extraordinario de investigación, por lo que la solicitud y el respectivo auto deben dar cuenta de por qué no puede accederse de otra manera a la información que se requiere. Sin duda alguna, se requerirá de una autorización y un control jurisdiccional (sobre los intercambios de información para su posterior introducción en el proceso penal), con plazos detallados, partiendo de manera anticipada de un listado taxativo de delitos. Deben existir indicios suficientes que justifiquen la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida en atención a la gravedad de la conducta investigada, en concordancia con principios penales tutelados a nivel constitucional.

Resta indicar que, a nivel nacional, se requiere, en cuanto antes mejor, iniciar un debate sobre la incorporación o no de la y del agente encubierto informático al ordenamiento jurídico costarricense.

## **VI. Referencias bibliográficas Libros y tesis**

Arrabal Platero, Paloma. (2019). La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración. Valencia: Tirant lo Blanch.

Artavia Artavia, Yaxiri y Herrera Pérez Maripaz. (2019). El agente encubierto en contra de la criminalidad organizada y frente a las garantías de proceso penal costarricense (en especial el derecho de abstenerse a declarar y la inviolabilidad del domicilio). Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Barrio Andrés, Moisés. (2018). Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad en los ciberdelitos. Madrid: Wolters Kluwer.

Castellví Monserrat, Carlos. (2020). Provocar y castigar. Valencia: Tirant lo Blanch.

Valiño Ces, Almudena. (2017). La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015. En: El proceso penal. Cuestiones fundamentales. Coord. Olga Fuentes Soriano. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Velasco Núñez, Eloy y Sanchís Crespo, Carolina. (2019). Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015. Valencia: Tirant lo Blanch.

Villar Fuentes, Isabel. (2017). Reflexiones sobre el agente encubierto informático. En: El proceso penal. Cuestiones fundamentales. Coord. Olga Fuentes Soriano. Valencia: Tirant Lo Blanch.

### **Tribunal Supremo de España**

Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 525/2020, del 20 de octubre de 2020.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera, sentencia n.º 65/2019, del 07 de febrero de 2019.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 591/2018, del 26 de noviembre de 2018.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 77/2016, del 10 de febrero de 2016.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 767/2007, del 03 de octubre de 2007.

### **Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, Sección Segunda**

Sentencia n.º 30/2019, del 30 de diciembre de 2019.

### **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica**

Sentencia n.º 2007-017027 de las 18:31 horas, del 21 de noviembre de 2007.

Sentencia n.º 5573-96 de las 11:06 horas, del 18 de octubre de 1996.

Sentencia n.º 1427-96 de las 15:33 horas, del 27 de marzo de 1996.

### **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica**

Sentencia n.º 2013-01550 de las 11:09 horas, del 18 de octubre de 2013.

Sentencia n.º 2008-00371 de las 08:58 horas, del 30 de abril de 2008.

Sentencia n.º 0583-98 de las 08:52 horas, del 19 de junio de 1998.

Sentencia n.º 507-F-94 de las 15:20 horas, del 28 de noviembre de 1994.

Sentencia n.º 559-F-93 de las 09:35 horas, del 15 de octubre de 1993.

### **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**

Sentencia n.º 2020-0874 de las 09:40 horas, del 2 de junio de 2020.

Sentencia n.º 2014-0868 de las 08:10 horas, del 15 de mayo de 2014.

# ACOSO SEXUAL CALLEJERO Y VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES: PROCURANDO UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

*M.Sc. María Fernanda Soto Alfaro\**

## RESUMEN

En el presente artículo, se expone acerca del acoso sexual callejero como forma de vulneración de los derechos humanos, especialmente de las mujeres, haciendo énfasis en la necesidad de la consecución de una tutela judicial efectiva, se abarca en relación con la nueva Ley contra el Acoso Sexual Callejero en Costa Rica, y se evidencia esta como un gran avance en el plano normativo dentro de la materia, en armonía con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos de la mujer. Por estos motivos, se plantea la interrogante en cuanto a si esta podría ser una herramienta efectiva que permita tutelar la vulneración de garantías humanas de dicha población, y los medios que podrían resultar adecuados para lograrlo en convergencia con ella, mostrándose dicho acoso como un fenómeno que tiene sus orígenes desde un plano cultural, lo que implica la necesidad de una solución que no se limite al ámbito normativo.

**Palabras clave:** Acoso sexual callejero, derechos humanos, mujeres, tutela judicial efectiva, prevención.

STREET SEXUAL HARASSMENT AND VIOLATION OF WOMEN'S HUMAN RIGHTS: SEEKING EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION

## ABSTRACT

This article sets out about street sexual harassment as a form of violation of human rights, especially women, with emphasis on the need for effective judicial protection, covering itself in relation to the new Law Against Street Sexual Harassment in Costa Rica, and this being shown as a major regulatory step forward in the field, in line with international instruments for the protection of women's human rights, to which the question arises as to whether it could be an effective tool to protect the violation of human guarantees of that population, and the means that might be appropriate to achieve it in convergence with it, showing such harassment as a phenomenon that has its origins from a cultural level, which implies the need for a solution that is not limited to the regulatory scope.

**Keywords:** Street sexual harassment, human rights, woman, effective guardianship, prevention.

Recibido: 7 de agosto 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

\* Magíster en Derechos Humanos de la Universidad Estatal a Distancia con graduación de honor y tesis aprobada con distinción. Cuenta con la especialidad en el Programa de Formación Inicial de Aspirantes a la Judicatura (FIAJ) de la Escuela Judicial Costa Rica, donde obtuvo el primer promedio de su generación (2015-2016). Licenciada en Derecho con Énfasis en Formación de Jueces por la Universidad de Costa Rica, Sede de Occidente, San Ramón. Actualmente se desempeña como jueza de la república. Correo electrónico: [mafersoto15@hotmail.com](mailto:mafersoto15@hotmail.com)

## I. Introducción

El acoso sexual en espacios públicos (o callejeros) en Costa Rica se encuentra contemplado tanto como delito, así como contravención, a través de la Ley contra el Acoso Sexual Callejero N.º 9877, sancionada por parte del Poder Ejecutivo, el 10 de agosto de 2020, la cual reformó el Código Penal y le adicionó una contravención específica en la materia. También dispone penas educativas, con lo cual, desde la perspectiva de quien escribe, se pretende tutelar los derechos de víctimas de dicha forma de violencia, en concordancia con los instrumentos internacionales de derechos humanos, especialmente en lo que respecta a la lesión de estos en cuanto a mujeres se refiere.

Así en el presente artículo, se analizará el indicado cuerpo normativo, al exponerse su proceso de creación, el trayecto para su aprobación y contenido creado en aras de sancionar el acoso sexual callejero, una vez expuesto acerca del tratamiento de este tipo de casos dentro del sistema judicial de previo a la existencia de esta, a partir de lo cual se evidenciará el vacío legal que existió por muchos años en la materia y, por ende, el avance alcanzado en su tratamiento mediante la legislación en cuanto a la materia y procurándose, paulatinamente, una tutela judicial efectiva de derechos humanos lesionados de las mujeres a partir del acoso sexual callejero.

Aunado a lo anterior, es preciso indicar que, para llevar a cabo dicho abordaje, se desarrollará conceptualmente el acoso sexual callejero, el cual tiene su origen a nivel cultural, convirtiéndose en una forma de violencia, principalmente contra la mujer, por lo que se le concibe como una de tipo simbólico en razón del género. Por estos motivos, debe configurarse el tratamiento del referido acoso en la convergencia de la sanción con otros medios, tales como los de índole preventivo.

Asimismo, se puntualizará acerca de los instrumentos internacionales de tutela de derechos humanos de las mujeres, a partir de los cuales se evidencia la obligación de los Estados de contar con los instrumentos jurídicos pertinentes para garantizar la tutela de las garantías de grupos de población, como en este caso serían las mujeres. Este aspecto reflejará que la nueva normativa responde a una obligación de tutela efectiva en materia de derechos humanos.

A partir del desarrollo de lo anterior, se posibilitará responder a la interrogante planteada para este artículo, si la nueva legislación en la materia verdaderamente permite tutelar los derechos humanos de la mujer en Costa Rica, ya que se habrá expuesto un panorama que posibilitará concluir acerca de la consecución de una protección idónea a las mujeres en las calles, en donde sus derechos humanos, como el libre tránsito, el derecho a un ambiente sano, a la igualdad, equidad y no discriminación efectivamente encuentran respaldo dentro de la legislación, pero también en el ámbito judicial y dentro de la misma sociedad.

## II. ¿Qué se entiende por acoso sexual en espacios públicos?

En primer lugar, es preciso aclarar lo entendido por “acoso sexual en espacios públicos” de previo a desarrollar lo referente a su regulación anterior, actual y la efectividad en la protección de los derechos humanos que se lesionan a través de este, ya que al comprenderse los alcances de este término, se posibilitará tener conciencia en cuanto a que este no se limita solamente a un grupo de personas que se incomodan por silbidos, piropos o algunas miradas al transitarse por las calles, sino también es necesario ir más allá, al punto de contar con la sensibilidad tal que permita observar que a través de este, se lesiona

una gama de garantías propias de las personas, principalmente de mujeres.

Desde la posición de la autora Espinoza (2016), se comprende el acoso sexual callejero como:

*[...] acciones, gestos y manifestaciones de naturaleza sexual y misógina, no consentidas y habituales que hombres desconocidos dirigen hacia las mujeres en los espacios públicos y tienen como efecto anular a la mujer como sujeto de derechos al situarla como objeto sexual mediante la humillación, el miedo y la intimidación (p. 56).*

A partir del anterior concepto, es posible desprender que el acoso sexual en espacios públicos implica conductas de índole sexual que la persona no consiente, las cuales se llevan a cabo por alguien no conocido o conocida y que, en razón de que especialmente se dirige contra la mujer, genera como consecuencia su anulación en su condición de persona y, por tanto, como titular de derechos, porque se presentan sentimientos que la ubican en una posición inferior, tales como intimidación, humillación o temor, generando que la víctima considere que puede sucederle una situación que trascienda el acoso y afecte también su integridad física.

Lo anterior tiene su respaldo en entrevistas llevadas a cabo a mujeres entre 25 y 35 años de edad, en fechas que oscilaron entre el 24 de noviembre y el 1 de diciembre de 2019, quienes manifestaron que una vez a la semana eran víctimas del acoso señalado, por lo que era frecuente. Sin embargo, se veían obligadas a ignorar al ofensor debido a que temían que tomara represalias, máxime que, con solo eso, les externaban comentarios que evidenciaban molestia por parte del acosador.

Asimismo, es posible observar que las víctimas de acoso sexual entrevistadas fueron enfáticas en

referir acerca del temor que el acoso sexual en espacios públicos les generaba, ya que llevar a cabo actividades como caminar por San José en la noche les producía temor, o por ejemplo, si un hombre se les acercaba, les generaba la sensación de que algo les podía suceder, así como también si las observaba o les decía un comentario sobre su cuerpo, les generaba la sensación de que su integridad se encontraba en peligro.

A partir de lo anterior, es posible observar que el acoso sexual callejero no se genera por el solo hecho del gusto de una persona de llevar a cabo acciones de intimidación o humillación hacia una mujer, sino que va más allá, ya que sus orígenes devienen de un aspecto de índole cultural, tal como lo explica la antropóloga Rebeca Gallardo (2020), al referir que, a lo largo de la historia, se ha normalizado en un sector de la población que generalmente es el masculino, quien manifiesta directamente y hasta con violencia, la aceptación y el gusto por el cuerpo de una persona, quien, en general, podría ser una niña, mujer, adolescente, porque el cuerpo se ha posicionado como un espacio de “dominio público”, por lo que, al brindar esta ubicación, trae como consecuencia el permiso para ejercer control y poder sobre este, aunado a que se exige que quien recibe la acción o la manifestación del acoso lo acepte como placentero, agradable y que hasta que se experimente orgullo, sancionándose altamente la molestia.

A partir del criterio de la especialista supracitada, es posible desprender que el acoso sexual callejero responde a una situación cultural, al normalizarse las manifestaciones de acoso, como acciones que la mujer debe recibir de manera positiva y que no tiene justificación para molestar o procurar defensa al respecto.

Lo anterior también encuentra respaldo desde la rama de la sociología, tal como lo expone la socióloga Carolina Sánchez (2020), quien explica que es posible entender el acoso sexual

callejero como una sanción social a la mujer por utilizar el espacio público, lo cual se deriva de la configuración social de los roles que se le asignan a cada género, así como a cada sexo, por lo que, explica la profesional, en el sentido histórico, a la mujer se le ha otorgado el espacio privado, lo que implica que lleve a cabo actividades propias de la vida cotidiana y que, por ende, se naturalice que los cuerpos de la mujer son para el trabajo doméstico. Por eso cuando esta sale al espacio público, lo que se hace es limitar los cuerpos de las mujeres, por lo que la sanción social generada es acosar dicho cuerpo, tanto en espacios laborales, como en aquellos de toma de decisión, políticos, participación ciudadana y se expresa de diferentes maneras.

La socióloga Sánchez (2020) expone que el acoso sexual callejero lo que genera es un recordatorio a la mujer de que el espacio público no es un lugar para ella y, por tanto, al encontrarse ahí, se debe atener a las consecuencias, las cuales pueden llegar a ser de violencia sexual, ya que es un ambiente que pertenece a los hombres, y la mujer es quien transgrede la regla social, por lo que dicho acoso es una sanción al ejercicio de transitar libremente.

A partir de lo anterior, es posible observar que el acoso sexual en espacios públicos definitivamente tiene sus orígenes en una situación cultural, propia de la sociedad patriarcal, en donde a partir de la dominación masculina, se normaliza y así se justifican las acciones propias de dicho acoso, como una situación que debe ser enfrentada por la mujer por el solo hecho de utilizar un espacio que históricamente ha correspondido a la población masculina, lo cual evidencia una forma de violencia en razón del género y una de carácter simbólico, tal como se expone.

Es preciso tener en cuenta que, conforme es expuesto por parte de Arias (2017), la violencia simbólica:

*[...] representa un tipo de violencia estructural, la cual es invisibilizada como tal, ya que la interiorización de la dominación masculina en hombres y mujeres, ha propiciado la normalización de la violencia contra las mujeres, tanto a nivel del imaginario individual como colectivo, y por tanto este tipo acciones han pasado a formar parte de un orden social (p. 41).*

Aunado a lo anterior, se encuentra que el indicado tipo de violencia se caracteriza por ser “[...] amortiguada, insensible e invisible para sus propias víctimas, que se ejerce esencialmente a través de los caminos puramente simbólicos de la comunicación y del conocimiento o, más exactamente, del desconocimiento”. (Bordieu, 2000, p.12 citada por Arias (2017), p. 40).

Según lo expuesto y tal como lo sostengo en mi tesis de maestría en derechos humanos, el acoso sexual en espacios públicos es una forma de configurar dicho tipo de violencia, ya que el hecho de que se dirijan gestos o se lleven a cabo acciones con contenido sexual dirigidas hacia una mujer en los espacios públicos implica una manera de transgredir derechos humanos solapadamente, en tanto es aceptada o bien vista, generando degradación emocional o física, directamente hacia la dignidad e integridad de las mujeres.

En la misma línea expuesta lo sostiene Molina (2015), al referir que dicha forma de violencia, configurada a partir del acoso sexual callejero, se desprende de “[...] la vergüenza, humillación, timidez, ansiedad, culpabilidad que puede experimentar una víctima de acoso callejero, constituye una forma de sometimiento, a pesar de sus convicciones internas y sus deseos de resistencia a la opinión dominante” (p. 7).

Ahora bien, es necesario tener conciencia en cuanto a que el acoso sexual callejero, al ser una forma de violencia en razón del género, implica la

vulneración de derechos humanos de las mujeres, tales como el libre tránsito, la dignidad, libertad, derecho a un ambiente sano, dignidad, equidad y no discriminación, los cuales se encuentran tutelados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales se desarrollarán a continuación.

### **III. Acoso sexual callejero como forma de vulneración de derechos humanos particularmente de las mujeres**

**Libre tránsito:** El libre tránsito es una garantía humana contemplada en el ordinal 22 de la Constitución Política costarricense, en donde se dispone que toda persona cuenta con la posibilidad de trasladarse, así como de permanecer en cualquier punto del país, sujeta a que no presente responsabilidad y pueda regresar cuando tenga conveniencia para ello.

Dicha libertad de tránsito también se encuentra dispuesta en la Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en el artículo 15, inciso 4) donde se dispone: “4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio”.

Ahora bien, según este derecho y su regulación a nivel nacional y a partir de un instrumento internacional, se desprende que todas las personas contamos con el derecho de desplazarnos con total libertad por las calles. Sin embargo, es preciso reflexionar en el hecho de que una persona que diariamente sale de su casa para ir a su centro de estudio, trabajo, a hacer ejercicio o simplemente a recrearse, que se vea en el deber de analizar las rutas por las que puede trasladarse para llegar a su destino porque siente temor de lo que le pasará,

le dirán, o le puedan hacer, como generalmente les sucede a las mujeres diariamente y, por ende, previenen que “no les pase nada” ¿no es una restricción clara de su libre tránsito, a pesar de que se encuentra dispuesto en la Carta Magna costarricense como un derecho?

Para la autora de este artículo, la respuesta es un lamentable ¡sí!, siendo una realidad indiscutible que se desprende del propio dicho de las mujeres entrevistadas a finales del año 2019 por parte de quien escribe, las cuales refirieron que su traslado por las calles era diferente al de sus amigos hombres, ya que debían tomar mayores precauciones, y era un hecho que debían caminar de forma alerta y lo más rápido posible.

Lo anterior es criterio compartido por parte de la doctorada Haydée Hernández, quien con respecto al libre tránsito, refirió que la lesión a este se manifiesta en el acoso en actos como:

*[...] tener que evitar lugares en donde saben son molestadas por silbidos, miradas lascivas, frases obscenas, entre otros, en especial donde hay grupos de varones; al evitar salir de noche o tener que buscar un acompañante varón para salir de su casa (conocido es que el acoso disminuye e incluso desaparece cuando hay un varón acompañando a una o un grupo de mujeres), o cuando no puede salir debido a que intuye que va ser acosada en ese lugar, a pesar de querer estar ahí.*

Lo anterior permite observar que es claro que, a través del acoso sexual callejero, especialmente a las mujeres se les vulnera su libertad de tránsito, el cual es un derecho humano que, en principio, se pensaría que se encuentra resguardado a partir de la disposición expresada en la Constitución Política; es decir, una vez que se ha positivizado, este continúa siendo lesionado en la cotidianidad diaria.

- **Libertad, integridad y seguridad personales**

En el artículo 5, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone la libertad, integridad y seguridad personales como derechos humanos, en tanto en el inciso 1), se contempla el hecho de que toda persona cuenta con el derecho del respeto a su integridad física, psíquica y moral. Asimismo, en el ordinal 9, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos especifica: “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales [...]” y el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que el artículo 20 de la Constitución Política costarricense especifica que toda persona es libre en la república, por lo que es posible observar, tal como se refirió en relación con la libertad de tránsito, que dichas garantías humanas, la libertad, integridad y seguridad personales también se encuentran vulneradas a través de la configuración de acciones como el acoso sexual en espacios públicos al configurarse hechos de violencia con connotación sexual contra la mujer, ya que como lo afirmó Facio (2013), ello implica la violación directa del derecho a la vida, la dignidad e integridad corporal (p. 28).

Es preciso tomar conciencia de que si una persona y, especialmente, las mujeres tienen temor al salir a la calle o transitar por ciertos lugares, se denota claramente una clara violación de su seguridad, integridad y libertad, ya que existe un obstáculo para desenvolverse con normalidad en su diario vivir, colocándose en riesgo su propio cuerpo, más allá del desagrado que pueda causar; por ejemplo, un jadeo o un silbido, sino que implica el miedo a que eso sobrepase con una agresión sexual, un acorralamiento, una grabación de sus

partes íntimas y que, por ende, se debe tomar conciencia de la afectación a nivel emocional y corporal que ha significado encontrarse en el espacio público, y así dichas garantías humanas se transgreden.

- **Dignidad:** El derecho humano a la dignidad se dispone en el artículo 11, inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual refiere que toda persona cuenta con el derecho a que se respete tanto su honra como su dignidad. Al respecto, la doctoranda Hernández (2020) brinda una conceptualización al indicar que este es:

*[...] el derecho que tenemos todos los seres humanos a ser valorados como sujetos individuales y sociales, con muestras características particulares, por el simple hecho de ser personas. La dignidad es el valor inalterable que poseemos por el hecho de contar con capacidad para razonar y decidir, la dignidad se puede definir como “la excelencia que merece respeto o estima.*

Dicha especialista también explica que, a partir del acoso sexual callejero,

*[...] dicho derecho se vulnera a través del acoso sexual en espacios públicos al interrumpirse el tránsito pacífico de las mujeres cuando se es víctima de una agresión, la cual claramente es rechazada e inesperada, pues coloca a dicho grupo poblacional en situaciones de miedo e inseguridad, por cuanto se le pone en estado de alerta y reacción ante amenazas y por ende llega a ser anulada cualquier sensación de paz, tranquilidad y/o bienestar. (Hernández, 2020).*

Aunado a lo anterior, es preciso observar que, desde la perspectiva de las víctimas de dicho

acoso sexual callejero que fueron entrevistadas por la autora, la vulneración de su dignidad es palpable, ya que referían: “una se siente herida en su dignidad [...] impotente” (2019).

- **Equidad y no discriminación:** En el ordenamiento jurídico costarricense, específicamente en la Constitución Política, el artículo 33 contempla la igualdad de toda persona ante la ley y, por tanto, no es posible practicar cualquier discriminación contra la dignidad. Además, en el ordinal 1 de la CEDAW, se dispone la discriminación como toda exclusión o diferenciación que se realice basándose en el sexo y que se encuentre orientada a menoscabar o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos humanos o libertades fundamentales de la mujer.

A partir de lo anterior, se evidencia que el acoso sexual callejero genera una clara diferenciación entre hombres y mujeres, en tanto estas son las que en mayor proporción sufren dicha forma de violencia en las vías públicas, generándose una distinción en tanto se restringe el uso del espacios públicos de las mujeres con respecto a los hombres, lo cual se origina desde el ámbito cultural, siendo una violencia en razón del género, en donde se sanciona el uso de las calles, tal como se ha expuesto en líneas que antecedieron, y así es clara la transgresión de dicha garantía humana.

- **Derecho a un ambiente sano:** Es preciso analizar la garantía humana referente al disfrute de un ambiente sano no solo desde el plano ecológico, sino también en armonía con los referidos derechos humanos, en cuanto a ese derecho a desenvolverse plenamente en su entorno.

*Este derecho se contempla en el artículo 50 de la Constitución Política, el cual*

*indica: “[...] Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado [...]”.*

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone en el ordinal 12 que:

*“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: [...] b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.*

A partir de dichos artículos, es posible observar que, en lo que respecta al acoso sexual en espacios públicos, el ambiente sano es una garantía humana que se vulnera de manera directa, ya que la persona agredida a través de este no dispone de la certeza de contar con un desenvolvimiento con las condiciones idóneas para desarrollar sus actividades, de manera tal que su integridad física y emocional no sean vulneradas. Al respecto, Porter Aguilar (2019), refiere que:

*[...] el derecho a un ambiente sano implica lo referente a los espacios urbanos de convivencia y vida en comunidad [...] dicho derecho no se encuentra circunscrito al hecho de una perspectiva ecológica, sino también al entorno urbano en donde se desarrolla la mayor parte de la vida cotidiana, en el tanto se tutela la afectación a la subjetividad de la persona víctima, ello en la esfera de intereses personales y morales” (pp. 1 y 3).*

Se tiene así que el derecho humano a un ambiente sano implica que los seres humanos, sin distinción alguna, puedan disfrutar de manera plena y libre el espacio público, en donde su integridad física y emocional no sean lesionadas por actos de acoso, lo que implica que sus actividades económicas o de esparcimiento puedan ser desarrolladas de manera adecuada y que, a través de dicha forma de violencia, más bien se vulnera el desarrollo de dicha garantía.

#### **IV. Instrumentos internacionales de protección de derechos humanos de las mujeres**

Una vez que se ha expuesto acerca de los derechos humanos vulnerados a partir del acoso sexual en espacios públicos, especialmente en lo que respecta a la mujer, se posibilita observar que este es una forma de violencia razón del género y que, por tanto, restringe el goce de una gama de garantías humanas, a pesar de que es una obligación del Estado costarricense contar con los instrumentos idóneos para enfrentar la violencia contra dicho grupo de población, de conformidad con las normas a nivel internacional de las que Costa Rica forma parte.

Además de los instrumentos internacionales de los cuales se ha hecho referencia, es preciso observar que Costa Rica ratificó en 1995 la Declaración de Beijing, en la cual los países miembros se encuentran decididos tanto a prevenir como a eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas.

Aunado a ello, se encuentra la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993), de la cual se desprende, específicamente en su ordinal 1, que la violencia contra las mujeres es entendida como todo acto que se base en el sexo femenino, y que genere afectación, ya sea en el plano físico, psicológico o sexual de la mujer.

En conjunto al supracitado artículo, se encuentra el segundo, en su inciso b), el cual dispone que [...] *La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada [...]* (negrita no corresponde al original).

A partir de los ordinales supra referidos, se desprende que el acoso sexual callejero es una acción propia de la violencia que los Estados parte de dichos instrumentos deben tratar de forma idónea, y el hecho de no hacerlo, al no contar con medios efectivos para hacerlo, implica un incumplimiento a dicha obligación.

Además de lo expuesto, se encuentra la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”, la cual dispone que:

*[...]debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer; tanto en el ámbito público como en el privado”, así como también el ordinal 2 inciso b): “que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar [...].*

En conjunto con los anteriores artículos, en el ordinal 3, dicho cuerpo normativo dispone acerca del derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y, en los numerales del 4 al 6, el

reconocimiento de sus derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Es preciso observar que, además del hecho de que estos instrumentos internacionales disponen en cuanto a la tutela de la violencia en contra de la mujer y cada una de las formas en que esta se configura, así como su derecho a encontrarse libre de esta, también señalan las obligaciones de los Estados parte en cuanto a su prevención y erradicación. Específicamente se desprende del artículo 4 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer al referir que los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y además sin dilación una política dirigida a la eliminación de la violencia, por lo que deben establecer una legislación apropiada, con sanciones de índole civil y penal, así como laborales y administrativas.

En conjunto con lo anterior, se encuentra el ordinal 7 de la Convención Belém do Pará, el cual dispone que los Estados parte de esta deben condenar todas la formas de violencia contra la mujer y adoptar los medios apropiados para hacerlo, actuar con diligencia en prevención e investigación y sancionar la violencia contra la mujer.

También deben adoptar medidas jurídicas para conminar a la persona agresora a abstenerse de llevar a cabo cualquier acto de violencia contra la mujer, así como tomar las medidas apropiadas para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la tolerancia contra la mujer, aunado al establecimiento de mecanismos jurídicos, administrativos, procedimientos legales y eficaces para que las mujeres cuenten con medidas de protección, juicio oportuno, así como efectivo a estos y adopción de disposiciones legislativas para hacer efectiva dicha convención.

A partir de lo anterior, se evidencia una clara obligación de los Estados parte y, por tanto, claramente de Costa Rica, de contar con los medios, procedimientos, mecanismos y legislaciones que permitan hacer frente a toda forma de violencia contra la mujer.

Sin embargo, de previo a la emisión de la Ley contra el Acoso Sexual Callejero, a pesar de ser una forma de violencia en razón del género, las víctimas de esta no contaban con una norma expresa en la materia que permitiera la protección efectiva de los derechos humanos vulnerados a través de este, por lo que además del vacío legal existente durante muchos años, el Estado costarricense no respondía a dicho mandato de índole internacional del cual formaba parte, de manera efectiva, sino que utilizaba figuras contravencionales dispuestas en el Código Penal, tal como se puntualizará.

## **V. Tratamiento normativo del acoso sexual callejero de previo a la Ley 9877**

Debido a la importancia para el conocimiento del contexto en que fue creada la reciente Ley contra el Acoso Sexual Callejero en Costa Rica, así como para evidenciar la vulneración de derechos humanos de las personas víctimas de dicha forma de violencia, especialmente mujeres, sin contar con una tutela judicial efectiva, se expondrá en cuanto al tratamiento que dentro del sistema judicial costarricense se le brindaba al acoso sexual en espacios públicos, a través de figuras contravencionales que no contemplaban la conducta como tal, según se puntualizará.

Dentro de la materia contravencional, previo a la Ley 9877, no existía una figura propia del acoso sexual en espacios públicos, sino que el tratamiento, tanto para el trámite judicial,

como para su juzgamiento, se hacía en el marco de lo dispuesto en la circular del Consejo Superior del Poder Judicial número 63-16 del 30 de junio de 2016, artículo LVIII, en donde se autorizó a las personas juzgadoras de juzgados contravencionales que utilizaran, en el caso de las denuncias de acoso sexual callejero, las contravenciones contempladas en el artículo 392, incisos 3), 4), 5), 6) y 8) del Código Penal, correspondientes a palabras o actos obscenos, proposiciones irrespetuosas, tocamientos, exhibicionismo o miradas indiscretas.

Ante lo anterior quien escribe sostiene el criterio de que dichas contravenciones no eran la vía idónea para tutelar de manera efectiva los derechos de las víctimas del acoso sexual en espacios públicos, ya que estas fueron creadas en un contexto histórico distinto del actual, en el cual se procuraba tutelar bienes jurídicos diferentes a la integridad física y emocional a través de patrones normalizados que se configuran a partir del acoso sexual en las calles, por lo que la norma se tornaba insuficiente y no era posible brindar una respuesta idónea a quienes se presentaban al despacho a denunciar actos de dicho tipo.

Por ende, la persona víctima carecía de una respuesta o resolución idónea en cuanto a su vulneración de derechos humanos y quien perpetrara la acción no observaba sanción alguna acorde con la afectación generada, aunado al hecho de que las conductas de este tipo se conocían solamente en la vía contravencional, sin tenerse la posibilidad de que se conocieran en la vía penal como delito, a pesar de la gravedad de los hechos, evidenciándose un claro vacío normativo.

Ejemplo de lo anterior fue lo sucedido en el caso de la sanción impuesta a la persona imputada del caso de acoso sexual callejero contra la mujer embarazada en las inmediaciones del Hospital Rafael Ángel Calderón Guardia, en donde un

hombre le gritó improperios, y cuando esta solicitó respeto, la agredió físicamente, por lo que, al no encontrarse el hecho tipificado como delito, fue conocido por parte del Juzgado Contravencional del Primer Circuito Judicial de San José, bajo la contravención de “palabras o actos obscenos”. El denunciado aceptó los cargos y se le impuso la multa correspondiente para dicha contravención, de quince días multa, la cual se impuso a razón de tres mil colones cada uno, según se desprende de noticia del 27 de junio de 2017 publicada en el Periódico La Nación.

De esta manera, Porter (2016, p. 1) señaló que:

*dicha normativa no es reguladora expresa del acoso vivenciado por las mujeres en un espacio público, lo cual implica una pena menor de la que realmente debe concretarse según el bien jurídico lesionado, tal como lo es su seguridad e integridad física y emocional, pues se deja de lado el contexto de derecho humano que se le está lesionando a esta población, por lo tanto es carente de sensibilidad, en algunas ocasiones, por parte de la persona juzgadora, el tipo de tratamiento hacia dicho acoso contra las mujeres; ello se deriva de la naturalización del fenómeno como tal y la poca preocupación, dentro de las diferentes instituciones, de la prevención sobre la sanción, o que estas se desarrollen conjuntamente. (Citado por Soto, 2020, p. 18).*

A partir de lo anterior, se desprende que, en los juzgados contravencionales, para el tratamiento del acoso sexual callejero en espacios públicos, se procuraba aplicar figuras existentes a una situación de violencia en razón del género que paulatinamente se empezó a evidenciar y ya no a normalizar, desde el caso de la denuncia pública llevada a cabo por parte del fallecido Gerardo Cruz en cuanto a la grabación de las partes íntimas de

una mujer que realizó un hombre, el 4 de octubre de 2015, visibilizando una problemática que la sociedad no aceptaba, en donde dicho acoso no era una conducta que debía ser socialmente adecuada, y mucho menos respaldada.

Se tiene así que es necesario observar que, si bien es cierto dichas figuras contravencionales no eran las idóneas para enfrentar el acoso sexual callejero, se debe destacar la mística del personal judicial, tanto de quienes se desempeñan en el área técnica judicial como jueces y juezas, en el tanto aún sin contar con una legislación idónea en la materia, procuraban brindar una tutela judicial efectiva, tal como lo señaló León Sánchez (2019), al referir que:

[...] se ha buscado dar un tratamiento, que si bien no es diferenciado, sí es caracterizado por una especial atención en cuanto al trámite celeré por la sensibilidad de la materia, y también a nivel estadístico de la institución, por lo cual en el sistema de gestión judicial que se utiliza en la institución para tramitar los expedientes, al crear el expediente electrónico en este, actualmente se cuenta con una pestaña en “clase” del proceso, en el cual se debe especificar que se está ante un caso de acoso sexual callejero. (Citado por Soto, 2020, p. 83).

Aunado a lo anterior, se desprende de las entrevistas llevadas a cabo por la suscrita a personas juzgadoras en materia contravencional de los circuitos judiciales y periferia de Alajuela, Heredia y San José que, de manera generalizadas, dicho funcionariado es concordante en afirmar que, si bien es cierto, no era la legislación idónea y debía mejorarse, se procuró brindar la tutela judicial efectiva, ya sea sensibilizando a la persona imputada o realizando el trámite lo más diligentemente posible, ya que la materia es sensible y debe tenerse consideración al respecto.

A partir de lo anterior, evidenciada la realidad vivida de previo a contar con una legislación propia del acoso sexual callejero, es posible abordar acerca del desarrollo de dicho cuerpo normativo, el cual si bien es cierto está iniciando en su aplicación, regula de forma expresa dicho acoso.

## **VI. Ley contra el Acoso Sexual Callejero en Costa Rica: un proceso en procura de la tutela de los derechos humanos de las mujeres**

En Costa Rica, desde la Constitución Política, se dispone lo referente a la tutela judicial efectiva, a partir de los ordinales 41 y 39; el primero al enunciar el hecho de que todas las personas al acudir a las leyes, encontrarán la reparación, ya sea para las injurias o los daños que hayan recibido, así como en sus intereses morales o propiedades, por lo que se les debe hacer justicia, una revestida de cuatro características, tales como pronta, cumplida, sin denegación y de conformidad con las leyes. El segundo hace referencia al debido proceso, también al derecho al contradictorio y, por tanto, a la existencia del resguardo judicial.

A partir de dichos artículos, es posible observar con preocupación que, al no contarse con una legislación propia para la materia, las personas víctimas del acoso sexual callejero carecían de un cuerpo normativo que permitiera la aplicación adecuada de dichos principios consignados en la Carta Magna costarricense, ya que nótese que tanto el debido proceso como la justicia que debe otorgarse tienen como característica esencial la aplicación adecuada de las leyes, y desde la perspectiva de la autora, utilizar figuras contravencionales creadas para otro contexto y en aras de resguardar bienes jurídicos distintos a los

vulnerados en el acoso sexual callejero implica una afectación de la tutela judicial efectiva que la legislación de reciente data podría brindar a los casos en la materia.

Así, el 10 de agosto de 2020, el presidente de la República, Carlos Alvarado, firmó la Ley 9877, una vez que se llevó a cabo un proceso, a lo largo de varios años, para que esta fuera una realidad, tanto desde la lucha por su existencia desde diversas instituciones y organizaciones, como el Poder Judicial, la Asamblea Legislativa y, específicamente, la Sala Constitucional al dictaminar acerca de su constitucionalidad, según consulta de diputados y diputadas al respecto.

El proyecto de legislación contra el acoso sexual callejero, que actualmente es una realidad, se inició desde el 2017, y como referente en este proceso, se cuenta con la entrevista de la señora Haydee Hernández (2020), jefa de la Unidad Técnica de Igualdad y Equidad de Género de la Asamblea Legislativa, quien expuso que este proceso se inició cuando:

*[...] Varias diputadas tenían solicitud de una ley para el acoso sexual callejero y un grupo de organizaciones (Las peras de Olmos y Crecer entre ellas) contactaron a la Unidad Técnica de Igualdad de Género (UTIEG) para que se logrará redactar un proyecto de ley para que fuera presentado por el Grupo Parlamentario de Mujeres Diputadas. La UTIEG en el año 2016 presenta una propuesta de después de un análisis de derecho comparado. Esta propuesta de proyecto fue discutido y reformado por las organizaciones y los despachos de los y las diputadas y el INAMU, hasta que se logra presentar el proyecto en el año 2017 en la corriente legislativa por el GPMD. El proyecto presentado fue consultado por la Comisión de la Mujer al INAMU y varias organizaciones, las cuales dividían*

*sus posiciones. Fue un periodo lento por la oposición a que fuera un proyecto con sanciones penales. En la administración 2019 la UTIEG incide con las diputadas para que se hicieran unas sesiones de trabajo con el INAMU y el Poder Judicial y las diputadas de la Comisión de la Mujer para lograr un texto sustitutivo al proyecto. Este texto fue aprobado con texto del proyecto a finales del periodo 2018-2019 eliminándole las sanciones penales pero no por consensos debido a ello no se dictaminó. Luego en sesiones de negociaciones recomendadas por la UTIEG con la filosofía ganar ganar, logra incorporar modificaciones al texto y se le incorporan sanciones penales y administrativas y se dictamina el proyecto en el año 2019 y pasa al Plenario Legislativo. En el Plenario Legislativo se logra avanzar en la discusión del mismo y se llega hasta el primer informe de mociones 137 el 19 de febrero. (Citado por Soto, 2020).*

Dicho Proyecto de Ley se aprobó en primer debate por parte de las personas diputadas de la Asamblea Legislativa, el 9 de junio de 2020, con ningún voto en contra.

Ahora bien, a pesar de dicha aprobación que, para su realidad, se llevó a cabo un proceso de tres años, por parte de doce diputados se consideró que dicha ley presentaba roces de inconstitucionalidad, ya que, como se desprende de Bravo (2020), citado por Soto (2020), sostenían el criterio de que no era posible que fueran sancionadas penalmente las actuaciones que encuadraran dentro del acoso sexual callejero, tales como “[...] los ruidos, silbidos o los gemidos”, aunado a ello refirieron que no es posible juzgar a personas que emitan “jadeos, gestos o ademanes con connotación sexual [...]”. Lo anterior fue debatido por veintiocho congresistas y presentaron un documento ante la Sala Constitucional, en específico:

*las personas diputadas consultantes ante la Sala Constitucional, argumentaban que el proyecto de ley en la materia de acoso sexual callejero, tramitado en el expediente número 20.299, violentaría principios de tipicidad y legalidad penal, específicamente en lo que refería al artículo 6 que adiciona al Código Penal una nueva contravención (388 bis) dispuesta expresamente para lo pertinente al acoso sexual callejero; este se presentan conceptos jurídicos indeterminados como parte de un hecho punible, sin tener precisión, en cuanto al término de “connotación sexual”, así como “gemidos, silbidos, jadeos, gestos, ademanes, ruidos”, aunado al hecho de que la persona juzgadora no puede tener certeza de la intención u objetivo con que se realizaron los actos dispuestos en dicha nueva contravención, sino que depende del sentido otorgado por la persona afectada, asimismo, agregan que el artículo 1 de la indicada legislación, refiere el concepto de acoso sexual callejero, sin embargo, los términos de humillación, inseguridad y miedo no remiten a hechos objetivos, sino al mundo de sentimientos y la persona operadora jurídica no se encuentra capacitada para juzgar (Sala Constitucional, resolución número 2020012662, citada por Soto (2020).*

Así, mediante la resolución número 2020012662 de las nueve horas treinta minutos de siete de julio de dos mil veinte, en relación con la Ley contra el Acoso Sexual Callejero, la cual para ese momento se encontraba en fase de proyecto, la Sala Constitucional resolvió que “las normas consultadas no se advierten los vicios de constitucionalidad señalados por los diputados consultantes”, refiriendo que los aspectos consultados “dista de ser contrarios a los principios de tipicidad y legalidad”.

Es necesario indicar que la Sala Constitucional analizó que, en la legislación consultada, a pesar de que se contaba con preceptos genéricos, estos no eran un tipo penal abierto o en blanco, ya que eran contenidos socialmente conocidos y aceptados, aunado al hecho de que, en su aplicación jurisdiccional, era en donde se posibilitaba precisar el concepto al valorarse la prueba por parte de quien juzga. Por eso el artículo 1 de la Ley contra el Acoso Sexual Callejero señala el objeto y definición de dicha forma de acoso, y este no es un tipo penal en sí mismo, por lo que es impropio referir que es un tipo penal abierto y contrario al principio de tipicidad.

En este punto, es necesario exponer que, si bien es cierto, la mayoría de las personas integrantes de la Sala Constitucional sostuvieron el criterio de que el Proyecto de Ley contra el Acoso Sexual Callejero no era inconstitucional, existe una nota del magistrado Hernández Gutiérrez, en la cual expone su criterio en relación con la importancia del principio rector de protección de la dignidad humana, en donde, para que se lleve a cabo de forma eficaz, considera que debe ser considerado el principio de proporcionalidad al interferirse en la esfera de la libertad de las personas, así como la seguridad jurídica, ya que las prohibiciones y mandatos negativos deben ser claros, razonables e idóneos para alcanzar los fines propuestos (Sala Constitucional, resolución número 2020012662, p. 20, citado por Soto (2020).

Aunado a lo anterior, el magistrado Hernández (2020) refiere que, en la Ley contra el Acoso Sexual Callejero, “[...] se echa de menos una redacción que permita una clara inteligibilidad del elemento normativo [...]”, y agrega en su nota que, en el numeral 1 de dicha legislación, se define al acoso sexual callejero como complemento del tipo penal referido en el artículo que adiciona el numeral 388 al Código Penal como la contravención del acoso sexual

callejero, por lo que es preciso que la redacción presente un grado de determinación adecuado para alcanzar los objetivos y los fines propuestos en la ley, así como que el principio de reserva de ley implica que el Poder Legislativo debe desarrollar la normativa con ese propósito, sin que ese quehacer se traslade a personas de otros poderes por ser ello impedido por el principio de separación de funciones (Sala Constitucional, resolución número 2020012662, pp. 21 y 22, citado por Soto (2020).

A lo anterior, dicho magistrado señala que, a pesar de que la persona juzgadora interpreta la norma, esto no significa que esta debe desarrollar una labor de construcción del artículo, ya que quien juzga supliría los vacíos de la legislación y, por ende, la falta de certeza, la vaguedad o indeterminación de la norma penal permiten que la persona juzgadora interprete el contenido del tipo penal de acuerdo con varias aprehensiones, lo que se traduce en la violación del principio de tipicidad (Sala Constitucional, resolución número 2020012662, p. 22, citado por Soto (2020).

En la nota de dicho voto constitucional, el magistrado Hernández (2020) expone que los conceptos jurídicos indeterminados no deben encontrarse a un grado de generalidad tal que puedan incluirse conductas ajenas a las sancionadas, así como tampoco que restrinja a tal punto en donde se desproteja el bien jurídico tutelado, ya que en el ordinal 388 bis del Código Penal, adicionado con la Ley contra el Acoso Sexual Callejero, referir “connotación sexual” es la característica que se exige a la conducta que se sanciona, lo que, a pesar de ser comprendido socialmente, discrepa de lo que el numeral 1 de dicha legislación dispone con respecto al numeral 6 de esta, ya que esta última restringe la conducta sancionada, como jadeos, silbidos, palabras, ruidos, gestos, ademanes hacia otra persona, pero carece de intención, por lo que no se conceptualiza adecuadamente la conducta

reprochable, estas no refieren lo incluido, como lo sería la indicación expresa que debe traer consigo un contenido erótico, libidinoso y obsceno, pero la conducta fue definida con el mismo término sin aportar otros elementos para tener una única interpretación (Hernández, 2020, citado por Soto, 2020).

Asimismo, se desprende de lo referido por parte de Hernández (2020) y citado expresamente por Soto (2020) que:

*cuando una legislación presenta el problema de ambigüedad, es la persona juzgadora, y no quien legisla, quien define la conducta reprimida penalmente; esto presenta inconvenientes desde la perspectiva constitucional, pues por ser la persona juzgadora quien determina las conductas prohibidas y sancionadas, lo dará a conocer con el dictado de la sentencia, por lo cual se antepone la conducta a la categoría sancionable, por ello se violenta el principio de legalidad y lex previa; asimismo, dentro de la comunidad se desconocerían los comportamientos que traen consigo responsabilidad penal y contraviene la lex certa y se vulnera la reserva de ley, por cuanto el pueblo es el único legitimado para decretar las intromisiones del poder público en la esfera individual.*

Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que el magistrado Hernández concluye que, con la normativa referida al acoso sexual callejero, no es posible alcanzar los fines y objetivos propuestos en razón de la indeterminación normativa, lo cual es necesario y mandatorio en los tipos penales, por lo cual se debe llevar a cabo una delimitación conceptual y normativa para que esta sea acorde al derecho de la constitución y se proteja adecuadamente el bien jurídico tutelado (pp. 27 y 28, y citado por Soto 2020).

Se tiene así que, al contarse con la resolución de la Sala Constitucional en cuanto al Proyecto de la Ley contra el Acoso Sexual Callejero, tal como se desprende de los medios de comunicación masiva, para el 15 de julio de 2020, dicha legislación fue aprobada en segundo debate por parte de la Asamblea Legislativa, y el 10 de agosto de 2020 fue firmada por el presidente de la República.

Ahora bien, una vez que se ha expuesto el recuento histórico en relación con el origen de la Ley 9877, es preciso observar que esta es el cuerpo normativo que ampara a las personas víctimas de acoso sexual en espacios públicos y, por ende, es la que las personas juzgadoras deben aplicar en los casos concretos, tanto en vía contravencional, como en la penal, al contarse con conductas tipificadas como delitos, por lo que se enunciará cada uno de los aspectos de mayor relevancia que contempla.

- Sanciones de multa y privación de libertad (tres delitos y una contravención)

En la Ley contra el Acoso Sexual Callejero, se disponen tres delitos que se adicionan al Código Penal, Sección IV, título III, tales como: producción de material audiovisual (fotografías o grabaciones con connotación sexual sin consentimiento) en el artículo 175 quinquies, masturbación o exhibición de genitales, el cual se contempla en el artículo 175 ter, y persecución o acorralamiento dispuesto en el ordinal 175 quater. Asimismo, se adiciona una contravención al Código Penal, Sección I, del Libro III de las Contravenciones, en el numeral 388 bis, en lo que respecta a la contravención del acoso sexual, como aquellas acciones dirigidas a proferir, dirigir o ejecutar palabras, ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes, y se observará cada una de las sanciones.

Ahora bien, en cuanto a la sanción dispuesta para dichos delitos y contravención, se encuentra que,

en lo que respecta a la producción de material audiovisual, se contempla una pena de diez meses a un año y medio de cárcel, lo cual se agrava a dos años de cárcel si el material es transmitido a otra persona, y a un tercio más, si la persona ofensora es reincidente, se comete por parte de más de una persona o si la víctima es menor de edad, persona adulta mayor o presenta alguna discapacidad.

En el caso de la masturbación, la pena es de seis meses a un año de cárcel, o bien 35 días multa (siempre que la conducta no constituya un delito con una pena mayor) y con el mismo agravante de la pena del delito anterior. En cuanto al delito de persecución o acorralamiento, se contempla una sanción de ocho meses a un año de cárcel o bien, de treinta a cuarenta y cinco días multa, con los mismos agravantes de la pena del delito anterior.

En el caso de la contravención, la pena es de quince a treinta días multa en donde la cantidad de días se impone según el criterio de la persona juzgadora (gravedad del hecho, límite de la contravención, circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se cometió el hecho) y con el agravante de una pena de 25 a 35 días multa, si son cometidas por dos o más personas o mediante uso de medios electrónicos de comunicación, en donde no podrá exceder de 360 días multa, ni el 50% de ingreso diario de la persona sancionada, todo lo cual se valora conforme a la capacidad económica.

Aunado a lo anterior, es preciso observar que, en dicha legislación, se observa un gran aporte en cuanto a las penas accesorias, de la cual se desprenden dos, ambas dirigidas a la persona perpetradora del acoso sexual en espacios públicos, por ejemplo, la primera es la participación en programas de alcoholismo y drogadicción (si la adicción se encuentra relacionada a la conducta), esto adicionado a la sección IV al Código Penal,

titulada: “Acoso sexual en espacios públicos o de acceso público” en el artículo 175 septies, inciso a), y la segunda es la asistencia a un “Programa especializado para ofensores”, orientado al control de conductas violentas, la reeducación y sensibilización sobre las masculinidades tóxicas, equidad de género y respeto por los derechos humanos de las mujeres, la cual fue adicionada a la sección IV al Código Penal, titulada: “Acoso sexual en espacios públicos o de acceso público” en el artículo 175 septies, inciso b).

Asimismo, dicha legislación dispone en cuanto a la consecución de acciones preventivas, tales como la aplicación de “políticas y acciones en prevención del acoso sexual callejero”, en donde el ente encargado de llevarla a cabo es el Sistema Nacional para la Atención y Prevención de las Mujeres y la Violencia Intrafamiliar, con el ánimo de que se elaboren políticas públicas que contribuyan a erradicar los prejuicios de género basados en la idea de superioridad del hombre e inferioridad de las mujeres, y la segunda es la obligación de los cuerpos policiales de incluir acciones sobre temas de prevención, en donde el ente a cargo es la Fuerza Pública, en la procura de la elaboración de programas de prevención del delito y de seguridad ciudadana.

A partir de lo anterior, es posible observar cómo la legislación de reciente data en cuanto al acoso sexual en espacios públicos procura las vías de conocimiento de los hechos, las sanciones y penas de índole socioeducativo para lograr que los derechos humanos vulnerados a partir de dicha forma de violencia realmente sean protegidos y, de esta manera, se llegue a la consecución de la tutela judicial efectiva, especialmente a las mujeres quienes son la mayor cantidad de víctimas de dicho acoso.

Es preciso observar que, además de lo supracitado, se dispone, en dicho cuerpo normativo, acerca

de obligaciones de la persona policía ante dicho acoso, específicamente en el ordinal 3, ya que señala su deber de intervenir aun de oficio y sin dilación en estos casos, disponiéndose una serie de funciones expresas.

Quien escribe considera que esto es una forma de evitar, en alguna medida, lo sucedido cuando se conocía el acoso sexual callejero en vía contravencional, tal como lo era la carencia de prueba y falta de apoyo a la persona víctima cuando se perpetra el acto de acoso.

De esta forma, una vez que se ha expuesto acerca de la creación de dicha ley, así como su contenido y, por ende, los aportes que realiza a un tema que se ha normalizado dentro de la sociedad costarricense, al tenerse sus orígenes en una situación de índole cultural, es preciso tener en cuenta que esta ley conforma un avance sumamente significativo en el tratamiento de la materia y, específicamente, en lo que refiere a la no violencia en contra de la mujer, por lo que el sistema normativo costarricense se halla en armonía con los instrumentos internacionales de derechos humanos en la materia.

Así se inicia una nueva etapa de conciencia en cuanto a la transgresión de garantías humanas que implica el acoso sexual callejero, dejándose de lado la normalización de este, sin ser aceptado como habitual cada vez que las mujeres utilizan el espacio público.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que, solamente en la práctica, será posible determinar la efectividad de dicha legislación en la tutela de derechos humanos, así como en la forma en que se aplica esta, surgiendo la interrogante en cuanto a si la Ley contra el Acoso Sexual Callejero es una forma efectiva de tutelar los derechos humanos de la mujer. Esta respuesta se abordará en el siguiente apartado.

## VII. ¿Se logrará una tutela judicial efectiva a través de la Ley contra el Acoso Sexual Callejero?

Es preciso observar que la Ley contra el Acoso Sexual Callejero pretende sancionar, por vía de delito y de contravención, una forma de violencia simbólica que ha sido perpetrado como repetición de un patrón cultural normalizado dentro de la sociedad costarricense, y según se ha expuesto en este artículo, se ha tenido como normal o natural disponer sobre el cuerpo de la mujer en el espacio público, ya sea mediante grabaciones de sus partes íntimas, persecuciones, en muestra de los genitales de otros o con manifestaciones gestuales o verbales acerca de su gusto o disgusto por el cuerpo femenino, y precisamente como una sanción inconsciente al salir la mujer de su espacio de esfera privada que históricamente ha ocupado.

En este sentido, la antropóloga Rebeca Gallardo afirmó que el acoso sexual en espacios públicos contra las mujeres era totalmente cultural, “[...] lo que indica que no es natural y por tanto incontrolable. Existen países donde la manifestación del gusto por el otro no invade la integridad, la dignidad de la otra persona. Tiene sus orígenes en una cultura patriarcal. La cual puede ser modificable”.

Se tiene así que, al ser una situación que se deriva de una conducta cultural y, por tanto, socialmente aceptada, quien escribe sostiene la tesis de que no es posible afirmar que la tutela judicial efectiva de los derechos humanos de una población, en este caso de las mujeres, se configura a partir de únicamente la existencia de un cuerpo normativo que, si bien es cierto, aporta avances muy significativos, por sí sola no alcanza dicho objeto, sino que requiere converger con otros medios que procuran resultados a largo plazo, tal como una política preventiva que implique la participación de diferentes entes y trate con

diversas poblaciones que permitan hacer frente al acoso sexual callejero desde la raíz de la problemática, y así se trabaja en la destrucción de patrones simbólicos del patriarcado que han normalizado dicha forma de violencia en contra de la mujer.

En razón de ello, considero que la nueva legislación en la materia implica un avance significativo en el tratamiento del acoso sexual callejero a nivel judicial; pero por sí sola no logrará la consecución de una tutela efectiva de las garantías humanas que vulnera, sino requiere que sea aplicada en conjunto con otros medios preventivos, y los resultados solamente serán tangibles a largo plazo.

La ley reguladora en la materia es una necesidad indudable en el tratamiento del acoso sexual callejero, ya que tal como lo señalaba la socióloga Sánchez (2020):

*si bien es cierto las leyes se encuentran un poco más atrás de la forma en que la sociedad evoluciona, estas son vitales para direccionar ciertos patrones culturales, porque a pesar de que no transformará una cultura, sí ayudará a hacerlo, a través de una sanción; pensando en el largo plazo, la sanción de la conducta a partir logran establecer dinámicas sociales que van corrigiendo esas conductas en las generaciones. (Citado por Soto, 2020).*

Desde el punto de vista de la antropología, es posible desprender de lo anterior que la norma es un apoyo para el cambio cultural; pero por sí sola resulta insuficiente, ya que se aplica por parte de personas que se encuentran formadas en un entorno cultural donde la conducta se ha normalizado, por lo que una norma no apoya el cambio cultural, ya que no es automático, porque solamente el reconocimiento de las actuaciones como atípicas cambian las conducta

“se rompen paradigmas normalizados, exige un reto constante”. (Gallardo, 2020, citada por Soto, 2020, p. 176).

Ahora bien, contándose con la claridad de que una legislación en la materia del acoso sexual callejero no logra por sí sola los cambios a nivel cultural que crean la violencia en razón de género y, al contar con sanciones más graves, no se tienen como sinónimos soluciones más efectivas para erradicar las conductas, y es posible observar el papel que desempeñan la elaboración y aplicación de medios preventivos en conjunto con esta.

En cuanto a este punto y, en apoyo al criterio que sostiene la autora, la socióloga Carolina Sánchez (2020) explica que, sin duda alguna, la sanción debe ir acompañada por la prevención, ya que no se puede tener un Estado que sancione, si este no brinda las herramientas para sostener esa sanción, como lo sería la educación popular y formal, es decir, para que todas las personas cuenten con la claridad de que dicha conducta está equivocada (citada por Soto, 2020, p. 177).

De esta manera, al analizarse la necesidad de que la sanción existente converja con la prevención, de parte de quien escribe se sostiene el criterio en cuanto a que esta debe ir dirigida a crear los espacios educativos para que dichas conductas de acoso sexual callejero no se repliquen, mostrando a niños, niñas y adolescentes que dicha acción es una forma de violencia contra la mujer, tomando como base la educación formal.

Así el MEP sería un ente de importancia para el desarrollo de dicho objetivo, aunado a la sensibilización de quienes se desempeñan en la Administración de Justicia como personas juzgadoras y personal técnico judicial. Por tanto, la Escuela Judicial desempeñaría un papel de relevancia, y todo puede ir plasmado en una política pública preventiva contra el acoso sexual callejero.

Desde el criterio de quien escribe, una política pública preventiva del acoso sexual en espacios públicos es la vía idónea, en conjunto con la sanción, para lograr la consecución de la tutela judicial efectiva de los derechos humanos de las mujeres, la cual la nueva legislación en la materia prevé como una medida preventiva que permitiría observar cambios a largo plazo en los patrones culturales para generar que la sanción se encuentre acompañada del trabajo conjunto de diversos entes que permitan generar conciencia en la sociedad de que lo realizado es una clara violación de las garantías humanas de las personas víctimas de acoso sexual callejero.

La autora del presente artículo considera, tal como se propone en su tesis de posgrado en derechos humanos, que una política pública preventiva del acoso sexual en espacios públicos debe encontrarse dirigida, en primer lugar, a evidenciar el acoso sexual callejero como una forma de violencia en razón del género, en donde se lesionan los derechos humanos de las mujeres, así como promover acciones concretas para prevenirlo y establecer líneas de trabajo para lograr la sensibilización de mujeres, hombres y personas menores de edad, así como jueces y juezas, personal del Ministerio de Educación Pública, en cuanto a la necesidad de erradicar patrones culturales que, a lo largo de los años, han respaldado el acoso sexual callejero contra las mujeres.

Cabe destacar que, en dicha política pública, se plantearía el hecho de que la educación es la herramienta más idónea para prevenir el acoso sexual en espacios públicos que se encuentre dirigida al cambio cultural, así como a la creación de nuevas masculinidades, por lo que se utilizará la educación formal, dentro de los programas de estudio, para trasladar la información al estudiantado, así como la creación de talleres para dicha población, para lo cual se contaría con la coordinación del INAMU y de las Oficinas de

la Mujer de las diferentes municipalidades de cada cantón.

En lo que respecta a la creación de nuevas masculinidades, es preciso observar que se dará una coordinación entre el Instituto Nacional de la Mujer en asocio con el Instituto WÉM Masculinidad, Sexualidad y Pareja, para la creación de talleres que serán replicados por parte de las municipalidades de cada cantón, y enseñar y reeducar a los hombres sancionados a nivel judicial por acoso sexual en espacios públicos, así como a aquellos de las diferentes comunidades en conjunto con campañas de comunicación masivas, en donde se pretenda evitar prácticas y conductas nocivas propias de violencia hacia las mujeres.

Otro de los puntos medulares en la política pública preventiva propuesta es la sensibilización de la persona juzgadora y del funcionariado judicial como parte vital en el resguardo de los derechos humanos de las mujeres, en donde se cuente con las herramientas de conocimiento para desarrollar empatía y sensibilidad que les permita conocer, así como comprender que el acoso sexual en espacios públicos es una clara vulneración de las garantías humanas de las mujeres.

Por eso es precisa la coordinación con la Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica, para capacitar a dicha población, replicando el Taller sobre “Acoso Sexual en Espacios Públicos”, con modalidad intensiva, en donde se cuente con exposiciones de personas profesionales en derechos humanos, sociología, antropología y que permita llegar a un consenso en el sentido de que el acoso sexual callejero es una forma de violencia contra la mujer, y se logre una efectiva sensibilización.

Aunado a lo anterior, es necesario tener en cuenta la importancia de que dicha política pública

preventiva tiene un enfoque de derechos humanos y no violencia contra las mujeres, prevención integral y cambio cultural, así como participación ciudadana e interinstitucionalidad, con un espacio temporal de desarrollo de quince años para que sea posible procurar modificar paulatinamente los patrones normalizados socialmente. Además debe crearse un observatorio que mida el avance en quinquenios para identificar si efectivamente se está logrando la transformación a nivel cultural.

Se considera que la referida política pública preventiva es una forma eficiente de trabajar, en conjunto con la nueva legislación, en la procura de una efectiva tutela judicial de los derechos humanos de las mujeres, ya que se le visibiliza a la sociedad la forma de violencia en razón del género que implica, se le brindan las herramientas adecuadas para identificarlo y además para erradicar paulatinamente los patrones normalizados dentro de la sociedad costarricense en cuanto a este.

Si bien es cierto, se aplaude el gran avance que como país se ha alcanzado en cuanto a obtener un cuerpo normativo que regula expresamente el acoso sexual callejero, debemos tener conciencia que, para obtener resultados idóneos, se debe coordinar con este para prevenir y afirmar que verdaderamente se ha configurado un cambio en el país en cuanto a la tutela de derechos humanos de las mujeres, y que de esta manera exista concordancia con lo dispuesto en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos de las mujeres, específicamente la Convención Belén do Pará en su artículo 7, incisos b) y del d) al h), y de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, en su ordinal 4, ya que el Estado costarricense estaría estableciendo los medios apropiados para evitar y erradicar la violencia contra las mujeres en el ámbito público.

### XIII. Conclusiones

Una vez expuestos los aspectos generales en cuanto al acoso sexual callejero, las garantías humanas vulneradas a partir de este, así como también los instrumentos de derecho internacional que disponen la obligación de los Estados en resguardo de los derechos humanos de las mujeres, su regulación previa y actual dentro del sistema normativo costarricense, así como la posición de la autora en relación con la tutela judicial efectiva de las mujeres en cuanto a dicha forma de violencia en razón del género y la manera idónea de hacerlo, se especificarán algunas conclusiones al respecto:

- A partir del acoso sexual en espacios públicos, se reproduce una forma de violencia en razón del género que ha sido normalizada en la sociedad costarricense a partir de patrones patriarcales originados desde un aspecto cultural, como forma de sanción hacia las mujeres por utilizar el espacio público que históricamente fue reservado a los hombres y no limitándose a la esfera privada en donde se le había ubicado.
- A través del acoso sexual callejero, se vulnera una gama de derechos humanos de las mujeres especialmente, como lo son: el libre tránsito, el derecho a un ambiente sano, dignidad, igualdad y dignidad, así como no discriminación.
- Existen varios instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica, como la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”, a través de las cuales se dispone la obligatoriedad de los Estados parte de disponer medidas de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, así como las legislaciones idóneas para que el sistema judicial trate situaciones de este tipo, en tutela de derechos humanos de las mujeres.
- De previo a la existencia de la Ley contra el Acoso Sexual en Costa Rica, el acoso sexual callejero era tramitado y sancionado en vía contravencional encuadrando la conducta denunciada en contravenciones existentes que no era la idónea para tutelar efectivamente los derechos humanos de las mujeres lesionados a través de dicha forma de violencia. Sin embargo, el Poder Judicial llevó a cabo esfuerzos caracterizados por la mística de su personal que forma parte del Consejo Superior, de la Secretaría Técnica de Género, la Escuela Judicial y los diferentes juzgados contravencionales del país.
- En la actualidad, Costa Rica cuenta con un cuerpo normativo que regula específicamente el acoso sexual callejero, a través de la adición de tres delitos en cuanto a la temática que dispone penas privativas de libertad, así como una contravención que contempla penas de multa, la cual fue firmada por parte del presidente de la República, Carlos Alvarado el 10 de agosto de 2020
- La elaboración y aprobación de la Ley contra el Acoso Sexual Callejero surgió de un proceso lento, de aproximadamente tres años, especialmente con respecto al esclarecimiento de conceptos jurídicos indeterminados propios de la contravención adicionada al Código Penal en cuanto al acoso sexual en espacios públicos.

- El elemento medular para la consecución de la tutela judicial efectiva de los derechos humanos lesionados a las mujeres a partir del acoso sexual en espacios públicos es la sensibilización de las personas juzgadoras y del personal técnico judicial, ya que es en quienes recaen la resolución y trámite de dichos procesos, siendo sujetos que han crecido en un contexto en donde se encuentra normalizado dicho acoso como parte de la cultura patriarcal. A partir de dicha sensibilización, dependerá una protección efectiva de las garantías humanas vulnerada o de que se deje de lado su protección desde una perspectiva de naturalización de la conducta, restándole importancia a la situación como manifestación de violencia simbólica.
- La aplicación de la contravención adicionada al Código Penal gracias a la Ley contra el Acoso Sexual Callejero, el artículo 388 bis podría presentar dificultades en su aplicación para sancionar hechos de dicha forma de violencia en razón del género, ya que, a partir de esta conducta, deber ser sancionada a través de conceptos jurídicos indeterminados, dejándose un vacío en la norma que debe ser suplido por quien juzga, por lo que podría incumplirse el objeto para el cual fue creada, tal como lo es la tutela judicial efectiva.
- Mediante los delitos creados a partir de la Ley contra el Acoso Sexual en Espacios Públicos, los cuales fueron incluidos en la sección adicionada IV, titulada “Acoso sexual en espacios públicos o de acceso público” en el Código Penal, artículos 175 ter, 175 *quater* y 175 *quinquies*, se refleja una potencial consecución del principio constitucional de tutela judicial efectiva de las mujeres ante dicho acoso, el cual junto con los medios probatorios, posibilita a la persona juzgadora determinar la eventual culpabilidad sin deber llenar vacío alguno.
- La sanción como única forma de tratamiento del acoso sexual callejero es insuficiente, ya que es una manera de castigar, no de prevenir o de educar, misma que a pesar de que llegaría a brindar resultados en cuanto al cambio de cultura, para que los mismos sean efectivos y eficaces, es preciso que converja con la prevención a través de políticas públicas.
- En razón de que la sanción brinda resultados a corto plazo en cuanto al acoso sexual callejero, al castigar e imponer una pena privativa de libertad o multa, procurando que no se reitere la conducta, es preciso que se lleven a cabo, en conjunto, cambios a nivel cultural y trabajo en cuanto a la erradicación de patrones patriarcales, ya que no es un fenómeno (ya sea en sus formas de delito o contravención) que proviene de un conflicto social, sino cultural.
- Mediante una política pública de índole preventivo del acoso sexual en espacios públicos, en convergencia con la sanción de este, se lograría la reeducación y erradicación de dicha forma de violencia, trabajándose con poblaciones específicas como niños y adolescentes, para que no se replique la conducta, así como con objetivos y acciones claras, aunado a ejes centrales de trabajo.
- Se considera necesario que, dentro de la Ley contra el Acoso Sexual en Espacios Públicos, se precisen jurídicamente, de forma expresa y determinada, las acciones sancionables de la contravención 388 bis adicionada al Código Penal y que ello se conjugue con la política pública preventiva

de dicha forma de violencia en razón del género, para que sea posible afirmar que se configura una verdadera tutela judicial efectiva de los derechos humanos de las mujeres en concordancia con lo dispuesto en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos de las mujeres, específicamente la Convención Belén do Pará en su artículo 7, incisos b) y del d) al h), y de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer en su ordinal 4, ya que el Estado costarricense estaría estableciendo los medios apropiados para evitar y erradicar la violencia contra las mujeres en el ámbito público.

### Referencias bibliográficas

- Arancibia, Javiera et al. (2015). Acoso sexual callejero: Contexto y dimensiones. Observatorio contra el acoso callejero. Chile. Recuperado de la página web <https://www.ocac.cl/wp-content/uploads/2016/09/Acoso-Sexual-Callejero-Contexto-y-dimensiones-2015.pdf>, el 27 de octubre de 2018.
- Arias Cruz, Karol Viviana. (2016). El acoso callejero y sus implicaciones expresadas a través de la dominación masculina y la violencia simbólica en las mujeres del cantón de Grecia durante el año 2015. Universidad de Costa Rica. Sede de Occidente.
- Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Trabajo Social. Recuperada de <https://docplayer.es/50271354-Universidad-de-costa-rica-sede-de-occidente.html>, el 13 de octubre de 2018.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley contra el Acoso Sexual Callejero. Expediente número 20 299. 15 de junio de 2020. Tercera legislatura. Redacción final. Primer periodo de sesiones ordinarias. Departamento Comisiones Legislativas. Área Comisiones Legislativas III.
- Bravo, J. (2020). 28 diputados refutan argumento de que no es posible sancionar acoso callejero. Periódico La Nación. Artículo consultado en el link <https://www.nacion.com/el-pais/politica/21-diputadas-repican-argumento-de-que-no-es/RFCGTVOL2ZH4FIAGFKAJ7IZQ2I/story/>, el 19 de junio de 2020.
- Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial de Costa Rica. Circular Número 110-2016 sobre denuncias por acoso sexual callejero o acoso sexual en espacios públicos. Tomada de la página web <https://observatoriodegenero.poder-judicial.go.cr/wp-content/uploads/2016/08/Circular-110-16-Denuncia-poHYPERLINK> “<https://observatoriodegenero.poder-judicial.go.cr/wp-content/uploads/2016/08/Circular-110-16-Denuncia-por-acoso-sexual-callejero.pdf>”r-acoso-sexual-callejero.pdf, consultada el 16 de febrero de 2019.
- Constitución Política costarricense. (1949). Recuperada de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871), el 12 de octubre de 2018.
- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), número 4534. Recuperada de <http://www.pgrweb>.

- go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\_texto\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=36150&nValor3=38111&strTipM=TC, en fecha 12 de octubre de 2018.
- Declaración de Beijing sobre la Promoción de las Niñas y las Mujeres en Asia (1995). Recuperada de <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-beijing-sobre-la-promocion-de-las-mujeres-y-las-ninas-en-asia/>, el 12 de octubre de 2018.
  - Declaración y plataforma de acción de Beijing, Cuarta conferencia mundial sobre la mujer, Beijing, (1995). Recuperada de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=82725&nValor3=105935&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=82725&nValor3=105935&strTipM=TC), el 12 de octubre de 2018.
  - Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Pará”. Obtenido del link <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> el 12 de octubre de 2018.
  - Declaración sobre la Eliminación la Violencia contra la Mujer (1993). Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Recuperada de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>, el 13 de octubre de 2018.
  - Diario Oficial La Gaceta. (16 de junio de 2017). Alcance n.º 145. Proyecto de Ley N.º 20299 “Ley contra el Acoso Sexual Callejero”. Recuperado de [https://www.imprentanacional.go.cr/pub/2017/06/16/ALCA145\\_16\\_06\\_2017.pdf](https://www.imprentanacional.go.cr/pub/2017/06/16/ALCA145_16_06_2017.pdf) el 12 de octubre de 2018.
  - Espinoza, Gabriela (2016). ¿Galantería o acoso sexual callejero? Un análisis jurídico con perspectiva de género. Serie Magister. Volumen 206. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. Corporación Editora Nacional. Recuperado de la página web <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5931/1/SM206-Espinoza-Galanteria.pdf>, consultada el 27 de octubre de 2018.
  - Molina, M. (2015). Acoso sexual callejero: Contexto y dimensiones. Observatorio contra el acoso callejero. Chile. Recuperado de la página web <https://www.ocac.cl/wp-content/uploads/2016/09/Acoso-Sexual-Callejero-Contexto-y-dimensiones-2015.pdf>, el 27 de octubre de 2018.
  - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consultado en la página web <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, el 24 de mayo de 2020.
  - *Protocolo de abordaje policial sobre acoso sexual en espacios públicos en el Código Penal –Contravenciones-*. Documento digital en formato Word facilitado por el autor.
  - Porter Aguilar, Raymond. (2016). *Informe sobre Taller sobre Acoso Sexual en Espacios Públicos “Acoso Callejero”*. Poder Judicial de Costa Rica, Escuela Judicial.
  - Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Resolución número 2020012662 de las nueve horas treinta minutos del siete de julio de dos mil veinte. Expediente número 20-010299-0007-CO.

- Soto Alfaro, M. F. (2020). *Acoso sexual en espacios públicos como conculcación de los derechos humanos de las mujeres: ¿cómo lograr una verdadera tutela judicial efectiva?* Trabajo final de graduación para obtener el título de Magíster en Derechos Humanos. Universidad Estatal a Distancia. San José, Costa Rica. Puede ser consultado en el siguiente link: [http://aleph23.uned.ac.cr/F/LLQ88L62ETQE6FQRNEVKDEFBYFMHUAYSAMTSQNVVDVE4ITNSRJ-54411?func=full-set-set&set\\_number=005237&set\\_entry=000001&format=999](http://aleph23.uned.ac.cr/F/LLQ88L62ETQE6FQRNEVKDEFBYFMHUAYSAMTSQNVVDVE4ITNSRJ-54411?func=full-set-set&set_number=005237&set_entry=000001&format=999).
- Porter Aguilar, Raymond. (2019). Juez penal y facilitador de la Escuela Judicial de Costa Rica. Entrevista realizada el 15 de febrero de 2019 vía correo electrónico.
- Sánchez Hernández, C. (2020). Entrevista a profesional en sociología con una Maestría en Estudios de la Mujer en Género y Sexualidad de la Universidad de Costa Rica, el 17 de junio de 2020 a través de audio.
- Entrevistas a mujeres entre las edades de 25 a 50 años, en las fechas comprendidas del 24 de noviembre al 1 de diciembre de 2019, vía correo electrónico.

## Entrevistas

- Gallardo, R. (2020). Entrevista a antropóloga con máster en Derechos Humanos. Sábado 6 de junio de 2020 mediante correo electrónico.
- Hernández Pérez, H. (2020). Entrevista a doctoranda jefa de la Unidad Técnica de Igualdad y Equidad de Género de la Asamblea Legislativa de Costa Rica el viernes 17 de abril de 2020 por medio correo electrónico.
- León Sánchez, (G) y Herrera Lara. (E) (2019). Técnico coordinador y técnico judicial respectivamente, del Juzgado Contravencional del Primer Circuito Judicial de Alajuela. Entrevista realizada el 15 de febrero de 2019 en los Tribunales de Alajuela, Primer Circuito, Juzgado Contravencional.

# ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LAS COMUNICACIONES PRIVILEGIADAS

M.Sc. Mario de Jesús Jiménez Aguilar\*

## RESUMEN

El presente artículo pretende ofrecer algunas ideas sobre los alcances de la reserva de comunicaciones privilegiadas (orales, escritas o digitales) como parte del derecho fundamental de defensa en el marco de nuestra legislación y la jurisprudencia erga omnes que define a los derechos constitucionales como limitados y no absolutos, formulando algunas hipótesis fácticas que, a juicio del autor, deben ser interpretadas a favor de la tutela del derecho de defensa en sentido amplio o reveladas vía comunicación criminal a favor de la preservación de otros bienes jurídicos fundamentales, previo juicio de ponderación informado por principios de razonabilidad y proporcionalidad.

**Palabras clave:** interceptación de las comunicaciones, comunicaciones privilegiadas, estrategia de defensa, derechos fundamentales, principios de razonabilidad y proporcionalidad.

## ABSTRACT

This article will offer readers some ideas about confidential or privileged communications between Defense counsel and their clients as essential part of the Constitutional right of defense according to Costa Rican regulatory provisions and Constitutional case law resolutions about limited and not absolut character of fundamental rights, presenting some factual hypothesis in our opinion, most be interpreted enhancing broad sense of defense right or, in the other hand, revealed by reporting to authorized police when criminal acts are discovered in order to preserve other essential rights through reasonability and proportionality principles.

**Key words:** communications tapping, confidential communications, defense strategy, constitutional rights, reasonability and proportionality principles

Recibido: 7 de julio de 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

---

\* Máster en Administración de Justicia Penal, Universidad Nacional de Costa Rica; licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; juez contralor propietario, Centro Judicial de Interceptación de las Comunicaciones CJIC; mjimenezag@poder-judicial.go.cr.

## I. Introducción

La privacidad de la información y el secreto de las comunicaciones en cualesquiera de sus formas (escrita, oral, digital o entre personas) es una garantía contenida en el artículo 24 constitucional frente a las posibles intromisiones ilícitas del poder público.

Con arreglo a esa norma, cada uno de los aspectos que tienden a su vulneración legítima estará a cargo de los tribunales de la república cuando aquella resulte necesaria para la investigación de ciertos delitos graves y que estén taxativamente incorporados en la ley. Desde la decisión misma de intervenir los dispositivos de comunicación hasta su cese, las tareas de supervisión y control compete a jueces y juezas de garantía, reglando que ese control y su responsabilidad serán indelegables.

La Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, N.º 7425 del 9 de agosto de 1994 y sus reformas enuncian los procedimientos a seguir y las respectivas sanciones a las personas servidoras encargadas en caso de incumplimiento.

Por su parte, la Ley N.º 8754 del 24 de julio de 2009, Ley contra la Delincuencia Organizada, crea el Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones (CJIC) como un órgano de carácter jurisdiccional, especializado para la ejecución de las distintas órdenes de interceptación que emanen de los juzgados territoriales, integrado por personas juzgadoras de garantía comprometidas en el examen objetivo e imparcial de la información privada que es sometida a su conocimiento, con el fin de filtra el contenido de relevancia para las pesquisas de aquel otro que no lo es.

Esta función de garantía también importa la obligatoriedad sobre la interposición oportuna de noticias criminis cuando se halle inevitablemente la comisión de nuevos hechos delictivos.

Pero esta preponderante tarea de control y supervisión del material sensible no debe contentarse con la tutela del derecho fundamental a la intimidad, sino que ese fuero debe ir más allá y proteger el total de derechos fundamentales involucrados con esa intromisión legítima.

En este artículo, nos enfocaremos en la tutela efectiva del derecho constitucional de defensa de las personas intervenidas en la etapa más incipiente del proceso penal, particularmente el necesario resguardo de las comunicaciones prohibidas o privilegiadas; pero sin perder de perspectiva sus limitaciones cuando de aquellas derive información que deba ser comunicada a la Policía y al Ministerio Público, en un ejercicio de relativización de esa prohibición, esto como una forma de darle contenido y vigencia al bloque de constitucionalidad.

## II. Planteamiento del problema

El artículo 26 de La Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, N.º 7425 del 9 de agosto de 1994 dispone en su párrafo segundo que “[...] no se podrán secuestrar, registrar o examinar los documentos privados ni intervenir las comunicaciones que realicen el abogado defensor debidamente acreditado como tal y su cliente, siempre que se produzcan en el ejercicio de su derecho de defensa”.

Derivado de la máxima constitucional de defensa<sup>1</sup>, el legislador comprendió la necesidad

1 El canon 39 Constitucional señala que “a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”, accedido el 6/18/19, <http://pgrweb@go.cr>

de prohibir a los órganos jurisdiccionales encargados del examen, control y supervisión de información privada (hoy CJIC), la revelación pública de contenidos de comunicaciones (escritas, orales, electrónicas) que se refieran a la estrategia de defensa de las personas sometidas a interceptación.

Es contradictorio que un Estado de connotada ideología democrática pretenda legitimar la intromisión en la vida íntima de su ciudadanía, privándola de un adecuado ejercicio de su defensa mediante la anulación sorpresiva y anticipada de las armas que emplearán como antítesis policial. En la experiencia forense, se les conoce como comunicaciones prohibidas o privilegiadas y sobre las cuales debe existir un secreto absoluto para las autoridades de policía; es decir, no forman parte del elenco de información relevante para las pesquisas.

Pese a ello, hay algunas aristas que deben evaluarse antes de considerar una comunicación como privilegiada, lo que nos conducirá a examinar los alcances del fuero de protección mismo. ¿Cuándo debe considerarse que la comunicación de la persona intervenida la hace con un patrocinio letrado debidamente acreditado como tal, si por regla, aquella no es siquiera imputada? ¿Deben estimarse como protegidas todas y cada una de las comunicaciones que realizan las personas intervenidas con abogados y abogadas requiriendo tan solo un consejo profesional? ¿Qué tratamiento debe darse a los contenidos comunicativos actuales que urgen de un consejo profesional aleatorio, pero que tiempo después terminan formalizando un contrato de servicios profesionales entre la persona abogada y su cliente intervenido con idéntica estrategia? ¿Abraza el fuero de tutela a todas las revelaciones sobre estrategias de defensa giradas por profesionales en derecho a favor de los otros miembros del colectivo criminal? ¿Es válido ordenar el secreto de la estrategia de defensa

a favor de la persona intervenida privada de libertad que no se comunica directamente con el letrado, sino que, por esa razón, lo hace a través de su consorte?

Por su parte, teniendo claro que el patrocinio formal está bien definido, ¿qué contenido debe clasificarse y qué no? o ¿está la totalidad de la comunicación entre el o la profesional y la persona intervenida resguardada por el párrafo segundo del artículo 26 de la Ley 7425 arriba invocado? ¿Cómo resolver la controversia cuándo la persona profesional en derecho sugiere a las personas intervenidas la comisión de un hecho delictivo o contravencional como estrategia de defensa frente al mandato legal de interponer noticias criminis por delitos de acción pública? ¿Deben considerarse los derechos fundamentales a la intimidad y de oportuna defensa como ilimitados? O, por el contrario, ¿deben ponderarse sus límites y revelarse públicamente extractos de esa estrategia de defensa cuando conduzcan a la comisión de hechos delictivos? Si la respuesta a la anterior interrogante es positiva, ¿cuáles circunstancias delictivas están dentro del ámbito de protección de la norma y cuáles no?

Sin ánimo de agotar en estas preguntas los supuestos de hecho posibles, la realidad forense enfrenta diariamente a las personas juzgadoras encargadas del control y supervisión de las intervenciones, a realizar este ejercicio de valoración jurídica de las comunicaciones como una forma de dar contenido al marco constitucional y legal a las que se deben como jueces y juezas de garantía, donde no siempre es tan sencillo la toma de decisiones en uno u otro sentido.

Debe recordarse además que cada persona juzgadora goza de independencia judicial como garantía ciudadana, de ahí que lo propuesto en estas líneas no debe estimarse como un protocolo de actuaciones en el funcionamiento del CJIC.

### III. Los límites a los derechos fundamentales en la doctrina y la jurisprudencia

La tutela efectiva de los derechos fundamentales constituye la piedra angular de cualquier sistema con orientación democrática como límite al poder público. Una sociedad que garantice a su ciudadanía el reconocimiento de sus prerrogativas más elementales, no solo dignifica a los sujetos que las integran, sino que contribuye a construir colectivos sociales más justos y equitativos, pues a mayor limitación del poder, mayor será la ampliación de las libertades<sup>2</sup>.

Empero, cabe preguntarse si los llamados derechos fundamentales deben ser considerados normas con un núcleo esencial duro e inalterable (absoluto) o si, por el contrario, pueden ser restringidas<sup>3</sup> y, si es afirmativa esta premisa, ¿bajo qué condiciones o presupuestos podría ser limitada una norma de esa naturaleza?

De igual forma, surge la interrogante de si esas restricciones deberían contenerse expresamente en la misma fuente que los origina (Constitución Política e instrumentos internacionales con valor superior) por las leyes de la república como norma de rango inferior o, incluso, a través del ejercicio interpretativo de la persona juzgadora en la cotidianeidad de su función.

Nuestra posición es que las prerrogativas más esenciales de la persona no pueden resultar

ilimitadas en la medida que, como seres gregarios, entren en colisión con los derechos también de primer orden de otras personas integrantes de la comunidad que tornen exigible su relativización.

Alexy apunta que:

*, [...] el concepto de restricción de derecho fundamental ha sido definido solo para las reglas. Pero también principios pueden ser restricciones de derechos fundamentales. Cuando el Tribunal Constitucional Federal dice que 'derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional' pueden limitar derechos fundamentales, se refiere a restricciones de derechos fundamentales que tienen el carácter de principios. Desde luego, por sí solos, tales principios restrictivos no pueden colocar al individuo en determinadas posiciones definitivamente restringidas (no-libertades, no-derechos). Para llegar a restricciones definitivas, se requiere una ponderación entre el respectivo principio de derecho fundamental y el principio que lo restringe. Por ello podría pensarse que solo las reglas –que de acuerdo con la ley de colisión representan el resultado de la ponderación– y no los principios, pueden ser restricciones<sup>4</sup>.*

Siguiendo a dicho autor, debemos afirmar que esta colisión normativa supone en todos los casos, una ponderación de bienes jurídicos en juego, lo

2 Ferrajoli anotaba que “[...] la función garantista del derecho consiste en suma, en la limitación de los poderes y en la correspondiente ampliación de las libertades. Es en este sentido que la libertad depende de las leyes, cuya función es aquella, indicada por Kant, de hacer convivir la libertad de todos. Más aún, las libertades están destinadas por su naturaleza a convivir y cada vez que una libertad atenta contra la libertad de otros, quiere decir que la misma se ha convertido en un poder” Ferrajoli, Luigi. (2000). El garantismo y la filosofía del Derecho. Bogotá. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, p. 115.

3 El iusfilósofo alemán Robert Alexy señala que con arreglo a la teoría subjetivista del contenido esencial de la norma fundamental, las restricciones pueden ser absolutas o relativas. Según la teoría relativa, “[...] el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental [...] En cambio, según la teoría absoluta, existe un núcleo de cada derecho fundamental que en ningún caso, puede ser afectado”. Alexy, Robert. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales, p. 288.

4 Alexy, Robert, op. cit, p. 275.

que desde ya nos orienta a la posibilidad de que la persona juzgadora ordinaria pueda relativizar una norma de carácter esencial de manera fundada a través de principios como los de razonabilidad y proporcionalidad.

Por el contrario, Jürgen Habermas recuerda que una ponderación normativa quita fuerza normativa a los derechos fundamentales, reduciéndolos al plano de los objetivos, programas y valores, además, no existiendo parámetros racionales para ello, la ponderación resulta en una dinámica irreflexiva o arbitraria<sup>5</sup>.

Habermas advierte sobre la peligrosidad de que, en análisis de situaciones fácticas en las que entren en colisión normas de orden fundamental, se apliquen principios que finalmente atiendan a la consuetud y se cree con ello su debilitamiento a través de juicios irracionales. Esto sugiere que relativizar la norma fundamental vacía el

contenido de su esencialidad por lo que el núcleo duro debe permanecer inalterable.

En lo conducente a nuestra jurisprudencia, la Sala Constitucional ha reiterado que los derechos fundamentales no son absolutos<sup>6</sup>, sino que pueden ser restringidos cuando deba garantizarse la tutela efectiva de iguales prerrogativas a favor de otras personas, limitaciones que pueden encontrarse expresamente en la misma ley o implícitamente (indirectamente) de la Constitución a través de la aplicación de principios.

Sobre este tema, en el voto 15170-2011 del 4 de noviembre de 2011, el Tribunal Constitucional destacó que:

*[...]IV.- Los Derechos Fundamentales no son absolutos. Sin embargo, es menester señalar que no hay ningún derecho fundamental absoluto. Esta Sala, en reiteradas ocasiones,*

5 Habermas, citado por Alexy, señala que “el peligro de ablandamiento de los derechos fundamentales tiene al lado el de los ‘juicios irracionales’ [...] no hay parámetros racionales para ponderar [...] la ponderación se ejecuta arbitraria e irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarias” Robert Alexy. (Enero-junio de 2009). “Derechos Fundamentales: ponderación y racionalidad”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, número 11, pp. 6-7.

6 El voto 4205-1996 de la Sala Constitucional señaló en este tema que “[...] es corrientemente aceptada la tesis de que algunos derechos subjetivos no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados; en primer lugar, en razón de que se desarrollan dentro del marco de las reglas que regulan la convivencia social; y en segundo, en razón de que su ejercicio está sujeto a límites intrínsecos a su propia naturaleza. Estos límites se refieren al derecho en sí, es decir, a su contenido específico, de manera tal que la Constitución al consagrar una libertad pública y remitirla a la ley para su definición, lo hace para que determine sus alcances. No se trata de restringir la libertad cuyo contenido ya se encuentra definido por la propia Constitución, sino únicamente de precisar, con normas técnicas, el contenido de la libertad en cuestión. Las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir, implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias. Por esta razón constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo. Para que sean válidas las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en la propia Constitución, o en su defecto, la misma debe autorizar al legislador para imponerlas, en determinadas condiciones. II. Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo, el principio de la coexistencia de las libertades públicas -el derecho de terceros- no es la única fuente justa para imponer limitaciones a éstas; los conceptos “moral”, concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de sus miembros-, y “orden público”, también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuya definición es en extremo difícil.” Sin embargo, no obstante que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones, éstas resultan legítimas únicamente cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que además de “necesaria”, “útil”, “razonable” u “oportuna”, la restricción debe implicar la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente”.  
Accedida el 07/02/2019 en <https://nexuspj@go.cr>.

ha establecido que el ejercicio de las libertades acordadas por la Constitución no es absoluto y pueden ser objeto de restricciones cuando se encuentren de por medio intereses superiores (véase sentencia número 1115-94), así, y claro está, mientras no se afecte su contenido mínimo esencial (véase sentencia número 2008- 001564). Por ende, los derechos no son absolutos, sino que están sometidos a una serie de limitaciones por razones superiores, en especial en aras de la garantía, protección y promoción de los intereses públicos y en el resguardo efectivo de los derechos fundamentales de las personas. [...] Asimismo, y tomando en cuenta lo señalado, existen límites implícitos de los derechos fundamentales, los cuales serán explicados a continuación. V.- Los límites implícitos de los Derechos Fundamentales. [...] Como es bien sabido, la doctrina constitucional distingue entre límites expresos e implícitos. Los primeros son aquellos que se consignan de forma clara y precisa en el texto constitucional, pues no hay derechos absolutos, sino limitados. Su formulación puede ser a través de cláusulas generales o por medio de límites concretos. Ejemplos de éstas la encontramos en el artículo 10.1 de la Constitución española, cuando señala que el ejercicio del derecho de los demás es un límite de los derechos fundamentales. Igual doctrina sigue el numeral 31.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que indica, de forma clara y precisa, que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática. Una manifestación de aquéllos –los concretos- es el numeral 30 de nuestra Constitución, cuando señala que la libertad de información no comprende el acceso a los secretos de Estado.

**Los segundos son los no previstos en la Constitución, sin embargo, se derivan de una manera indirecta de ésta. Se justifican en la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales y bienes o valores constitucionalmente protegidos.** Ejemplo de estos límites los encontramos no solo en la Carta Fundamental, sino también en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en los artículos 7, 8, 9 y 10, hay ciertos principios para justificar los límites en los derechos fundamentales, tales como: la seguridad nacional, defensa territorial, seguridad pública, orden público y prevención de delitos, reserva o secreto de determinadas materias y defensa y garantía de la autoridad de independencia del poder judicial. Asimismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos tenemos que en el artículo 30, después de reconocer el principio de reserva de ley, se admiten restricciones a los derechos y libertades reconocidas en ese instrumento internacional cuando hayan razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Dentro de los bienes o valores constitucionales que constituyen límites implícitos a los derechos fundamentales tenemos el orden público constitucional [...]. (El resaltado es propio).

De lo anterior, podemos afirmar que el régimen constitucional patrio adoptó la teoría relativista sobre el contenido de los derechos fundamentales, descartando su naturaleza absoluta. Así, las restricciones o limitaciones que graviten sobre ellos bien pueden provenir del texto expreso del bloque de constitucionalidad o, indirectamente de este mismo, mediante la aplicación de principios elementales que encuentran justificación en la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales y bienes o valores constitucionalmente protegidos.

Con ello, podemos también afirmar que, en obligatoria aplicación del derecho de la Constitución en su cotidianeidad, las personas juzgadoras están inobjetablemente facultadas para, si es el caso, relativizar el contenido de una prerrogativa fundamental cuando resulte estrictamente necesario para tutelar otros bienes constitucionalmente amparados.

#### **IV. Algunos supuestos problemáticos en la tutela constitucional en las comunicaciones privilegiadas**

En su oportunidad, se acotó sobre la importancia de un estricto ejercicio de control y supervisión de las comunicaciones a cargo de las personas juzgadoras del CJIC en pleno resguardo del derecho fundamental a la intimidad. Se apuntó que dicho escrutinio debía ser estrictamente jurisdiccional y que no debía agotarse en la preservación de lo reglado en el canon 24 constitucional, sino que bien podía permear otras prerrogativas que a la postre podrían resultar lesionadas.

Se enfatizó la prohibición de revelar a las autoridades de investigación todo contenido sensible que evidenciara las estrategias de defensa entre el patrocinio letrado y las personas objeto de pesquisa, reglado en el párrafo segundo del artículo 26 de la Ley 7425 del 9 de agosto de 1994.

Se buscaría, de esta forma, evitar que, ante un acto de proporciones intrusivas como la interceptación de las comunicaciones privadas, el poder público se impusiera anticipadamente del conocimiento de las herramientas jurídico-legales de las personas intervenidas en su defensa, conculcándola.

Pero, ¿le confiere el núcleo esencial del derecho de defensa la imposibilidad de ser relativizado en ciertas circunstancias? En el apartado anterior, se puso de relieve que ningún derecho constitucional tiene un carácter absoluto cuando colisione con otros valores jurídicos que estén constitucionalidad protegidos, pudiendo entonces ser ablandados o relativizados como resultado de un ejercicio de ponderación<sup>7</sup>.

No debe perderse de perspectiva que las personas juzgadoras (particularmente del CJIC) ostentan independencia judicial para decidir en uno u otro caso, la aplicación absoluta o relativa de la prohibición contenida en el artículo de referencia, por lo que no se plantea en este trabajo la creación de un protocolo de actuaciones o propuesta parecida.

La valoración fáctica de los supuestos tiene un profundo sentido casuístico, y la decisión final estará cimentada en todo momento en la valoración jurídica que le otorgue a cada una, merced a esa independencia funcional. A efectos didácticos, se han preparado algunos casos límite que podrían ser problemáticos

7 Tórtora Aravena recuerda que “[...] la primera categoría de limitaciones se refiere a aquellas restricciones que nacen del respeto por los derechos fundamentales de los demás sujetos, vale decir, de los demás miembros de la comunidad, circunstancia que impide a cada titular utilizar su derecho en perjuicio de otro. También involucra el cumplimiento del bien común. Al respecto, no debemos olvidar lo dispuesto por el art. 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: ‘los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. Al ser cada derecho un reflejo de la dignidad intrínseca de cada ser, no es posible pensar en que una de estas prerrogativas esenciales pueda verse afectada por el ejercicio de otro derecho esencial. Preferir los derechos de uno, en desmedro de los del otro, va a significar que se privilegia la dignidad de una persona en perjuicio de la dignidad de otro ser humano, lo que atenta en definitiva, no solo en contra de la razón sino que sobre todo, en contra de las bases mismas de la teoría de los derechos humanos’”. Tórtora Aravena, Hugo. (2010). “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, Revista de Estudios Constitucionales. Año 8, n.º 2, p. 173.

**i. La persona intervenida requiere de una persona profesional en Derecho cercana a ella, una opinión o consejo profesional**

La comunicación más allá de una conversación amistosa contiene una solicitud expresa de consejo profesional a una persona abogada con relación a una futura estrategia de defensa sobre la hipótesis policial por la que se giró la orden de interceptación. Aun cuando persisten nebulosas sobre la acreditación profesional actual (contrato de servicios de asistencia profesional), ambos interlocutores convienen en comunicarse posteriormente para continuar con el tema.

**ii. La persona profesional en Derecho está debidamente acreditada como patrocinio letrado de otros miembros de la organización criminal; pero no asumirá la defensa de la persona intervenida**

En este supuesto, la comunicación (oral, escrita o electrónica) evidencia que la persona profesional en Derecho estaría planteando una estrategia de defensa a favor de las personas coautoras o partícipes ya procesadas de un hecho delictivo en el que también participó la persona intervenida; pero no asumirá la defensa de esta última, sino que lo hará otra persona profesional con idéntica estrategia.

**iii. La persona intervenida se encuentra privada de libertad, y se descubre la estrategia de defensa por interpuesta persona**

La comunicación sobre la estrategia de defensa que se planteará -v. gr. durante la audiencia de medidas cautelares- no es directamente facilitada por el patrocinio letrado de la persona privada de libertad, sino que es revelada por su consorte empleando un medio de interceptación válido.

En este caso, la persona profesional encomienda en el familiar de la persona intervenida la información sobre los detalles de esa estrategia, argumentando que los teléfonos públicos carcelarios podrían estar intervenidos, y que prefiere utilizar esa primera vía.

En los supuestos enunciados, nuestra opinión es que la tutela efectiva del derecho de defensa debe interpretarse en su sentido más amplio. En el ejemplo marcado con el acápite i, la existencia de una duda sobre la acreditación del patrocinio letrado no debe conducir a un rechazo prima facie del fuero de protección, sino debe anticipar la eventual formalización de esa relación profesional en un futuro cercano, evitando hacer pública la información vertida.

En lo que respecta al supuesto ii, queda evidenciado que la persona profesional que revela la estrategia no solo no es el patrocinio letrado de la persona intervenida, sino también aquella está dirigida a los otros miembros de la organización criminal que están siendo procesados; pero que no le es ajena a la persona intervenida. El aspecto medular de este caso descansa en la imposibilidad de separar los hechos en los que la persona intervenida participó y, por cuya estrategia de defensa, se verá también beneficiada.

Finalmente, en cuanto a la hipótesis formulada en el apartado iii, pese a que falta uno de los presupuestos legales establecidos (uno de los interlocutores debe ser patrocinio de la persona interceptada), el conocimiento sobre la estrategia de defensa se obtiene interposita persona, dado que la persona profesional desconfía de la privacidad de los teléfonos públicos del sistema carcelario.

A nuestro parecer, el hecho de que la persona intervenida se encuentre privada de libertad confiere un aditamento especial y obliga con

mayor acento a actuar con inobjetable reserva al funcionariado de control de legalidad.

Ahora bien, no todas las situaciones límite deben inclinarse necesariamente a favor del fuero de protección. Las situaciones fácticas pueden resultar tan diversas como sorpresivas y no se pueden descartar otros eventos que, en un sentido pragmático, pueden resultar problemáticos. De momento, expondremos dos de ellos:

**1) La persona profesional en Derecho, debidamente acreditada como tal, le recomienda a su cliente (persona intervenida) como estrategia de defensa, la comisión de un hecho contravencional**

El patrocinio letrado de la persona intervenida le aconseja a su cliente que *amenace personalmente* a los y las testigos de cargo con la finalidad de desmotivar su presencia en juicio y así lograr impunidad (art. 391, inc. 2 del Código Penal).

**2) La persona profesional en Derecho, debidamente acreditada como tal, le recomienda a la persona intervenida, dentro de su estrategia de defensa, la comisión de un hecho delictivo**

La defensa de la persona intervenida le plantea a esta la comisión de hechos típicos y antijurídicos como alternativa única para lograr su absolutoria. Le indica que, como parte de su estrategia, el cliente debe falsificar la cédula del ofendido, introducir hechos falsos en una escritura pública y darle muerte al testigo presencial de la fiscalía.

Parece que el primer acápite no ofrece mayor problema práctico, habida cuenta de que, si bien podría existir un reproche ético subyacente, los hechos contravencionales excluyen al delito y, en consecuencia, no existe obligación alguna de comunicar esa noticia.

Por su parte, la Sala Constitucional ya había zanjado el tema de la imposibilidad de emplear el contenido de comunicaciones telefónicas en procesos disciplinarios como único medio probatorio para justificar la sanción<sup>8</sup>.

8 En voto 1571-1996 del 29 de marzo de 1996, la Sala Constitucional dispuso sobre este particular que: “[...] Partiendo de las anteriores precisiones, y específicamente en aplicación de las mismas respecto del caso concreto, debe decirse que nuestro Constituyente fue muy estricto y claro al autorizar la intervención de las comunicaciones toda vez que esa medida sólo procede para investigar los delitos que contempla expresamente la ley en el artículo 9 citado. Por tales razones, en el caso bajo estudio, al haberse pretendido sancionar al recurrente a partir de un descubrimiento casual - que tan sólo podría ser utilizado como noticia pero nunca como prueba para demostrar la existencia de una posible falta disciplinaria- es obvio que la decisión tomada tanto por el Tribunal de la Inspección Judicial como por el Consejo Superior del Poder Judicial, y mediante la cual se revoca el nombramiento del aquí recurrente, resulta ser contraria a nuestra Constitución Política y por ende violatoria de los derechos criminales fundamentales del recurrente. En efecto, ello es así en vista de que el Tribunal de la Inspección Judicial utilizó, como fuente de prueba en contra del amparado, el contenido de una intervención telefónica practicada contra sujetos distintos al recurrente y que revestía fines estrictamente penales puesto que se estaba investigando un delito de tráfico internacional de drogas; Tribunal que erradamente emite un criterio en tales condiciones y que después es avalado, sin consideración alguna, por el Consejo Superior del Poder Judicial. Resulta entonces evidente que, en contra de la autorización dada por el Ordenamiento, se le dio efectos y a una intervención telefónica en perjuicio de un tercero ajeno a la medida decretada y todo ello con la intención de que pudiera ser utilizada en fines completamente distintos de los constitucionalmente contemplados, es decir, no para investigar delitos, sino dentro de un procedimiento disciplinario. extraprocesales extrapenales IV. Desde esta perspectiva, se quiebra en primer lugar el principio constitucional consagrado en el numeral 24 según el cual, la intervención de las comunicaciones sólo podrá ser decretada para la investigación de delitos, y en segundo lugar, se lesiona el principio de proporcionalidad al utilizarse el resultado obtenido en perjuicio de un tercero no destinatario de la orden judicial y para fines disciplinarios, lo que, obviamente, no guarda la más mínima relación con la lesión implícita a un derecho fundamental, por más importantes que se estimen los principios de corrección en el desempeño de la función pública y especialmente en la Administración de Justicia”. Accedido el 7/02/19 en <https://nexuspj@go.cr>.

En lo atinente al segundo supuesto fáctico, el panorama ya no se aprecia tan claro dada la existencia de una colisión de normas jurídicas: por un lado, la obligatoriedad que impone al órgano contralor de legalidad (CJIC) la interposición de noticias criminales en delitos de acción pública y, por otro, el fuero de reserva que sentencia el artículo 26 de la Ley 7425.

Para quienes enarbolan la teoría absoluta – tratada por Alexy y mencionada líneas atrás– el núcleo duro y esencial del derecho de defensa impediría hacer las respectivas comunicaciones al Ministerio Público sin importar lo reprochable que resulten las acciones delictivas a emprender.

Para las personas seguidoras del relativismo, será indiscutible un ejercicio de ponderación de valores jurídicos en juego, donde bien podría ablandarse una prerrogativa fundamental para salvaguardar otras también tuteladas. La hipótesis planteada propone tres hechos típicos de variable entidad y, con ello, de muy distinta gravedad (falsificación de documento, falsedad ideológica y homicidio calificado), lo que torna más complejo el análisis.

En nuestra opinión, partiendo de la ya reconocida relativización de los derechos fundamentales adoptada por nuestra jurisprudencia erga omnes, en el supuesto de una comunicación en la que se incluya dentro de la estrategia de defensa la comisión de hechos delictivos, el órgano contralor de legalidad deberá verificar prima facie un necesario juicio de ponderación de bienes jurídicos y tomar la decisión que salvaguarde aquellos de mayor entidad jurídica.

Los criterios de valoración no están reglados objetivamente, por lo que debe actuarse

cautelosamente con la finalidad de no caer en subjetivismos irracionales que dejen vacío de contenido a la máxima fundamental de defensa. Una alternativa objetiva podría tomar como base los niveles de jerarquía de los bienes jurídicos tutelados por el legislador en el Código Penal o la gravedad de las sanciones punitivas en cada tipo en su extremo mayor.

En el caso expuesto, parece que no existe duda alguna en punto a la comunicación inmediata a la policía encargada de la interceptación y al Ministerio Público vía noticia criminal con respecto al homicidio planificado con el fin de lograr su evitación.

Pero, en el caso de los otros dos ilícitos (falsificación de documento y falsedad ideológica), el extremo punitivo mayor no supera los seis años de prisión, por lo que cabe cuestionarse si son hechos lo suficientemente graves como para develar el fuero de protección del artículo 26 de la Ley 7425.

Nuestra posición es que el levantamiento de dicha prohibición solo será proporcional cuando los hechos que se descubran (aun siendo simples actos preparatorios) conculquen bienes jurídicos de mayor relevancia penal como –pero no agotado– en los delitos contra la vida, la libertad y la seguridad común que busquen una ventaja procesal.

Para tales efectos, el órgano contralor de legalidad (CJIC) deberá justificar razonadamente por qué hace el levantamiento de esa reserva mediante resolución fundada que bien podría materializarse a través del ejercicio permisivo que prevé el ordenamiento con las causas de justificación<sup>9</sup>.

9 Dado que el artículo 24 de la Ley 7425 del 9 de agosto de 1994 describe típicamente el delito de “divulgación dolosa” con un propósito diferente al establecido en la orden y en la que el sujeto activo incluye a la persona juzgadora, esta decisión podría estar debidamente justificada en lo dispuesto en la sección IV del título I del Código Penal que regula lo concerniente a las causas de justificación, siendo de interés los numerales 25 y 27 de esa normativa. El 25 señala que “no delinque [sic] quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho”; en tanto que el 27 del mismo texto indica: “no comete delito [sic] el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno lesiona otro para evitar un mal mayor, siempre que concurran los siguientes requisitos: a) que el peligro sea actual o inminente, b) que no lo haya provocado voluntariamente y c) que no sea evitable de otra manera [...]”. Accedida el 7/02/19 en <http://pgrweb@go.cr>

En lo conducente a otros delitos de acción pública – pero no limitado - como los cometidos en perjuicio de menores de edad, delincuencia económica y funcional o los delitos contenidos en la Ley N.º 8204 del 26 de diciembre de 2001<sup>10</sup> que se descubran en una comunicación entre la persona intervenida y su patrocinio letrado, el órgano supervisor deberá separar el contenido criminoso que será comunicado de aquel otro protegido por la reserva.

## Conclusión

La protección de las comunicaciones privilegiadas en cualesquiera de sus modos (orales, escritas o digitales) constituye un derivado del derecho fundamental de defensa y un límite al poder público.

La no revelación de las estrategias de defensa entre la persona profesional en Derecho y los sujetos intervenidos es además una expresión característica de los sistemas democráticos avanzados en la medida que, frente a un acto intrusivo y conculcador de prerrogativas constitucionales, no se “incautan” las herramientas jurídicas que opondrá la persona intervenida en su defensa.

Sin embargo, no todas las comunicaciones ocurridas entre ambos ostentan la claridad que enuncia la ley, pues algunas de ellas contienen aristas que deben ser cuidadosamente evaluadas por el personal jurisdiccional contralor. La experiencia advierte de situaciones en las que, aun sin cumplir los requerimientos legales estrictos para su prohibición, gozan de esa reserva mediante la interpretación del derecho de defensa en un sentido amplio.

Pero también podrían presentarse situaciones en las que la razón de ser de la estrategia de defensa apunta a la comisión de hechos delictivos graves que ponen en riesgo la vida, la integridad física o la libertad de otras personas, erigiendo una colisión de normas jurídicas superiores que deben también ser resguardadas por mandato constitucional.

La relativización de los derechos fundamentales adoptada por la jurisprudencia erga omnes permite al órgano contralor de legalidad (CJIC) revelar este tipo de información privilegiada mediante una decisión fundada que bien podría estar amparada en una causa de justificación, previo juicio de ponderación de bienes jurídicos constitucionales comprometidos.

## Referencias bibliográficas

Alexy, Robert. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, Robert. (Enero-junio de 2009). Derechos “fundamentales: ponderación y racionalidad”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, número 11.

Ferrajoli, Luigi. (2000). El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho.

Tórtora Aravena, Hugo. (2010). “Las limitaciones a los derechos fundamentales”. Revista de Estudios Constitucionales. Año 8, n.º 2.

Constitución Política de la República de Costa Rica, accedida el 9/25/19 en <http://pgrweb.go.cr>.

10 La Ley N.º 8204 es la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, accedida el 6/20/19 e <http://pgrweb@go.cr>.

Código Penal, accedido el 9/28/19 en <http://pgrweb@go.cr>.

Código Procesal Penal, accedido el 9/27/19 en <http://pgrweb@go.cr>.

Ley de Registro, Examen y Secuestro de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, N.º 7425 del 9 de agosto de 1994, accedida el 9/20/19 en <http://pgrweb@go.cr>.

Ley contra la Delincuencia Organizada, N.º 8754 del 24 de julio de 2009, accedida el 09/20/19 en <http://pgrweb@go.cr>.

Sala Constitucional. Voto 4205-1996 del 20 de agosto de 1996, accedido el 10/02/19 en <https://nexuspj@poder-judicial.go.cr>

Sala Constitucional. Voto 1571-1996 del 29 de marzo de 1996, accedido el 10/02/19 en <https://nexuspj@poder-judicial.go.cr>

Sala Constitucional. Voto 15710-2011 del 4 de noviembre de 2011, accedido el 10/02/19 en <https://nexuspj@poder-judicial.go.cr>

# ANÁLISIS RESPONSABILIDAD PENAL CON BASE EN LA SENTENCIA NÚMERO STS 1885/2017, MADRID, DEL VEINTICUATRO DE MAYO DE DOS MIL DIECISIETE, ¿Y LOS MÉTODOS DE COMPLIANCE?

M.Sc. Warren Corrales Castillo \*

## RESUMEN

El presente trabajo busca aportar a la sociedad, en general, y al mundo jurídico, en específico, un marco donde se desarrollan temas, tales como la dignidad, la presunción de inocencia, la ignorancia deliberada, la libertad, derecho de defensa, incorrecta valoración prueba, la mínima intervención del derecho penal, entre otros. Así como nos exigen a las personas físicas ser íntegras y personas de bien y respetuosas del orden social y legal establecido, llegará el momento que, a través y de la mano del compliance como herramienta y vía, les podrán exigir ese mismo nivel de integridad e, incluso más, a las personas jurídicas, contribuyendo, en ese proceso, a mejorar como sociedad jurídica y de derecho que somos.

**Palabras clave:** Responsabilidad penal, derecho penal, *compliance*, derechos fundamentales la prueba como instituto.

## ABSTRACT

This paper seeks to provide society in general, and the legal world in particular, with a framework in which issues such as dignity, the presumption of innocence, deliberate ignorance, freedom, the right to defense, incorrect assessment of evidence, and the minimum intervention of criminal law, among others, are developed. Just as it is required of us individuals to be honest and to comply with social and legal standards; the time will come when, through compliance as a tool and a way, we will be able to demand the same level of integrity, and even more, from legal entities, contributing in this process to improve as a legal and law society that we are.

**Keywords:** Criminal liability, criminal law, compliance, fundamental rights, the proof of evidence as an institute.

Recibido: 9 de marzo 2020

Aprobado: 8 de diciembre 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; máster en Derecho de la Empresa por la Universidad para la Cooperación Internacional; licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. corrales\_warren@hotmail.com

**Introducción.-** - **1. El estudio de la sentencia número STS 1885/2017, Madrid, del veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete desde la óptica del compliance penal.** - 1.a) Análisis sucinto y breve de la sentencia. - 1.b) Análisis del artículo artículo 305 del Código Penal, el cual tipifica el delito de fraude fiscal. - 1.c) La defensa de la delegación. - **2. Institutos jurídico-constitucionales violentados del derecho penal.** - 2 a) Presunción de inocencia e ignorancia debida: derecho penal de mínima intervención Incorrecta valoración prueba. - 2.b) Dignidad e integridad física y moral: derecho a no inculparse y dilaciones indebidas. - 2. c) Libertad: fundamento de la imputación al mismo de sus actos. El error de prohibición y la tipicidad objetiva. - **3. El compliance como eximente o argumento para rebajar la condena.** - **3.a) Legislación aplicable general y legislación aplicable específica:** ISO 37001 “Antibribery management systems”, la norma UNE 19601 y la circular de Fiscalía General del Estado. - 3.b) La definición general de compliance y la figura del compliance officer. - 3.c) Una primera aproximación al término jurídico del gobierno corporativo y los modelos de organización y gestión, y medios de prevención. - **Conclusiones.** - **Bibliografía.**

## Introducción

El tema que desarrollaré en este trabajo es muy interesante porque engloba varios institutos jurídicos, por lo que es necesario preguntarnos desde un inicio, y así será el abordaje a lo largo del documento, ¿qué pasó en este caso con el compliance? y ¿por qué la empresa que asesoró no tuvo ninguna responsabilidad? Sin embargo, devolvámonos un poco para adentrarnos de lleno en la cuestión.

Esta sentencia además de que tiene muchísimo material jurídico para comentar, tiene otros aspectos extradogmáticos que valen la pena rescatar, porque al resolver las personas juzgadoras podrían haberse dejado llevar en cierta medida por estos factores extrínsecos, como por ejemplo, la notoriedad del caso, la figura de Messi y lo que este significa, y el mensaje que podrían aprovechar para enviar al resto de la sociedad.

Así, estaremos tratando temas, tales como la dignidad, la presunción de inocencia, la ignorancia deliberada, la libertad, el derecho de defensa, la incorrecta valoración prueba, la mínima intervención del derecho penal, entre otros.

En un primer capítulo, presentaré un breve y sucinto análisis de la sentencia, en un segundo capítulo trataré sobre aquellos institutos jurídicos que se mencionan en la sentencia tanto del lado de la defensa como de la otra parte, junto con las garantías jurídico constitucionales en el ámbito penal. En el tercer capítulo, realizaré un abordaje sencillo de lo que se entiende por compliance y desarrollaré las ideas de responsabilidad de la empresa asesora y del compliance para el caso específico. Luego finalizaré con el motivo por el que no se condena a ninguna de las empresas relacionadas.

Lo que deseo con este trabajo es explicar la sentencia desde una óptica crítica. Pretendo crear conciencia de la situación y tratar de obtener posibles soluciones a escenarios donde nos encontremos ante similares problemáticas, atendiendo siempre a la figura (no tan moderna) del compliance. Concluyo señalando que, si Messi hubiera tenido una compleja estructura de compliance, podría haberse evitado una condena por delito de fraude fiscal.

**1. El estudio de la sentencia número STS 1885/2017, Madrid, veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete desde la óptica del *compliance* penal.**

**1.a) Análisis sucinto y breve 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 condenó a Messi y a su padre a cárcel por el delito de fraude fiscal.

El Supremo en la sentencia confirmó la condena impuesta a Messi y a su progenitor por delito de defraudación fiscal, a su padre en la variante de cooperador necesario (la sentencia se rebajó al apreciar la atenuante de reparación del daño por la devolución a Hacienda del dinero defraudado antes de que se iniciara el juicio). En la sentencia, se indicó que ambos habían cometido tres fraudes en sus declaraciones de Impuesto Renta Personas Físicas (IRPF) al no tributar los ingresos percibidos por derechos de imagen ante Hacienda.

Se le impuso un total de 21 meses de prisión a Messi y 15 meses a su padre, una multa que rondaba los dos millones, junto con la obligación de cancelar los 4,1 millones defraudados a Hacienda. Es muy relevante indicar que esta sentencia trae consigo una condena a Messi que no fue reclamada en su momento por la Fiscalía, la cual solo acusó a su padre. La abogacía del Estado, en representación de Hacienda, fue la parte que solicitó la condena, una tesis que al final fue avalada por el alto tribunal.

Grosso modo, los argumentos del Supremo se basaron en el razonamiento de que Messi conocía inequívocamente su obligación de tributar los ingresos obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen. Pero discrepó de

esta cuestión, ya que, en ningún momento, Messi ignoraba su deber de tributar (hecho que no se probó, ya que el dolo debía probarse). Precisamente por ello, contrató a una empresa especializada y dedicada a esta labor, ya que él no tenía los conocimientos para hacerlo.

En este punto, debemos partir de una noción muy básica porque, a criterio de este autor, Messi no es una persona física normal como cualquier otra que percibe ingresos. Messi debería ser visto como una empresa en sí mismo (algo así como Messi, S. A.) y, por ello, como empresa que es, debió buscar asesoramiento profesional en el tema, porque el dinero que él recibe no es normal en cantidad y para tributar con base en ello se necesita ayuda técnica.

Ahí es precisamente donde siento yo que radica el problema, al pretender tratarlo como una persona física común y corriente y utilizar argumentos que aplicarían a una persona común que percibe un salario como profesional en el ámbito que sea (y aun así, se busca siempre un contador como mínimo que presente los formularios y haga los cálculos). Vemos que esta noción propia que tengo debería aplicarles a todas las personas que estén en una situación parecida a Messi, no solamente es de un tema de que él es Messi.

Es menester indicar que Messi se dedica a patear un balón y tiene otras personas que se dedican profesionalmente a lo que le rodea y, precisamente, delega estas actividades en esas personas y confía en su juicio.

Si una empresa especialista le dice que tiene que pagar 100, Messi va a pagar 100 y listo. No se va a empezar a debatir cuestiones que no conoce ni entiende y menos va a decir o se le debería exigir que piense, critique o se cuestione que ese monto es muy bajo o cuestiones similares, y jamás el sistema jurídico puede obligarlo a ello.

Sin embargo, la sentencia del a quo<sup>1</sup> señaló:

*El desconocimiento evitable, derivado de la indiferencia, no es un error, y no puede provocar una descarga de la responsabilidad. No puede errar aquél que no tiene interés en conocer”. [Continúa diciendo]: “actuó con una grave indiferencia al evitar tener una información que estaba a su alcance por medios fiables, rápidos y ordinarios por lo que consideró que el futbolista actuó con dolo (voluntad deliberada de cometer delito) y con la consciencia de que se iba a realizar un acto ilícito.*

Por último, se debe dejar claro que, a criterio del tribunal, en su declaración sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), correspondiente a los ejercicios 2007, 2008 y 2009, Messi omitió declarar ante la Agencia Tributaria española, los ingresos obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen, creando la apariencia de cesión de los derechos de imagen del jugador a sociedades radicadas en países, cuya legislación tributaria permitía la opacidad, mejor conocidos como paraísos fiscales.

1.b) Análisis del artículo 305 del Código Penal, el cual tipifica el delito de fraude fiscal

Para efectos del presente trabajo, dicho artículo señala lo siguiente:

*El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica,*

*foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.*

Desde la óptica objetiva<sup>2</sup> del derecho penal, el tipo penal supracitado se configura y constituye por un autor caracterizado por ser deudor tributario; eso es inicial y vital. Se trata de un delito especial que solamente puede cometer quien tiene esa condición, de ahí la caracterización de especial<sup>3</sup> o calificado<sup>4</sup>. Sin embargo, eso no significa ni exige que el autor lleva a cabo el comportamiento típico con su propia mano<sup>5</sup> a pesar de lo indicado antes; y esto, según veremos adelante, es muy importante.

Aunado a ello, introdujimos un aspecto esencialmente omisivo en tanto supone la infracción del deber de contribuir que la doctrina clasifica dentro de los “mandatos de

1 Ver Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia del 5 de julio de 2016.

2 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2018). Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial. Derecho penal económico y de la empresa. ISBN 978-84-9148-622-0, pp. 169-236.

3 Márquez Cardenas, Álvaro y otros. La coautoría: delitos comunes y especiales. Revista Diálogos de Saberes. (Enero-junio 2008). Bogotá, Colombia. Universidad Libre.

4 Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2011). Manual derecho penal, parte general. Buenos Aires. Argentina: Ediar, Sociedad Anónima Editora.

5 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Omisiones de derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena: (corregida y adaptada a la LO 1/2015, del 30 de marzo). 2018, ISBN 978-84-9190-673-5, pp. 61-68.

determinación<sup>6</sup>”, los cuales llevan a clasificar el delito dentro de la categoría de “en blanco<sup>7</sup>”.

No obstante, tal actuación no se limita solamente a la mera pasividad; de hecho, admite cualesquiera de las distintas modalidades de acción u omisión que el anterior numeral supraindicado prevé. Lo anterior nos lleva a concluir que no es suficiente la mera elusión de la presentación de la preceptiva declaración y liquidación o la inexactitud de esta.

El desvalor de la acción exige el despliegue de una “cierta conducta o artificio engañoso<sup>8</sup>” que lleva a incluir este delito dentro de la categoría de los de “medios determinados funcionales<sup>9</sup>” para mantener oculta a la Hacienda la existencia del hecho imponible. Así, se requiere un resultado constituido por el perjuicio económico para Hacienda que será típico si alcanza la cantidad fijada en la norma penal.

Este “perjuicio deriva de aquella actuación engañosa, lo que excluye de la tipicidad los casos en que el comportamiento del sujeto no impide u obstaculiza de manera relevante la actuación de comprobación<sup>10</sup>” por Hacienda para la efectividad de la recaudación, diferenciándose por ello de la mera infracción sancionada administrativamente.

### 1.c) La defensa de la delegación

En el caso específico de delito de fraude fiscal y por lo que concierne al sujeto cuya obligación y deber es tributar, se incluyen también otros deberes accesorios como los de veracidad, declaración y pago. Sin embargo, en el motivo del recurso, se indican las consecuencias de una “*organización del hecho en la que el sujeto especial delega en un extraneus la función de cumplir determinados deberes que recaen sobre el delegante*<sup>11</sup>”.

La representación de Messi, en palabras del tribunal:

*“acude a la astucia terminológica al utilizar el concepto de delegación, pero ello no puede hacernos olvidar la diversidad de los supuestos en que la acción delictiva se despliega cuando lo hace en el marco de una organización jerarquizada y compleja en lo económico y en lo jurídico respecto de*

*aquellos otros en los que la pluralidad de intervinientes se desarrolla horizontalmente (codelinuencia)*<sup>12</sup>.

Adentrándonos en materia, tenemos primero el “concepto de la creación del riesgo por la empresa, en la que intervienen pluralidad de partes, que son generalmente relacionados entre si de manera jerárquica, lo que obliga a la búsqueda

6 Navarro Frías, Irene. (2010). Mandato de determinación y tipicidad penal. Estudios de derecho penal y criminología. Editorial Comares,

7 Entre otros, Souto, Miguel Abel. (2005). Las leyes penales en blanco. Universidad Santiago de Compostela. Revista Nuevo Foro Penal, número 68, Galicia, España.

8 Silva Sánchez, Jesús-María. (2013). Mandato de determinación e imprudencia. Indret Penal. Argentina.

9 Salom, Cecilia. (2016). Tipo penal y mandato de determinación. Diario Penal, n.º 118. La crisis de la legislación contemporánea, Uruguay.

10 Fernández, José Ángel. (2017). La interpretación conforme con la constitución en los límites del mandato de certeza. Estudios de Derecho Constitucional. Revista chilena derecho. Vol. 44 n.º 3, Santiago de Chile.

11 STS 629/2016 citando las STS n.º 586/2014 del 23 de julio; n.º 272/2012 de 29 de marzo; la del 3 de Febrero del 2012, resolviendo el recurso: n.º 11359/2011 y la n.º 1300/2011 del 23 de noviembre, con cita de la del 27 de mayo de 2011; la n.º 1073/2010 del 25 de noviembre y la de 28 de octubre de 2010.

12 Entre otras, STS n.º 830/2016 del 3 de noviembre, SSTS 318/2006 del 15 de abril, SSTS n.º 199/2012 de 15 de marzo.

de criterios de imputación para determinar quién de aquellos es criminalmente responsable<sup>13</sup>”.

Algún sector doctrinal<sup>14</sup> propone el criterio de competencia prescindiendo de criterios meramente formales y partiendo de la delimitación de ámbitos de organización dentro de la empresa. Esto procede en virtud de la desvinculación de las declaraciones, según la delegación que hizo en asesores fiscales, de conformidad con los artículos 305 y 31 del Código Penal.

Podríamos proceder con ese análisis bajo criterios como el de confianza que justifica que la ineludible delegación<sup>15</sup> de quienes están en un peldaño de subordinados se traduzca en que queden excluidos de responsabilidad penal, si aquella confianza resulta legítima. De otra forma, “cuando la responsabilidad penal puede atribuirse, en los específicos casos así tipificados, a la persona jurídica, ésta puede resultar exenta de esa responsabilidad penal<sup>16</sup>”. Pero, eso sí, sucede cuando la confianza en el gestor que actúa por ella antecede las precauciones del artículo 31 bis, 2 del Código Penal.

Pero, “cuando la pluralidad de sujetos concurrentes a la producción delictiva se manifiesta en una especie de asociación

horizontal, fuera del marco de una organización económica o jurídica compleja, y que puede dar lugar a responsabilidades penales plurales, sea de coautoría o de participación, resulta extraño el concepto mismo de delegación<sup>17</sup>”. La distribución de funciones entre los partícipes acarrea entonces acumulación de responsables criminales<sup>18</sup>. En ningún caso se exonera a ninguno de ellos.

Tal dominio del devenir delictivo no desaparece, como pretende hacerlo ver la posición de Messi, “por delegar actuaciones en otros sujetos, siempre y cuando se conserve la competencia para recabar la información de su cumplimiento por el delegado y cuando se esté ante un escenario fáctico donde puede revocar la delegación<sup>19</sup>”.

Sobre ello, conviene indicar que “*la referencia que se hace a la ineludible demanda de asesoramiento técnico en sociedades complejas y en el ámbito de actuación referida a determinados deberes, podría dar lugar a reflexiones en el ámbito de la culpabilidad cuestionando la exigibilidad de una conducta diversa a la seguida por el autor<sup>20</sup>*”, pero solo ahí en ese ámbito y no en la tipicidad.

Ahora bien, pero ¿qué fue lo que sucedió para que el tribunal considerara la actuación delegada como delito fiscal? La actuación consistió en una estrategia que creó la apariencia de cesión de los

13 STS de 20 de julio 2006, SSTS n.º 1158/10 del 16 de diciembre y STC 78/2013.

14 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes en la empresa. Actualidad jurídica Aranzadi, ISSN 1132-0257, n.º 843, 2012, p. 6.

15 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2017). La paradoja de Rudolphi: legítima defensa y no evitación de la muerte del agresor. Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig / coord. por Jesús María Silva Sánchez, Joan J. Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo, María Teresa Castiñeira Palou; Santiago Mir Puig (hom.). ISBN 978-9974-745-33-9, pp. 539-550.

16 SSTC 197/1995 del 21 de diciembre; F STS 126/2014 del 21 de febrero; STS n.º 77/2006 del 1 de febrero y STS 1387/2004 del 27 de diciembre.

17 SSTC 161/1997 del 2 de octubre; F. 5, STS n.º 883/2009 del 10 de septiembre; STS n.º 1247/2009 del 11 de diciembre; STS 1387/2004 del 27 de diciembre (fundamento de derecho 11º) y STS 77/2006 del 1 de febrero.

18 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). Omisiones en derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Gonzalo Quintero Olivares (comp.). ISBN 9788498769692, p. 4.

19 SSTC 229/1999 del 13 de diciembre, F. 3 b., STS n.º 34/2007 del 1 de febrero y STS n.º 606/2010.

20 SSTC 127/2000 de 16 de mayo, F. 4 a); STS n.º 78/2009 del 11 de febrero y SSTC 120/2005.

derechos de imagen del jugador a sociedades radicadas en países, cuya legislación tributaria permita la opacidad.

Se afirma, bajo este orden de cuestiones, que esto se produjo a través de un comportamiento activo<sup>21</sup>. Una parte consistió en la presentación de la declaración en la que se omitió comunicar la percepción de ingresos obtenidos por derechos de imagen.

Esta parte del comportamiento típico “*vincula [la sentencia] inescindiblemente al disimulo de la percepción por el acusado mediante actos previos de simulación de otro sujeto como receptor (las sociedades formalmente cesionarias) como presupuesto ineludible de su éxito*”<sup>22</sup>”.

Por ello, la jurisprudencia ha señalado que “es en la construcción del artificio formal jurídico en la que se describe la ineludible ejecución por el acusado de actos materiales de realización del tipo penal, de los que es muestra esencial, el asumir las contrataciones”<sup>23</sup>”

Como se ha indicado, la acción típica<sup>24</sup>, más que en la presentación de la autoliquidación, se concreta en esa “*actuación de fraude que hace posible a través de dicha formal liquidación ocultar, primero, la existencia de la base imponible y, después, eludir el pago de la cuota momentos ambos del complejo iter de actos de ejecución típica del delito*”<sup>25</sup>”.

Por ello se reitera que la anterior expuesta relación exige, como presupuesto, que:

*aquella actividad probatoria se constituya válidamente por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión*<sup>26</sup>.

Sobre este punto en particular, la jurisprudencia ha señalado, con bastante atino, que:

*la justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministren la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión coherente que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de objetiva*<sup>27</sup>.

De ello se puede desprender que la argumentación de la conclusión probatoria debe partir de:

21 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2015). Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público. ISBN 978-84-15759-59-1, pp. 257-284.

22 STC 161/1997 del 2 de octubre, F. 5.; SSTC 57/2010, STS 952/2006 y SSTS 560/2014.

23 STC 67/2001 del 17 de marzo, F. 6) y SSTS 500/2015.

24 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). Los ‘supuestos de atipicidad’ en los delitos de tráfico de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad. Teoría del derecho y decisión judicial. Coord. por Juan Antonio García Amado, Pablo Raúl Bonorino Ramírez. ISBN 978-84-9916-880-7, pp. 375-440.

25 SSTC 237/2001 y SSTS 520/2016 y SSTS 909/2016.

26 SSTC 177/2004 y SSTS 211/2017.

27 SSTC 153/2005 y STS 643/2008 de 10-10.

*proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente como premisas correctas (justificación externa) y desde aquellas las inferencias (justificación interna) se debe acomodar al canon de coherencia lógica y a la enseñanza de la experiencia, entendida como una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes*<sup>28</sup>.

Esto es menester analizarlo, ya que claramente resulta y deviene inconstitucional limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción<sup>29</sup>, cuestiones ya ampliamente superadas, al menos en la teoría jurídica, por notoriamente insuficiente como garantía de la ciudadanía, por lo que “aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, sean parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena<sup>30</sup>”.

La certeza alcanzada puede, sin embargo, “no excluir dudas, por lo demás, consustanciales al conocimiento humano<sup>31</sup>”. Ciertamente las

dudas pueden surgir “por un lado respecto de aquella justificación interna, si la conclusión asumida no es la única posible, y, por otro lado, de la razonabilidad de inferencias a partir de otros datos externos con los que cabe construir tesis alternativas excluyentes de la imputación<sup>32</sup>”.

En el segundo capítulo, a continuación, hablaremos sobre todas estas garantías de índole jurídico constitucional en el derecho penal<sup>33</sup>.

Por último, resta indicar que ciertamente resulta difícil de comprender que los asesores a los que se acudió hayan sido excluidos de toda preocupación acusadora por el Ministerio Fiscal y la abogacía del Estado. Pero tan insólita actitud de esas acusaciones no puede incrementar el indeseable resultado de añadir a tal eventual impunidad la del defraudador aquí acusado.

## **2. Institutos jurídico-constitucionales del derecho penal violentados**

### **2 a) Presunción de inocencia e ignorancia debida: derecho penal de mínima intervención Incorrecta valoración prueba**

El artículo 24, 2 de la Constitución Política española indica que “*es una garantía que implica una determinada relación, lógica y científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el Tribunal que condene debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada en contra del penado*”.

En este análisis, siempre se debe tener en cuenta que el derecho penal es de mínima intervención<sup>34</sup>, o ultima ratio, para no caer en el derecho penal del

28 SSTC 38/2008.

29 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2003). Fundamentos de la responsabilidad por injerencia en derecho penal. Tesis doctoral dirigida por José Manuel Gómez Benítez (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid

30 SSTC 43/2008.

31 SSTC 33/2008

32 SSTC 71/2009

33 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2006). Omisión e injerencia en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, ISBN 84-8456-652-8.

34 Martínez Rodríguez, José Antonio. (2015). El principio de intervención mínima o última ratio en los delitos. Revista del sector inmobiliario, ISSN 2335-5573, n.º. 150, pp. 34-38.

enemigo<sup>35</sup>. De igual manera, según se explicará y argumentará, bajo el examen de la conducta de Messi, se deberá siempre tomar en cuenta si se violentó el principio de incorrecta valoración de la prueba<sup>36</sup>, criterio al que hizo alusión la defensa de Messi varias veces en la sentencia.

Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional del instituto de la presunción de inocencia<sup>37</sup>, no importa si el tribunal dudó o no, sino si debió dudar. No es acorde con la Constitución mantener una condena en el escenario en que se presenta con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria. La presunción de inocencia radica en un derecho humano fundamental. Toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario.

En el caso bajo estudio, quedaron debidamente acreditados otros datos, como la ausencia de contraprestaciones en las cesiones de derechos a las dos personas jurídicas indicadas, la intervención personal del recurrente en la negociación de derechos, cuya titularidad aparentemente había transferido o que los beneficios reportados reviertan a una sociedad de exclusivo dominio del recurrente.

Sin embargo, de conformidad con estos datos de justificación externa, la conclusión inferida de que se simuló una intervención de sujetos diferente de la de quienes realmente decidían lo contratado, *“se presenta con justificación interna coherente, ya que entre base y conclusión existe*

*el enlace sólido que suministra el canon lógico y la experiencia<sup>38</sup>”*.

Lo que la tutela judicial exige es “que no se prescinda de valorar lo que, aunque con debilidad, concurra a formar correcto juicio sobre los datos que tengan efectiva trascendencia en la construcción retórica que justifica la decisión<sup>39</sup>”. Un método que vaya en contra de lo anterior tendría serios problemas al enfrentarse con las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Ahora bien, en la sentencia del Tribunal Supremo, número 68/2011 del 15 de febrero, se introduce un instituto jurídico que es necesario aludir, la ignorancia deliberada, en dicha sentencia se indicó:

*En alguno de los precedentes de esta Sala, no obstante, se ha mencionado la ignorancia deliberada, como criterio para tener por acreditado el elemento cognitivo del dolo, es decir, para tener por probado que el autor obró conociendo los elementos del tipo objetivo (hecho constitutivo de la infracción penal en la terminología del ( art. 14.1 CP ) o de un hecho que cualifique la infracción penal, como es el caso de la cantidad de notoria importancia discutida en el recurso).*

Este concepto, que resulta muy interesante para su aplicabilidad al caso en cuestión, es utilizado

35 Derecho penal del enemigo es la expresión acuñada por Günther Jakobs en 1985, para referirse a las normas que, en el Código Penal alemán sancionaban penalmente conductas, sin que se haya afectado el bien jurídico, pues ni siquiera se trataba del inicio de la ejecución: Jakobs, Günther. (2003). Derecho penal del enemigo. Thompson Civitas. Primera Edición.

36 Sarrulle, O. E. El sentido de la pena en el derecho argentino. En M. Gerez Ambertin. (2006). Culpa, responsabilidad y castigo, en el discurso jurídico y psicoanalítico (Vol. I, pp. 31-36). Buenos Aires: Letra Viva,

37 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2013). Custodia de seguridad: arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP. Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012. (coord. por Jacobo Dopico Gómez-Aller; Francisco Javier Álvarez García (dir.), ISBN 978-84-9033-875-9, pp. 395-404.

38 SSTEDH del 28 de octubre de 2003, caso González Doria Durán de Quiroga c. España.

39 SSTEDH 281 de octubre de 2003, caso López Sole y Martín de Vargas c. España.

para tener por acreditado el elemento cognitivo del dolo; es decir, para tener por probado que la persona que cometió el delito actuó conociendo los elementos del tipo objetivo o de un hecho que cualifique la infracción penal<sup>40</sup>. Debemos, por lo tanto, aclarar que, en el derecho vigente, no cabe la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo.

Como ha indicado la jurisprudencia:

*la consciencia y voluntad del método y resultado fraudulento en relación con deber de tributar por IRPF, viene evidenciado por los datos objetivos constatados por prueba directa e indiciaria que acreditan los actos que se dicen ejecutados material y directamente por el acusado y que permiten inferir consciencia y voluntad de que con tales actos eludía el debido pago fiscal<sup>41</sup>.*

En definitiva, la existencia de conocimiento concurre inequívocamente respecto de los elementos que exige el tipo fiscal y que han sido definidos en la jurisprudencia:

*“a) sobre la situación económica que genera la obligación de tributar constituida por la efectiva percepción de los derechos de imagen con le retribuyeron terceros, es decir el hecho imponible; b) el deber de tributar por razón del mismo; y, c) el incumpliendo del deber o sea el hecho del impago<sup>42</sup>.*

Es interesante porque la sentencia del a quo excluye expresamente el error: “el desconocimiento evitable, derivado de la indiferencia, no es un

error, y no puede provocar una descarga de la responsabilidad. No puede errar aquél que no tiene interés en conocer<sup>43</sup>”.

En su razonamiento, compara o iguala la actuación delictiva (o no actuación) de Messi con la falta de conocimiento o desconocimiento, señalando que no es de recibo indicar que tal actuación se debió a desconocimiento; en otras palabras, que no podía desconocer que eso era un delito o que eso era su obligación. Introduce en su análisis algo así como que ninguna persona puede alegar ignorancia de la ley, como reza aquel antiguo principio general del derecho.

## **2.b) Dignidad e integridad física y moral: derecho a no inculparse y dilaciones indebidas**

Dentro del acervo constitucional que engloba los conceptos de dignidad e integridad física y moral en el ámbito penal, debemos referirnos necesariamente al derecho a no inculparse y dilaciones indebidas que forman parte del general del principio de inocencia analizado supra.

Sobre este último diremos, en palabras del profesor tratadista Vélez Maricónde que:

*en verdad el principio no consagra una presunción legal como se pudiera desprender de su denominación tradicional, sino un estado jurídico del imputado, el cual es inocente hasta que sea declarado responsable penalmente por sentencia firme, y esto no obsta a que durante el proceso pueda existir una presunción judicial de responsabilidad penal, capaz de*

40 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2018). Reglas de determinación de la pena. Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2019. Coord. por Fernando Molina Fernández. ISBN 978-84-17317-97-3, pp. 623-659.

41 SSTEDH 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España.

42 SSTC 705/2006 de 28-6.

43 SSTC 892/2008 de 26-12.

*justificar medidas cautelares personales. Los positivistas al equiparar el principio de inocencia, en su razonamiento, con la presunción del juez que decreta el procesamiento o prisión preventiva y por en de tacharlo de irracional y absurdo, confunden lo que técnicamente son cosas absolutamente distintas, dado que el principio legalmente consagrado es una cuestión abstracta, a priori de la realidad, que reconoce un estado natural del hombre y cuya función es orientar el enjuiciamiento criminal de un individuo respetando esta condición, lo que no significa que el juez, en un caso concreto, pueda presumir la responsabilidad penal de un individuo y tomar decisiones, permitidas en forma estricta por la ley, que reflejen tal convicción<sup>44</sup>.*

Con respecto a la facultad de no declarar contra sí mismo, pilar también de los derechos humanos de índole constitucional, resta advertir que tal derecho no es en absoluto irrenunciable. El “acusado puede declarar cuantas veces desee, siempre advertido del derecho a no hacerlo<sup>45</sup>”. En el presente caso, el asesoramiento al efecto fue evidente, ya que fueron sus asesores, a quienes Messi reconoció alta cualificación técnica, los que contestaron los requerimientos.

Este punto argumentativo es muy válido, y siento que se echó de menos en el análisis por parte del tribunal, ya que Messi encomendó dicha tarea a unos asesores bastante cualificados técnicamente, para que le llevaran la contabilidad. Eran profesionales que se dedicaban a ello, por lo que, resulta ilusorio, cuanto menos, que

el tribunal le haya restado importancia a este hecho. Sin embargo, el tribunal reiteró que no fue la declaración que hizo Messi en lo que se fundamentó su condena.

La jurisprudencia<sup>46</sup> ha tratado este derecho en innumerables ocasiones. Así en la STC 142/2009, se advirtió que:

*no atentaba al derecho a no autoincriminarse, siquiera en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador, que en la comparecencia en el expediente de información reservada los recurrentes fueran preguntados sobre los hechos denunciados, tras darse lectura al escrito de denuncia, realizando libremente y sin coacción alguna las declaraciones que tuvieron por conveniente y añadiendo, también de forma absolutamente voluntaria - como destaca el órgano judicial- las manifestaciones por las que posteriormente fueron sancionados.*

Aunado a ello, el Tribunal Constitucional ha establecido una bien conocida doctrina que se ve plasmada en la sentencia 68/2006:

*“los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en*

44 Vélez Mariconde, Alfredo. (1986). Derecho procesal penal. Tomo I. Edit. Marcos Lemer. Córdoba: Editora Córdoba S.R.L., 3a ed. pp. 139-144 (derecho procesal cordobés).

45 STC 18/2005 del 1 de febrero.

46 Ver entre otras, SSTS 338/2010 del 16-4; SSTS 877/2011 del 21- 7; SSTS 207/2012 del 12- 3; SSTC 40/2009 de 28-1 y del 12-6; STS n.º 140/2017 del 6 de marzo; SSTS 987/2011 del 15-10; SSTS 330/2012 del 14-5 y SSTS 484/2012 del 12-6.

*ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable; no apreciándose la existencia del requisito subjetivo de que la coacción haya sido ejercida por el poder público sobre la persona que facilitó la información inculpativa y que finalmente fue la destinataria de las medidas punitivas, debe desestimarse el recurso de amparo.*

De lo anterior, se derivan dos conceptos muy relevantes también en este análisis. Por un lado, tenemos el plazo razonable, el cual se conjuga con el anterior en el sentido del derecho a ser escuchado y se encuentra regulado por el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual reconoce a toda persona el “derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable”.

Aunado a ello, tenemos el concepto de la prohibición de dilaciones indebidas, concepto que se encuentra desarrollado ampliamente por la Constitución Política española en su artículo 24.2, el cual difiere en sus parámetros interpretativos.

Las dilaciones indebidas son “una suerte de proscricción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales<sup>47</sup>”.

Por el contrario, el plazo razonable es un concepto mucho más amplio que significa “el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma, y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia<sup>48</sup>”.

## **2. c) Libertad: fundamento de la imputación al mismo de sus actos. El error de prohibición y la tipicidad objetiva**

El error de prohibición se define como “aquella creencia errónea o equivocada de que una conducta no es penalmente antijurídica o prohibida aún sabiendo que con carácter general si es antijurídica o ilícita<sup>49</sup>”. De acuerdo con gran parte de la doctrina<sup>50</sup> y la jurisprudencia, este error es irrelevante porque:

*al tener el sujeto conciencia de la antijuridicidad, ello ya basta para la culpabilidad de su acción. Pero la posibilidad de determinación normal por la norma, que requiere la culpabilidad, si que es menor al no conocer la gravedad de la prohibición y la conminación penal de la misma, por lo que cabe apreciar disminución de la culpabilidad y, por tanto, una atenuante analógica en el error sobre la prohibición penal<sup>51</sup>.*

47 SSTS 91/2010 del 15-2.

48 SSTS 269/2010 del 30-3.

49 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2019). Dos interpretaciones “contra legem” del régimen de exoneración de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4). Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Vol. 1. ISBN 9788483447222, pp. 415-430.

50 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2014). Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013. Informe de la sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los proyectos de la reforma de la LO 2013/2014 del Código Penal, Ley de Seguridad y Jurisdicción Universal: La proposición de Ley Orgánica del 24 de enero de 2014 de modificación de la Ley Orgánica 6/85, del 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal y el proyecto de reforma del 21 de junio 2013 de la Ley 23/1992, de seguridad privada / coord. por José Ramón Antón Boix; Francisco Javier Álvarez García (dir.). ISBN 978-84-9086-220-9, pp. 18-36.

51 Murillo Rodríguez, Roy. (2009). Modernas tendencias en el derecho penitenciario: las propuestas del “derecho penitenciario mínimo”, el “Derecho penitenciario del enemigo” y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español. Tesis doctoral dirigida por Jacobo Dopico Gómez-Aller (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid.

Este error es definido por el artículo 14 del Código Penal español, el cual literalmente señala:

*1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*

El análisis que plantea el autor Jara Müller es interesante, el cual indica que:

*en la legislación penal no rige la presunción de conocimiento de la ley. En virtud de que toda persona goza del estado de inocencia, no puede regir en materia penal la presunción de derecho de conocimiento de la ley del artículo 8 del Código Civil chileno; de lo contrario significaría que se estaría conjeturando de derecho uno de los elementos de la responsabilidad criminal, esto es la conciencia de la antijuridicidad, que se ubica dentro de la culpabilidad que, a su vez, es uno de los componentes del delito. Es así como en el estudio de la culpabilidad y sus elementos, vemos cómo el error de prohibición inevitable excluye la culpabilidad y el evitable la disminuye, pero tanto en uno como en otro caso, al ser*

*plausible en nuestro ordenamiento jurídico la teoría del error de prohibición, se demuestra que la presunción de conocimiento de la ley no rige en materia penal<sup>52</sup>.*

En la doctrina alemana, se sostiene, en general, que:

*la evitabilidad del error de prohibición requiere lo siguiente: a) En primer lugar, el autor tiene que haber tenido una razón para verificar la licitud de su conducta. En general, se estima que existe una razón tal cuando el autor tiene al menos una leve duda acerca de la licitud de su conducta, cuando sabe que incursiona en una actividad sometida a una regulación legal específica y cuando sabe que su comportamiento perjudica a terceros o a la generalidad. b) Los medios para alcanzar el conocimiento del ilícito son la reflexión y la búsqueda de información. Por ello, se requiere, en segundo término, que el autor haya podido reconocer la ilicitud de su conducta, sea reflexionando, sea recabando información. c) En tercer lugar, se requiere que al autor le fuera exigible hacer uso de los medios para obtener el conocimiento del ilícito que tenía a su disposición. Además, en cuarto lugar, si el autor omitió informarse a pesar de tener una razón para hacerlo, la evitabilidad requiere, según la doctrina mayoritaria, la comprobación de que la información omitida habría conducido efectivamente al conocimiento de la prohibición (la llamada relevancia de las informaciones hipotéticas). Por último, por aplicación del principio de coincidencia temporal entre ilícito y culpabilidad, es preciso que el autor haya*

52 Jara Müller, Juan Javier. (Agosto, 1999). Principio de inocencia. El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal. Estudios e investigaciones. Becario del Programa de Colaboración Docente Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Revista de Derecho, n.º especial, pp. 41-58.

*tenido la posibilidad de conocer el ilícito en el momento del hecho*<sup>53</sup>.

Esto significa que el autor que se informa con una fuente confiable no tiene que seguir consultando, no le exigen hacerlo, “*de modo que si la información es incorrecta el error subsistente se considera inevitable, aunque el autor hubiese tenido aún otros medios para verificar la información y despejar el error*<sup>54</sup>”. En cambio, se afirma que el “*autor no puede confiar en la información recibida, y le es exigible verificar si es correcta, cuando existen razones especiales para dudar de la confiabilidad de la información*<sup>55</sup>”.

El error de prohibición se produce cuando “el sujeto, pese a conocer todos los presupuestos positivos y negativos de la prohibición, que llevarían al hombre medio ideal a reconocer tal prohibición, sin embargo, por circunstancias particulares suyas, desconoce tal prohibición<sup>56</sup>”.

En palabras del tratadista Claus Roxin, la culpabilidad “*exigiría siempre una responsabilidad individual, aunque sí serían normativos los criterios para identificar cuándo el autor habría tenido una razón para cerciorarse sobre la antijuridicidad*<sup>57</sup>”.

Otra solución relativiza el principio de culpabilidad, según Gunther Jakobs:

*la culpabilidad no sería una situación subjetiva a indagar en la cabeza del autor, sino un concepto determinado por los fines de la pena; y, con ello, también los criterios para la evitabilidad estarían regidos por necesidades de la prevención general positiva: el error sería evitable siempre que no haber tenido ese error fuera incumbencia (competencia) del autor; inevitable es sólo el error que puede ser descargado en otro sistema, o ser explicado como casualidad*<sup>58</sup>”.

En América Latina, por su parte, solo se ha logrado que se convirtiera en opinión mayoritaria de la ciencia, más que de la jurisprudencia, “la idea que subyace en la teoría de la culpabilidad: el error de prohibición no excluye el dolo, pero excluye la culpabilidad y la pena si es inevitable<sup>59</sup>”.

Ahora bien, un sector de la doctrina hace una diferenciación importante en cuanto a este tema. Se hace un análisis desde la teoría del dolo y desde la de la culpabilidad. La primera, de origen causalista, señala que “*el error de prohibición excluye el dolo (dolus malus). Si el error es invencible quedará excluida la imprudencia, mientras que esta subsistirá (como imprudentia iuris) si el error es vencible*”. Por su parte y en el otro extremo, tenemos la segunda que es de origen finalista, la cual: “*sostiene que el error de prohibición no afecta al dolo, sino a*

53 Córdoba, Fernando Jorge. (2011). La evitabilidad del error de prohibición. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.

54 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2013). Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, coord. por Jacobo Dopico Gómez-Aller, Francisco Javier Álvarez García (dir.). Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-9033-875-9.

55 García Figueroa, Francisco. (2012). Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo. Especial consideración del sector de la construcción. Tesis doctoral dirigida por Jacobo Dopico Gómez-Aller (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid.

56 Olaizola Nogales, Inés. (Mayo, 2015). El error de prohibición. Catedrática derecho penal. Universidad Pública de Navarra, España, Barcelona.

57 Roxin, Claus. (1997). Derecho penal. Parte general. Tercera edición. Munich, 21, 811 s.

58 Jakobs, Günther. (1997). Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación. España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

59 Córdoba, Fernando Jorge. (2011). La evitabilidad del error de prohibición. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.

la culpabilidad, que queda excluida cuando el error es invencible y atenuada cuando el error es vencible<sup>60</sup>”.

En sentido jurídico, un error de prohibición “no sólo es invencible cuando la formación de dudas era materialmente imposible, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud de respeto hacia el Derecho que se manifiesta en su error no precisa sanción, a pesar de que tuviera dudas sobre la antijuridicidad del hecho<sup>61</sup>”.

Los medios para evitar un error de prohibición son la reflexión o la información. Sin embargo, para juzgar sobre la vencibilidad o invencibilidad del error, se pueden señalar tres requisitos<sup>62</sup>:

El sujeto debe tener un motivo para informarse. El motivo puede provenir: “1) de dudas del propio sujeto (bien espontáneas o bien por terceros), 2) aun no teniendo dudas, el sujeto sabe que está actuando en un ámbito específicamente regulado; y, 3) cuando sabe que con su conducta daña a un tercero o a la colectividad<sup>63</sup>”.

Existiendo el motivo, la persona ciudadana deberá consultar a una persona versada en derecho (abogado(a), persona juzgadora, catedrática, instancia oficial, por medio de la jurisprudencia o, incluso, en algunos casos, intentando aclararlo ella por sí misma). Incluso, existiendo motivo y no realizando suficientes esfuerzos, el error seguirá siendo vencible, si se confirma que una persona

versada en derecho le hubiera confirmado su conformidad con el derecho al sujeto en cuestión.

En el caso específico que nos compete, la defensa de Messi propuso y denunció que, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hubo una inaplicación indebida del artículo 14.3 del Código Penal (error de prohibición) en relación con el artículo 305 del Código Penal, junto con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Política española, en relación con el artículo 120.3 de esta.

Se produjo una condena pese a que la propia sentencia plantea la posibilidad de un error de prohibición, cuyo descarte o desestimación inexplicablemente, como la sentencia lo plantea,

no motiva en absoluto, siendo así que en efecto sí concurría un error invencible o inevitable de prohibición, con la obligada consecuencia, por tanto debió dictarse sentencia absolutoria. Y, por otra parte, en todo caso, el error habría sido invencible, sin que la sentencia, indica el recurrente, razone en modo alguno el rechazo de tal hipótesis.

Aunque el tema del trabajo no es la teoría del error de prohibición ni tampoco el derecho penal, he hecho un análisis más extenso en cuanto a este punto, porque considero que es vital para considerar que hubo algunos yerros en la sentencia condenatoria. En cuanto a este punto, creo que si se produjo algún error de prohibición, este fue invencible.

60 Olaizola Nogales, Inés. (Mayo, 2015). El error de prohibición. Catedrática derecho penal. Universidad Pública de Navarra, España, Barcelona,

61 Roxin, Claus. (1997). Derecho penal. Parte general. Munich: Tercera Edición, 21, 811 s.

62 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2018). La acción en derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena: (corregida y adaptada a la LO 1/2015, del 30 de marzo). ISBN 978-84-9190-673-5, pp. 53-60.

63 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2015). Consecuencias accesorias aplicables a entidades sin personalidad jurídica. Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas. Coord. por Ángel Juanes Peces; Emilio Cortés Bechiarelli (aut.), Norberto Javier de la Mata Barranco (aut.), ISBN 978-84-16268-60-3, p. 1000.

Este argumento lo uno con el hecho de que precisamente Messi, quien desconocía por completo el derecho tributario y aún más de derecho tributario español, acudió a la contratación de una empresa especializada en esta materia y delegó en ellos el trabajo tributario y la confección de los formularios, porque ellos eran los expertos.

Bajo esa tesitura, ¿cómo va a ser posible que ahora los juzgadores lo acusen de un delito de fraude fiscal, si más bien utilizó los remedios y mecanismos existentes precisamente para no cometer ninguna falta? Lo anterior no es comprensible jurídicamente ni desde la óptica del derecho penal y su aplicación de ultima ratio.

En este mismo orden de ideas, si un lego en derecho recurre a especialistas en materia fiscal para que lo asesoren, pagando por el asesoramiento importantes honorarios, no actúa con indiferencia, ni ha querido deliberadamente ignorar cuáles eran sus obligaciones fiscales. Por el contrario, ha hecho lo que podía hacer, y es socialmente adecuado.

Sin embargo, en su argumentación, el tribunal señala que una cosa es conocer QUE se infringe el deber tributario y otra saber CÓMO se logra ese objetivo. La ignorancia de este «cómo» es lo que hace que quien pretende aquel objetivo acuda a quien le ilustre sobre el camino a seguir.

Pues bien, no resulta lógico admitir que quien percibe importantes ingresos ignore el deber de tributar por ello. Ni es lógico que quien constata que no abona nada en absoluto a Hacienda en España como tributo, pese a la elevada percepción de concretos ingresos (los derechos de imagen), no sepa que está defraudando ilícitamente.

Y, si alguna duda podría alcanzar a quien percibe eso, cualquiera que fuera su ingenuidad, las actuaciones que indican que interviene personalmente y no solamente estampando su firma en documentos, revelan su plena consciencia de que ese camino llevaba inexorablemente al insolidario resultado de la defraudación fiscal.

Descalifico ese último párrafo completa y rotundamente, porque me parece que realiza un juicio de valor sin pruebas y lo que en verdad está realizando para llegar a esa conclusión es una simple apreciación subjetiva carente de objetividad, una suposición, cuanto menos.

De dónde saca el tribunal que Messi o cualquier otro profesional lego acude a una empresa especialista en derecho tributario precisamente para defraudar, porque estas empresas conocen mejor cómo hacerlo, podría ser el caso, pero, ¿donde está la prueba irrefutable que acompañe tal supuesto?

El tribunal continúa indicando que eso es sencillamente el contenido del dolo directo, ni tan siquiera eventual. No estamos ante un caso de error invencible en el conocimiento de la

norma, sino ante la inteligencia que busca anular las dificultades que el desconocimiento de esta suponía para lograr el objetivo de burlarla.

Se busca la colaboración que participe en el objetivo respecto del cual ninguna duda se tiene sobre su ilicitud, sino solamente sobre el procedimiento de consecución. Sin duda es más rentable para el acusado que el mecanismo que la Hacienda, por más que, con carácter voluntario, pone a disposición del contribuyente ignorante: acudir a los servicios de ayuda al respecto por la administración financiera.

### 3. **El *compliance* como exigente o argumento para rebajar la condena**

#### 3.a) **Legislación aplicable general y legislación aplicable específica: ISO 37001 “Antibribery management systems”, la norma UNE 19601 y la circular de la Fiscalía General del Estado**

En este momento, es menester detenernos de manera muy breve y enunciar los antecedentes a la regulación del gobierno corporativo en España para tener un panorama normativo de donde estamos y hacia donde vamos. Así, tenemos como antecedentes el Código Civil de 1885, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, la revolución de los directores Ley 19/1989 y, los más importantes y a los que les dedicaremos algunas líneas, los Informes Olivencia 98, Aldama 03 y el Código Conthe.

Con respecto a este último punto, conviene indicar que, dentro de las recomendaciones y regulación del gobierno corporativo en España,<sup>64</sup> podemos encontrar el Informe Olivencia 1998, el cual se refiere a una comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades; el Informe Aldama 2003, el cual es una comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas; y el Código Conthe 2006 se enmarca dentro del ámbito de la Comisión Nacional de Mercados y Valores (“CNMV”), el cual es un código de buen gobierno para las sociedades cotizadas: soft law. Son 25 principios y los aterriza en recomendaciones particulares.

Ahora bien, entrando más en la actualidad, haremos un repaso de las últimas reformas:

la Directiva 14/95/UE, transpuesto en España mediante Real Decreto Legislativo 18/2017, el Código Comercio artículo 49, la Ley Sociedades de Capital que refundió la antigua Ley de Sociedades Anónimas con la de Responsabilidad Limitada en una sola, la Ley Auditoría de Cuentas, artículo 35, la Ley 11/2018 del 28 diciembre y la Circular CNMV 2/2018 del 12 de junio.

Conviene detenernos en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de abril de 2016 que entró en vigor el 25 de mayo de 2016. Comenzó a aplicarse dos años después: el 25 de mayo de 2018, derogando la Directiva 95/46/CE. Se aprobó mediante Ley Orgánica 3/2018 de 5/12, LOPDYGDD que completa lo dispuesto en la norma comunitaria.

Este Reglamento es una norma obligatoria en todos sus elementos y es directamente aplicable en todos los Estados miembros (artículo 288). Todos los sujetos ostentan el mismo nivel de derechos, obligaciones y responsabilidades y garantizan la supervisión coherente y las sanciones equivalentes. Cuenta también con un apartado de cooperación entre las autoridades de control, y volveremos sobre este tema más adelante.

Es directamente aplicable, no necesita ser transpuesta al ordenamiento jurídico español. Su entrada en vigor y su aplicación se producen directamente, sin necesidad de adopción de medida alguna de incorporación al derecho nacional<sup>65</sup>.

De acuerdo con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los Estados miembros están obligados “*a no obstaculizar el efecto directo propio*

64 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2009). La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea. Coord. por Francisco Javier Álvarez García, Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Arturo Ventura Püschel, ISBN 978-84-9876-383-6, pp. 549-574.

65 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2011). Memento práctico. Madrid: Francis Lefebvre, ISBN 978-84-92612-35-2.

*de los Reglamentos, siendo el respeto escrupuloso de este deber una condición indispensable para la aplicación simultánea y uniforme de las reglas contenidas en los Reglamentos de la Unión en el conjunto de ésta<sup>66</sup>.*

Sobre la norma UNE: Certificación UNE 19601, comenzaremos analizando lo que ha señalado la Fiscalía General del Estado en su circular 1/2016 del 22 de enero:

*“Tercera. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.*

La UNE o la Asociación Española de Normalización es una entidad española, privada, independiente, sin ánimo de lucro, que contribuye, mediante el desarrollo de las actividades de normalización a mejorar la calidad en las empresas, sus productos y servicios, así como proteger el medio ambiente y, con ello, el bienestar de la sociedad. Contribuye a mejorar la competitividad de las organizaciones españolas.

El resultado de la actividad de normalización de la Asociación Española de Normalización son las Normas UNE, las cuales representan el consenso nacional sobre el estado del arte de una materia determinada.

Las dos principales normas UNE sobre estándares de compliance son: la Norma UNE 19601/2017 “Sistemas de gestión de compliance penal: Requisitos con orientación para su uso” y la Norma UNE 19602/2019 “Sistemas de gestión de compliance tributario: Requisitos con orientación para su uso”. Ambas normas son certificables por una tercera parte, si se cumplen todos sus requisitos.

Establecen los requisitos y facilitan las directrices para adoptar implementar, mantener y mejorar continuamente políticas de compliance penal y el resto de los elementos de un sistema de gestión de compliance penal en las organizaciones, tanto públicas como privadas, con ánimo de lucro o sin él.

La norma es particularmente aplicable en el contexto de sistemas de gestión y control sobre riesgos penales, estableciendo requisitos y directrices para disponer de modelos alineados con lo que exige la legislación penal española a los sistemas de control y gestión para la prevención y detección de delitos, tanto en su forma como en su fondo. Lo verdaderamente trascendente será que la persona jurídica pueda acreditar debidamente un comportamiento que evidencia su cultura de respeto a la norma.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Norma UNE puede también ser de utilidad para establecer sistemas de control y gestión para la prevención y detección de delitos cometidos en el contexto de las actividades empresariales, aunque no comporten la responsabilidad penal de la persona jurídica en España ni concurran en organizaciones españolas. El modelo de prevención penal sería una especie de seguro.

66 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2013). El derecho penal económico en la era compliance. Coord. por Adán Nieto Martín; Luis Alberto Arroyo Zapatero (dir.). ISBN 9788490335758, pp. 165-190.

En el 2015, el legislador penal dio opción a la empresa de que si cumple con un modelo eficaz de prevención penal, antes del delito, se exonere de responsabilidad. Por eso sale la norma UNE, y se debe diseñar e implementar.

El modelo debe tener seis requisitos: mapa de riesgos (identificar actividades donde se pueden cometer delitos); establecer protocolos y controles para reducir, mitigar y detectar delitos; los recursos financieros deben estar bien controlados, el dinero mueve el delito económico; debe tener un canal de denuncias para que puedan informar de incumplimientos, los cuales se deben investigar y actuar; régimen disciplinario en vía laboral y revisar y auditarlo de manera regular (y tener un compliance officer).

Se indica que ese modelo debe ser eficaz, pero no se dice cómo; para eso se publica la norma UNE: que es un estándar que nace como norma voluntaria no obligatoria, la cual establece unos rasgos por personas concienzudas con unas pautas generales y marca el camino a seguir para que se convierta en un modelo eficaz. Se presume que un modelo es eficaz si una empresa externa nos audita y nos lo dice -un peritaje-, nos emite una certificación (ver Circular FGE 1/2016 del 22 enero citada supra). Incluso se archivaría en instrucción.

Entonces, ¿qué puede hacerse si se siguen los lineamientos establecidos? Se podría solicitar en instrucción el sobreseimiento con base en la certificación UNE (si no hay indicio de criminalidad que es el defecto de organización), argumentar la existencia de una cultura de cumplimiento normativo penal o cultura ética de cumplir la ley. Las empresas tienen que hacer fair play en los negocios e, incluso, instar/aportar una prueba pericial en instrucción con base en el estándar UNE que corrobore la certificación previa.

Como hemos dicho antes, las empresas que se certifican bajo este modelo tienen una obligación de medios y no de resultados. Lo anterior no es sinónimo por sí solo de exención de responsabilidad. Podría ser necesaria una prueba pericial complementaria, según sea el caso.

También es importante contratar y mantener vigentes pólizas de seguros que cubran a los altos directivos. Esto sería parte del deber de diligencia, ya que es relevante poder demostrar que tengo una norma que me supervisa mi propia supervisión en la compañía.

La norma UNE establece los requisitos y facilita las directrices para adoptar, implementar, mantener y mejorar continuamente un sistema de gestión de compliance penal en las organizaciones. Tiene como pilar fundamental la creación de una cultura de compliance penal dentro de las organizaciones como medio para lograr la prevención y la detección eficaz de los delitos.

En cuanto a la nomenclatura, es preciso manifestar que si la certificación acaba en 01-02 es certificable, lo que significa que un tercero la puede analizar, cogiendo el modelo, viendo los parámetros y certifica finalmente el modelo de gestión, indicando que está correctamente implementado (esto debe venir de un modelo previo, el diseño-el programa). Si acaba en 00 es voluntaria.

Reiteramos nuevamente en este punto que estos modelos de compliance penal serán vistos como posibles elementos de exoneración y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, siempre y cuando se cumpla una serie de requisitos.

La idea detrás de las UNE es lograr una consolidación de todas las normas, algo así como un compendio de normas: Sistema Integral

Gestión. La UNE enuncia 11 requisitos, y se deben cumplir los 11. Se exigen todos los puntos para tener la certificación. Los pasos a desarrollar se presentan a continuación.

El alcance subjetivo se refiere a cuántos sujetos o personas jurídicas se van a incluir en el sistema de gestión, y el objetivo, que se refiere y responde cuál es el objeto de gestión, en otras palabras, incluirá los delitos que se hayan identificado previamente como riesgo, según los artículos 129 y 31 bis.

Debe haber un documento por escrito y suscrito por el órgano de administración o de gobierno para entidades sin personalidad jurídica, en virtud de que la creación y puesta en marcha de un modelo, como los que estamos viendo, competen al consejo de administración.

Internamente y a manera jerárquica funcionaría así: debajo del Consejo de Administración viene la Comisión de Auditoría de compliance que es la autoridad que supervisa, el compliance officer viene debajo de ellos y ejecuta y analiza el riesgo. El compliance officer podría ir directo a los socios en caso de que encuentre alguna anomalía. El garante del riesgo, como tal, sí sería el empresario, el compliance officer interviene de acuerdo con el modelo de gestión del riesgo implementado.

El contexto se refiere al entendimiento de la organización, las necesidades y expectativas de los grupos de interés (stakeholders y los que dependen de la compañía), la determinación del alcance del sistema de gestión de compliance penal y los sistemas de gestión.

En cuanto al liderazgo, debemos revisar el órgano de gobierno. Este debe corresponderse con la revisión de la memoria anual, firmando las políticas, comunicando posibles riesgos, ejerciendo su liderazgo con autoridad,

competencia, independencia y compromiso, órgano de compliance penal (el compliance officer o comité de compliance) y la alta dirección; mostrar qué quieren cumplir y fomentar el cumplimiento.

Como hemos indicado, aunado a ello se debe contar con una política de **compliance** penal, la cual es básicamente un documento que señala que va a cumplir la ley: puede ser un manual o código ético.

Siguiendo con ese hilo conductor, se deben establecer claramente los roles, la responsabilidad y las autoridades en la organización. Los roles y responsabilidades se refieren a la delegación de facultades, revisar las responsabilidades definidas en los puestos de trabajo y supervisar los trabajos de las demás personas.

La compañía debe tener claro su panorama de planificación. Esto tendrá que ver con la planificación de todas aquellas acciones existentes para hacer frente a riesgos y oportunidades. Se deben identificar, analizar y evaluar los riesgos penales, teniendo en cuenta los objetivos de esta tarea que son la prevención de delitos y la planificación para lograrlos.

En la medida que se va trabajando en torno a ello, habrá una serie de riesgos inherentes o brutos. Se deben identificar los riesgos penales con base en el contexto y las actividades que pueda cometer una empresa y luego se debe establecer la probabilidad de que ello suceda según la frecuencia, número de personas trabajadoras a su cargo y la consecuencia de cometer el delito (impacto) versus el riesgo residual o neto, el cual identifica, respecto a cada riesgo, los controles, y estos bajan la probabilidad.

Se preparan dos mapas: uno con el riesgo penal uno, y el otro con el riesgo penal dos.

La norma nos indica que debemos establecer políticas, lo cual se refiere al qué – qué quiero hacer - la ley. Luego nos introduce los protocolos que tienen que ver con el cómo, los cuales son los procedimientos; sería el reglamento, y los controles que evidencian el qué y el cómo, el control son las pruebas o evidencias que se aportan en juicio de que las cosas se hacen correctamente. El compliance officer supervisa, monitorea y así ejerce controles, y luego se audita donde se obtienen evidencias para verificar que lo que se ha señalado efectivamente se desprende de las muestras que se auditan y analizan.

Dentro de este orden de ideas, podemos echar mano de algunos elementos de apoyo, los cuales tienen que ver, de manera general, con tener una cultura de compliance, con cuestiones específicas como la necesaria dotación de recursos (es muy importante que se doten recursos para esto, dinero en la práctica, materiales e infraestructura) y competencia (formación, experiencia, los cursos). Se van a valorar los requisitos en relación con la competencia del personal de compliance y ejercer una diligencia debida de los miembros de la organización, su formación y concientización.

Para ello es necesario tener una clara y extensa comunicación (requisitos y comunicación de la política) e información documentada que incluya las generalidades, creación y actualización y control de la información documentada. Esta información deberá ser archivada y guardada por un plazo de 10 años, el cual es el plazo de prescripción del delito.

Por último, se debe establecer una política con respecto a la operación. Esta política debe incluir la planificación y el control operacional, la diligencia debida, los controles financieros y no financieros que hemos hablado supra, la

implementación de controles en las filiales y socios (entidades bajo control y entidades no controladas por la organización).

De igual manera, se deberán incluir cláusulas en los contratos con las partes que negociamos y firmamos – condiciones contractuales, gestión de deficiencias de los controles, comunicación de incumplimientos e irregularidades e investigación de estas.

Luego podemos pasar a la evaluación de desempeño. Para ello, se harán un seguimiento, una medición, un análisis para terminar con una evaluación que básicamente es la revisión por parte del órgano de compliance penal, auditoría interna, junto con la revisión por la dirección y el órgano de gobierno. Una vez llegados a ese punto, se deberá tomar en cuenta las recomendaciones y la retroalimentación para efectos de mejora - PDCA (Ciclo de Deming), no conformidades y la implementación de acciones correctivas. La clave está en la revisión y mejora continua.

Hecho este trayecto por los antecedentes, la legislación, los instrumentos internacionales en materia de *compliance* y demás criterios para proceder con una cultura de *compliance*, sigamos ahora con el tema concreto que nos ocupa.

### **3.b) La definición general de compliance y la figura del compliance officer**

El compliance program es la respuesta de las compañías a la reforma del Código Penal que, abandonando el viejo principio de que las sociedades mercantiles no pueden delinquir, *“introduce la responsabilidad penal de la empresa por los delitos cometidos por sus directivos y empleados<sup>67</sup>”*.

67 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2014). Posición de garante del “compliance officer” por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Coord. por Juan Carlos Hortal Ibarra, Vicente Valiente Ivañez; Santiago Mir Puig (dir.), Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), Víctor Gómez Martín (dir.). ISBN 9788415276302, pp. 337-361.

El compliance program es:

*un conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados*<sup>68</sup>.

El fin primordial de un compliance penal es la construcción de un corta-fuegos que impida la derivación de responsabilidad de los delitos cometido por directivos y empleados.

Aunado a ello, debemos tener claro que un manual de compliance es más que eso. Es, sobre todo, *“la implementación en la organización empresarial de un valor añadido de suma importancia cual es la contribución a la consolidación de principios de ética y conducta que generen y consoliden en la empresa la cultura de la legalidad y buenas prácticas*<sup>69</sup>”.

En el diario vivir de las conversaciones actuales, es común escuchar que se hable de compliance sin que nadie se sorprenda o se intimide. Es un término que se utiliza de manera extensiva, el cual forma ya parte del vocabulario del mundo empresarial y también del jurídico. Pero no siempre fue así<sup>70</sup> y veremos en las próximas líneas la razón del porqué.

*El “incremento del número de normas a cumplir, su creciente naturaleza técnica y variabilidad en el tiempo han generalizado la importancia del Compliance, antes coto casi exclusivo de los mercados regulados. En ocasiones, aparece un revulsivo que le brinda el protagonismo que merece en la sociedad moderna: en España, la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas fue un factor clave de este impulso, que determinó su expansión a la prevención de ciertos delitos y sirvió también como trampolín para constatar su utilidad general más allá de este propósito*<sup>71</sup>.

En otras naciones del globo, se habían dado experiencias similares que incluso continúan repitiéndose en este momento alrededor del planeta. De la mano con el argumento derivado de la tesis más clásica, podemos indicar con seguridad que el compliance es:

*un conjunto de prácticas que ayudan a prevenir, detectar y gestionar razonablemente los riesgos asociados con el cumplimiento de las normas que afectan a las organizaciones. Bajo este paraguas se engloban tanto las normas a las que se hallan sometidas, como las que asumen voluntariamente. Los daños derivados del incumplimiento de ambas categorías no sólo se miden económicamente, sino también en términos de reputación*<sup>72</sup>”.

68 Casanovas, Alain. (2018). ¿Qué es el compliance? Cuadernos de Compliance. Asociación Española de Compliance. Instituto de estudios de compliance.

69 Montaner, Raquel y Fortuny, Miquel. La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación jurídico-penal vs. UNE 19601. Legislación aplicada a la práctica. La Ley Penal N.º 132, mayo-junio de 2018; N.º 132, 1 de mayo de 2018. Editorial Wolters Kluwer.

70 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2015). Las guías de conducta o códigos internos son insuficientes para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Revista General de Derecho Penal. ISSN-e 1698-1189, n.º 7,

71 Nieto Martín, Adán. Delitos de corrupción en los negocios. Tema 10. Derecho Penal Económico y de la Empresa.

72 Benito Sánchez, Demelsa. (2012). El delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales. Madrid, Iustel.

Debido a que estamos ante una disciplina relativamente nueva, es algo normal que ciertas organizaciones consideraran que podría gestionarse mediante técnicas copiadas de otros campos del estudio y de saber cercanos, como la gestión de riesgos, la administración de empresas o la contabilidad. Sin embargo, en los últimos años, ha sido necesario emitir y promulgar estándares internacionales sobre compliance para que:

*nos apliquen por igual en el mundo, muy adaptados a esta nueva realidad y que determinan el estado del arte actual en esta materia. Podría decirse que, en poco tiempo, se ha conformado un lenguaje de comunicación común que aproxima a los profesionales del Compliance con independencia del país en el que operen<sup>73</sup>.*

La designación de un organismo de vigilancia y control o un compliance officer en las organizaciones empresariales españolas:

*es una de las principales y más visibles novedades del nuevo régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica instaurado por Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal,*

*que permite, entre otras condiciones a la ya citada, la exoneración de responsabilidad penal de la empresa cometido un delito en su nombre y beneficio en el seno de la entidad<sup>74</sup>.*

Tomando como referencia a Italia, de donde se ha importado la actual regulación de responsabilidad penal de la persona jurídica que rige en España, se concluye que *“la más acertada composición de este Organismo de Vigilancia y Control a efectos de su consideración es como aquel órgano que ostenta poderes autónomos de iniciativa y control y, por lo tanto, su constitución es válida para el fin que se propone<sup>75</sup>”*.

Sin embargo, el ejercicio del cargo de compliance officer<sup>76</sup>:

*lleva inherente la asunción de determinadas responsabilidades o deberes, mayores o menores en función del perfil de Órgano por el que se opte en la entidad: un órgano más enfocado al cumplimiento penal, a la prevención de riesgos penales o a la mera supervisión y reporte del funcionamiento y cumplimiento de los programas de prevención de delitos a los órganos de gobierno de la entidad<sup>77</sup>.*

73 Feijoo Sánchez, Bernardo. (25 de mayo de 2017). El delito de corrupción en agentes públicos en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter del Código Penal como delito contra la competencia a través de la corrupción. Diario La Ley, número 8987.

74 Gili Pascual, Antoni. (2007). Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, número 09-13, pp. 1 a 35.

75 Blanc López, Clara. (2017). La responsabilidad penal del compliance officer. Tesis para optar por el grado de doctorado, Universidad de Lleida,

76 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2014). Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tónica. Crisis financiera y derecho penal económico. Coord. por Manuel Maroto Calatayud; Eduardo Demetrio Crespo (dir.), ISBN 9788415276272, pp. 507-538.

77 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho penal económico y de la empresa. ISBN 978-84-9148-622-0, pp. 129-168.

### 3.c) Una primera aproximación al término jurídico del gobierno corporativo y los modelos de organización y gestión, y medios de prevención.

Es aquel “conjunto de sistemas, políticas y criterios de toma de decisiones que permiten proyectar la empresa a largo plazo y fomentar su credibilidad como organización. Se estructura bajo tres principios claves: la auto-regulación, la transparencia y la lealtad-responsabilidad de sus administradores<sup>78</sup>”.

En cuanto a las acciones de buen gobierno y los fines por los que hay que velar, se deben indicar un par de ideas centrales. Dentro de ellas, podemos encontrar:

*la buena salud financiera (rentable a largo plazo), establecer sistemas de control y gestión (eficiencia operativa), respeto a las obligaciones (retribución, sostenibilidad, igualdad), captación y retención de buenos profesionales en todos los niveles de la organización, innovación: propuesta de valor diferentes a los competidores, estrategia y proyección hacia el futuro, prestigio reputacional y comunicación<sup>79</sup>.*

Dentro de las acciones concretas<sup>80</sup> que se deben tomar en la empresa, tenemos una división muy interesante que se debe tomar en cuenta a la hora de tomar decisiones internas sobre esta materia.

El punto más importante que se debe tomar en cuenta son los principios de autoorganización, dentro de los cuales, es menester contar con una:

*estructura de gobierno que incluya junta de accionistas, consejo de administración y órgano directivo. Se debe contar con unas reglas de funcionamiento del Consejo de Administración – Comisiones: con una especial indicación a la dedicación de los consejeros, las asistencias a reuniones, su frecuencia, información y asesoramiento<sup>81</sup>.*

Aunado a ello, deberá implantarse una modalidad de:

*Responsabilidad Social Corporativa (RSC): establecer objetivos y desarrollo de medias, estrategia y prácticas concretar en materia de sostenibilidad, medio ambiente y cuestiones sociales, mecanismos de control y seguimiento de resultados y supervisión del riesgo no financiero, la ética y conducta empresarial; junto con una, comunicación e información: financiera y no financiera<sup>82</sup>.*

Todo ello busca generar un impacto social que tiene muchísima importancia, ya que “la empresa es una de las principales instituciones sociales del siglo 21, es considerado un mecanismo que crea riqueza, un agente de cambio impulsando innovación y creando opinión con ejemplo de pautas de comportamiento social que contribuye al bienestar y progreso de las sociedades<sup>83</sup>”.

78 Navarro Frías, Irene Y Melero Bosch, Lourdes. (2011). Corrupción entre particulares y tutela del mercado. InDret, número 4, pp. 1 a 40.

79 De La Mata Barranco, Norberto J., Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Lascaraín Sánchez, Juan Antonio y Nieto Martín, Adán. (2018). Derecho penal económico y de la empresa. Editorial Dykinson.

80 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009: Una reflexión colectiva. Valencia: Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-9004-664-7.

81 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena: (corregida y adaptada a la LO 1/2015, de 30 de marzo)., ISBN 978-84-9190-673-5, pp. 353-372.

82 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2019-2018). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Memento Práctico Francis Lefebvre Penal. ISBN 978-84-17317-97-3, pp. 381-439.

83 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2011). Caso del cobertizo. Casos que hicieron doctrina en el derecho penal. Coord. por Pablo Sánchez-Ortiz Gutiérrez, ISBN 978-84-8126-847-8, pp. 237-258.

En cuanto a los requisitos<sup>84</sup> de los modelos de organización y gestión<sup>85</sup>, se indica que, en primer lugar, se identifican las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos: es esencial conocer las tipologías en cuestión.

En segundo lugar, se deben establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de estas en relación con aquellos. En tercer lugar, se deberán poner en disposición de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

En cuarto lugar, se impone la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención. En quinto lugar, se establecerá un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

Por último, en sexto lugar, se realizará una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Debemos ser muy enfáticos para concluir este apartado que un MOG en los términos que hemos definido “*sólo puede eximir cuando existan medidas idóneas para prevenir o reducir el riesgo de delitos como el cometido*”<sup>86</sup>.

En cuanto a los medios de prevención, quisiera destacar que “*un código ético y una política anticorrupción que prohíbe realizar pagos ilícitos, firmada por todo el personal al servicio de la empresa, administradores incluidos. Están estandarizados y auditados*”<sup>87</sup>.

Las guías de conducta no bastan para eximir, la Ley N.º 1/2015 cambió drásticamente el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La modificación que más llama el interés y que más ha sido analizada es la nueva cláusula de exención de responsabilidad penal para personas jurídicas por haber prestado la diligencia debida en la prevención de delitos.

Aunado a ello, con la nueva redacción del artículo 31 bis, la exención por cumplimiento de los deberes de prevención está expresamente prevista para la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos de administradores o representantes.

Por tanto, se deberán seguir ciertos lineamientos que se exponen a continuación: a) Normas de conducta, formación y selección de personal: prevenir culturas de infracción, aclarar zonas grises y códigos internos. b) Sistemas de

84 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. ¿Qué salvar del art. 318 CP? La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores “atribuidos a una persona jurídica”. Consideraciones de lege ferenda.

85 Dopico Gómez-Aller, Jacobo y otros. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009: Una reflexión colectiva. Jacobo Dopico Gómez-Aller (dir.), Francisco M. Caamaño Domínguez (pr.). ISBN 978-84-9004-664-7, pp. 35-134.

86 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). Personas jurídicas: Art. 31 bis CP. Juan Carlos Carbonell Mateu, Fermín Morales Prats, Jacobo Dopico Gómez-Aller. Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal: (conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la Reforma Del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid. Coord. por Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Arturo Ventura Püschel; Francisco Javier Álvarez García (dir.), José Luis González Cussac (dir.), ISBN 978-84-9876-823-7, pp. 31-46.

87 Banco Mundial, OCDE y UNODC. (2013). Ética anticorrupción y elementos de cumplimiento manual para empresas.

formación del personal: ¿Cuándo la formación es una medida? c) Sanciones disciplinarias con sistemas de investigación interna y canales de denuncia (el whistleblower).

Sin embargo, este cambio no ha sido pacífico, sino más bien todo lo contrario, ha arrojado mucha polémica. El propio Consejo de Estado ha sostenido en su informe de 2013 que:

*cabe cuestionar si el Anteproyecto no introduce un margen excesivamente amplio para la exención de responsabilidad de las personas jurídicas [...]. Nada en el expediente induce a pensar que en el corto periodo en que ha estado vigente la redacción original del artículo 31 bis del Código Penal (menos de tres años) se hayan dado circunstancias que justifiquen esta importante limitación del alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

También la doctrina le ha criticado que “*la cláusula de exención exige la concurrencia de tantos y tan exigentes requisitos que su margen de aplicabilidad es bastante estrecho (contra lo que han sugerido prestigiosos penalistas, tanto favorables a la reforma como críticos con ella)*<sup>88</sup>”.

Por último, se ha indicado que:

*las medidas preventivas deben ser de una naturaleza tal, que para cometer el delito deben ser soslayadas empleando*

*medios fraudulentos. En este sentido, estas medidas no pueden consistir únicamente en directrices de conducta o códigos éticos si no se les añaden mecanismos reales de control, supervisión o vigilancia que obstaculicen o dificulten la comisión del delito. Una mera directriz de conducta que no esté acompañada de esos mecanismos no es una medida que requiera ser eludida fraudulentamente. Y ello no sólo se deduce de la mención a la elusión fraudulenta, sino del requisito de que las medidas reúnan idoneidad preventiva o de reducción significativa del riesgo de comisión de delitos: un mero código interno que prohíba la comisión de conductas delictivas en favor de la empresa (es decir: que prohíba lo que ya prohíbe la legislación penal) no reúne obviamente esa idoneidad<sup>89</sup>.*

Debemos también tener en cuenta los controles organizativos que se deberán implementar pero no limitados a: segregación de funciones, una adecuada matriz de poderes, eventuales autorizaciones previas (por volumen), presencia de los miembros de las áreas de control en ciertas decisiones, deberes de documentación, archivo y custodia, el Departamento Comercial decide el control sobre los gastos, el control y auditoría y control de conceptos de gasto que puedan relacionarse temporalmente<sup>90</sup>.

En cuanto a las relaciones con las personas funcionarias públicas (puertas giratorias<sup>91</sup>), se deberá tener especial cuidado y atención junto con una política que incluya limpieza en contactos:

88 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Responsabilidad penal de las personas físicas. Rafael Alcácer Guirao, Raquel Montaner Fernández, Jesús María Silva Sánchez, Jacobo Dopico Gómez-Aller.

89 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Francisco Javier Álvarez García (dir.), José Luis González Cussac (dir.). ISBN 978-84-9876-884-8, pp. 269-274.

90 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). Problemas del consentimiento informado «por representación» p. 2. Problemas del consentimiento informado “por representación”. Consentimiento por representación [recurso electrónico en línea], pp. 36-95.

91 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Gonzalo Quintero Olivares (comp.). ISBN 9788498769692, p. 38.

personas empleadas y funcionarias. Lo anterior deberá comprender una adecuada rotación de personal, llevar un control y registro de relaciones y tener en consideración el problema de ex altos cargos y Politically Exposed Persons (PEP).

Por su parte, en cuanto a las terceras partes y due diligence se refiere, debemos ser conscientes en que esta cuestión se debe dar desde la etapa precontractual al recabar información (autoinformes, WorldCheck y similares) y que no se muestren otros rasgos peligrosos (indicado por persona funcionaria, forma de pago que aporte un servicio proporcional al pago), pasando por la etapa contractual que va desde la formalización del contrato, el comisario del contrato y el contenido propiamente de este, hasta la etapa poscontractual que incluye la rendición de cuentas.

Adentrados en este tema, conviene mencionar un instrumento sumamente importante: la ISO 37001 Anti-Bribery management systems. Ni todas las organizaciones, ni todas las actividades, ni todos los puestos tienen el mismo peligro.

Pero, dentro de aquello con más riesgos, debemos identificar si la estructura está descentralizada, si la organización está implicada en numerosos grandes proyectos de construcción en diversas ubicaciones, en relación con clientes que pueden adquirir productos o servicios de alto valor económico, intermediarios, partners que actúan en beneficio de la organización ante terceros (clientes, personas funcionarias, autoridades).

En ese orden de ideas, es aconsejable tener una política de aprobación previa de consultores, subcontratistas, suministradores (en proceso que analice riesgo de corrupción). Para ello se deberá valorar la necesidad y legitimidad de los servicios que prestará el partner, si esos servicios fueron

prestados correctamente y si los pagos fueron razonables y proporcionados.

Esto es clave para evitar que los partners usen parte del dinero para sobornos, por ejemplo, si el agente nombrado para ayudar con las ventas recibe comisión o contingency fee, debe comprobarse que el pago es razonable y proporcionado a los servicios legítimos contratados (incluyendo también el riesgo de no cobrar, si no consigue el contrato).

Siguiendo con la cadena del análisis, se deberá prestar especial cuidado a las comisiones o fees desproporcionados que suponen un riesgo de uso para sobornos. Para ello se aconseja llevar procesos competitivos allá donde sea posible.

En estricta relación con lo anterior, es menester tener un claro control de activos, prevención de cajas negras y selección de proveedores junto con una contabilidad y auditoría interna. El fundamental es el control de activos.

En cuanto a la idea de cajas negras, se aconseja la eliminación de cajas negras y “b”. Si una empresa tiene cajas negras masivas o “B” masivo, es casi imposible afirmar que tiene modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de cohechos<sup>92</sup>.

Con respecto a los pagos con riesgo, debemos dividir precisamente ese riesgo en dos secciones: aquellos gastos con retorno de soporte ligero o sin retorno material (informes, dictámenes, conferencias, consultas verbales...) y los agentes comerciales (sobre todo, en el extranjero) con cuantías sospechosas. Para ello, se deberá revisar especialmente los pagos a profesionales (asesores, etc.) ordenados desde el departamento de desarrollo de negocio / comercial, etc.

92 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). La acción en derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Gonzalo Quintero Olivares (comp.). ISBN 9788498769692, p. 3.

Y realizar un due diligence de las personas políticamente expuestas (PEPs), sus conexiones y sus antecedentes.

Otras actividades sospechosas o riesgosas son aquellas actividades ajenas al objeto social, aquellas inversiones y adquisición de sociedades en lugares donde no se desarrolla negocio, en Estados de tributación pobre, baja transparencia, etc. y, en especial, en la proximidad de una contratación con administraciones locales o extranjeras.

También se incluyen la financiación de partidos políticos y las fundaciones, las organizaciones sin ánimo de lucro (vinculadas directa/indirectamente con el sector público o partidos) o que prometan beneficios en la comunidad, incluso financiamiento de equipos de fútbol o jugadores.

En síntesis, una empresa debe controlar lo siguiente: a) las salidas, controlando la selección de proveedores y, en general, la contratación de bienes y servicios, suprimir o someter a control el dinero en efectivo, controlar procesos de contratación de personal y las conferencias y otros pagos sin entregable (máxime cuando están sobre valor de mercado); b) las contraprestaciones: estas deben corresponderse con la realidad, deben ser lícitas, tener un valor razonable y poderse comprobar de manera previa y posterior.

En cuanto a los contratos de riesgo, se aconseja tener una auditoría de contratos de riesgo. Deben tenerse especialmente en consideración los términos, tales como, pero no limitados a “consultoría”, “gastos administrativos”, “gastos de transporte de aduanas”, “gastos extraordinarios”, “gastos locales de tramitación”, “gastos de tratamiento personalizado”, “gastos de facilitación aduanera”. Aunado a ello, se debe tener cuidado con las contribuciones a

fundaciones / asociaciones y aquellos pagos que realicen en lugares donde no existe negocio.

## Conclusiones

De conformidad con el análisis que se realiza en este trabajo sobre la sentencia que es la base sobre la cual se funda, basado en criterios jurídico-penales y desde la óptica del compliance, quiero 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.

Primero que nada, quiero reiterar mi crítica constructiva a la sentencia, en virtud de que me parece increíble que la Fiscalía General del Estado no haya llamado ni siquiera a la sociedad, a la empresa tributaria asesora, ni al proceso penal, ya que considero que su participación y su eventual responsabilidad en el caso concreto son claves. Es hasta irrisorio que ni siquiera se haya solicitado su participación y es realmente preocupante, porque demuestra que no se tenía interés en obtener la verdad real de la situación. La labor de un abogado o una abogada y, en general de un o una estudiante de maestría es llegar a un punto donde pueda ejercer críticas sobre aspectos legales de los cuales no está convencido o convencida o que no comparte el criterio de las personas juzgadoras. Realmente es ahí donde se pone en práctica nuestro conocimiento, y este es un esfuerzo más en ese sentido.

Aunado a ello, considero que la sentencia como tal que condena a Messi y a su padre a pena de prisión carece de los elementos de juicio y criterios argumentativos para sustentar tal condena. Creo que a la sentencia le faltó haber condenado a las personas jurídicas implicadas, ya no solo a la empresa que asesoró a la familia Messi, sino también a todas las demás sociedades

implicadas, y que, en criterio de la sentencia, fueron utilizadas como herramientas para delinquir.

Como se indicó al inicio, de manera introductoria, el caso es sencillo, pero complicado a la vez. La sentencia condenó a Messi y a su padre a prisión por el delito de fraude fiscal. Sin entrar en mucho detalle sobre el tema fiscal o penal que no eran parte del presente trabajo, se analizaron ciertos institutos del derecho penal para fortalecer la opinión del suscrito con respecto a la sentencia.

Independientemente de si estuvo bien o no la imposición de la pena privativa de libertad y sin entrar en este momento en tal análisis, lo que resulta de alguna manera decepcionante jurídicamente es que se haya aprovechado el caso para montar un circo y utilizar a Messi como figura pública universal para mandar un mensaje al público en general y, en especial, a los deportistas, de que ninguno puede evitar ir a la cárcel, si actúa de una manera antijurídica y culpable.

Considero que, ante este panorama, la aplicación de los criterios de compliance que hemos visto pudo haber resultado muy interesante, tanto a nivel propiamente societario, así como de argumento sólido y vinculante para evitar una condena o, al menos, bajar la condena, esto debido a que, con mecanismos de compliance estructurados con base en los requisitos que

vimos, es muy complicado que se pueda dar la comisión de delitos y, si se dan, podrían ser rápidamente detectados, impidiendo un mal mayor, o bien, evitando que escale a mayores proporcionados.

Se agrega al hecho de que toda esta actuación sirve de comprobación para un caso futuro donde deba defenderse una posición, argumentándose y alegándose la aplicación de todo un sistema de compliance para evitar condenas.

El sistema jurídico, de la mano de los asesores legales, debe ser enfático en el conocimiento, difusión y aplicación del compliance como herramienta indispensable. Se debe potenciar la utilización de mecanismos y estructuras de compliance en las empresas para ser socialmente mejores y, en especial, para evitar estructuras delictivas que pretenden aprovecharse precisamente de su naturaleza jurídica para cometer actuaciones delictivas.

Cuando llegemos a ese punto, así como se nos exige a las personas físicas ser íntegras y personas de bien, llegará el momento en que, a través y de la mano del compliance como herramienta y vía, se les podrá exigir ese mismo nivel de integridad e, incluso más, a las personas jurídicas, contribuyendo, en ese proceso, a mejorar como sociedad jurídica y de derecho que somos.

## Bibliografía

Banco Mundial, OCDE y UNODC. (2013). Ética anticorrupción y elementos de cumplimiento manual para empresas.

Benito Sánchez, D. (2012). El delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales. Madrid: Iustel.

Blanc López, C. (2017). La responsabilidad penal del compliance officer. Tesis para optar por el grado de doctorado, Universidad de Lleida.

Casanovas, A. (2018). ¿Qué es el compliance? Cuadernos de Compliance. Asociación Española de Compliance. Instituto de Estudios de Compliance.

Córdoba, F.J. (2011). La evitabilidad del error de prohibición. Madrid. Barcelona. Buenos Aires: Marcial Pons.

De La Mata Barranco, N. J. Dopico Gómez-Aller, J., Lascuraín Sánchez, J.A. y Nieto Martín, A. (2018). Derecho penal económico y de la empresa. Editorial Dykinson.

Dopico Gómez-Aller, J. (2003). Fundamentos de la responsabilidad por injerencia en derecho penal. Tesis doctoral dirigida por José Manuel Gómez Benítez (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid.

Dopico Gómez-Aller, J. (2006). Omisión e injerencia en derecho penal. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Dopico Gómez-Aller, J. (2009). La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea. Coord. por Francisco Javier Álvarez García, Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Arturo Ventura Püschel, pp. 549-574.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Omisiones en derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Gonzalo Quintero Olivares (comp.), p. 4.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Los ‘supuestos de atipicidad’ en los delitos de tráfico de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad. Teoría del derecho y decisión judicial. Coord. por Juan Antonio García Amado, Pablo Raúl Bonorino Ramírez, pp. 375-440.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Problemas del consentimiento informado «por representación» pág. 2. Problemas del consentimiento informado “por representación”. Consentimiento por representación [recurso electrónico en línea], pp. 36-95.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Gonzalo Quintero Olivares (comp.), p. 38.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Personas jurídicas: Art. 31 bis CP. Juan Carlos Carbonell Mateu, Fermín Morales Prats, Jacobo Dopico Gómez-Aller. Consideraciones a propósito del Proyecto De Ley de 2009 de Modificación del Código Penal: (conclusiones del Seminario Interuniversitario sobre la Reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid). Coord. por Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Arturo Ventura Püschel; Francisco Javier Álvarez García (dir.), José Luis González Cussac (dir.), pp. 31-46.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). La acción en derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Gonzalo Quintero Olivares (comp.), p. 3.

Dopico Gómez-Aller, J. (2011). Caso del cobertizo. Casos que hicieron doctrina en el

derecho penal. Coord. por Pablo Sánchez-Ortiz Gutiérrez. ISBN 978-84-8126-847-8, pp. 237-258.

Dopico Gómez-Aller, J. (2011). Memento práctico. Madrid: Francis Lefebvre.

Dopico Gómez-Aller, J. (2012). Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del compliance officer y otros garantes en la empresa. Actualidad jurídica Aranzadi, n.º 843, p. 6.

Dopico Gómez-Aller, J. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009: Una reflexión colectiva. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Dopico Gómez-Aller, J. (2012). ¿Qué salvar del art. 318 CP? La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores «atribuidos a una persona jurídica». Consideraciones de lege ferenda.

Dopico Gómez-Aller, J. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma de 2009: Una reflexión colectiva. Jacobo Dopico Gómez-Aller (dir.), Francisco M. Caamaño Domínguez (pr.), pp. 35-134.

Dopico Gómez-Aller, J. (2013). Custodia de seguridad: arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP. Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012. Coord. por Jacobo Dopico Gómez-Aller; Francisco Javier Álvarez García (dir.), pp. 395-404.

Dopico Gómez-Aller, J. (2013). El derecho penal económico en la era compliance. Coord. por Adán Nieto Martín; Luis Alberto Arroyo Zapatero (dir.), pp. 165-190.

Dopico Gómez-Aller, J. (2013). Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012. Coord. por Jacobo Dopico Gómez-Aller; Francisco Javier Álvarez García (dir.). Editorial Tirant lo Blanch.

Dopico Gómez-Aller, J. (2014). Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013. Informe de la sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los proyectos de la reforma de la LO 2013/2014 del Código Penal, Ley de Seguridad y Jurisdicción Universal: La proposición de Ley Orgánica de 24 de enero de 2014 de modificación de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del poder judicial, relativa a la justicia universal y el proyecto de reforma de 21 de junio 2013 de la Ley 23/1992, de seguridad privada. Coord. por José Ramón Antón Boix; Francisco Javier Álvarez García (dir.), pp. 18-36.

Dopico Gómez-Aller, J. (2014). Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. Crisis financiera y derecho penal económico. Coord. por Manuel Maroto Calatayud; Eduardo Demetrio Crespo (dir.), pp. 507-538.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2014). Posición de garante del “compliance officer” por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Coord. por Juan Carlos Hortal Ibarra, Vicente Valiente Ivañez; Santiago Mir Puig (dir.), Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), Víctor Gómez Martín (dir.), pp. 337-361.

Dopico Gómez-Aller, J. (2015). Las guías de conducta o códigos internos son insuficientes para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Revista General de Derecho Penal, n.º 7. ISSN-e 1698-1189.

Dopico Gómez-Aller, J. (2015). Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público, pp. 257-284.

Dopico Gómez-Aller, J. (2015). Consecuencias accesorias aplicables a entidades sin personalidad jurídica. Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas. Coord. por Ángel Juanes Peces; Emilio Cortés Bechiarelli (aut.), Norberto Javier de la Mata Barranco (aut.), p. 1000.

Dopico Gómez-Aller, J. (2017). La paradoja de Rudolphi: legítima defensa y no evitación de la muerte del agresor. Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig. Coord. por Jesús María Silva Sánchez, Joan J. Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo, María Teresa Castiñeira Palou; Santiago Mir Puig (hom.), pp. 539-550.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial. Derecho penal económico y de la empresa, pp. 169-236.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). Omisiones de derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena: (corregida y adaptada a la LO 1/2015, del 30 de marzo), pp. 61-68.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena: (corregida y adaptada a la LO 1/2015, del 30 de marzo)*, pp. 353-372.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Memento Práctico Francis Lefebvre Penal*, pp. 381-439.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). *Reglas de determinación de la pena. Memento práctico.*

*Francis Lefebvre Penal 2019*. Coord. por Fernando Molina Fernández, pp. 623-659.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho penal económico y de la empresa, pp. 129-168.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). La acción en derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena: (corregida y adaptada a la LO 1/2015, del 30 de marzo), pp. 53-60.

Dopico Gómez-Aller, J. (2019). Dos interpretaciones “contra legem” del régimen de exoneración de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4). *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*. Vol. 1, pp. 415-430.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. *Responsabilidad penal de las personas físicas*. Rafael Alcácer Guirao, Raquel Montaner Fernández, Jesús María Silva Sánchez, Jacobo Dopico Gómez-Aller.

Feijoo Sánchez, Bernardo. (25 de mayo de 2017). El delito de corrupción en agentes públicos en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter del Código Penal como delito contra la competencia a través de la corrupción. *Diario La Ley*, número 8987.

Fernández, J.Á. (2017). La interpretación conforme con la Constitución en los Límites del Mandato de Certeza. Estudios de Derecho Constitucional. *Revista Chilena Derecho*, volumen 44, número 3, Santiago de Chile.

García Figueroa, F. (2012). *Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo. Especial consideración del sector de la construcción*. Tesis doctoral dirigida por Jacobo Dopico Gómez-Aller (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid.

Gili Pascual, A. (2007). Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 09-13, p. 1 a 35.

Jakobs, G (1997). *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. España.

Jakobs, G. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Thompson Civitas. Primera Edición.

Jara Müller, J.J. (agosto 1999). Principio de inocencia. El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal. Estudios e investigaciones. Becario del Programa de Colaboración Docente Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. *Revista de Derecho*, n.º Especial, pp. 41-58.

Márquez Cárdenas, A. (Enero-junio, 2008). La coautoría: delitos comunes y especiales. *Revista Diálogos de Saberes*, Universidad Libre, Bogotá, Colombia.

Martínez Rodríguez, J.A. (2015). El principio de intervención mínima o última ratio en los delitos. *Revista del Sector Inmobiliario*, número 150, pp. 34-38.

MONTANER, R., FORTUNY, M. (1 de mayo de 2018). La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación jurídico-penal vs. UNE 19601. Legislación aplicada a la práctica. La Ley Penal N.º 132. Editorial Wolters Kluwer.

Murillo Rodríguez, R. (2009). Modernas tendencias en el derecho penitenciario: las propuestas del “derecho penitenciario mínimo”, el “derecho penitenciario del enemigo” y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español. Tesis doctoral dirigida por Jacobo Dopico Gómez-Aller (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid.

Navarro Frías, I. (2010). Mandato de determinación y tipicidad penal. Estudios de derecho penal y criminología, Editorial Comares.

Navarro Frías, I.; Melero Bosch, L. (2011). Corrupción entre particulares y tutela del mercado. *InDret*, número 4, p. 1 a 40.

Nieto Martín, A. (2015). Delitos de corrupción en los negocios. Tema 10. Derecho penal económico y de la empresa.

Olaizola Nogales, I. (Mayo de 2015). El error de prohibición. Catedrática de derecho penal. Universidad Pública de Navarra, España, Barcelona.

Roxin, C. (1997). Derecho penal. Parte general. Tercera Edición, Munich, 21, 811 s.

Salom, C. (2016). Tipo penal y mandato de determinación. *Diario Penal*, número 118. La crisis de la legislación contemporánea, Uruguay.

Sarrulle, O. E. (2006). El sentido de la pena en el derecho argentino. En M. Gerez Ambertín. Culpa, responsabilidad y castigo, en el discurso jurídico y psicoanalítico, volumen I. Buenos Aires: Letra Viva, pp. 31-36.

Silva Sánchez, J. M. (2013). Mandato de determinación e imprudencia. *Indret Penal*, Argentina.

Souto, M.A. (2005). Las leyes penales en blanco. Universidad Santiago de Compostela. *Revista Nuevo Foro Penal*, número 68, Galicia, España.

Vélez Mariconde, A. (1986). Derecho procesal penal. Tomo I, Edit. Marcos Lemer Editora Córdoba S. R. L., Córdoba, Tercera Edición, pp. 139-144.

Zaffaroni, E. R. (2011). Manual derecho penal. Parte general, Buenos Aires. Argentina: Editorial Ediar, Sociedad Anónima Editora.

## Jurisprudencia

Audiencia Provincial de Barcelona Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona - Sentencia del 5 de julio de 2016.

STS 629/2016 citando las STS n.º 586/2014 de 23 de julio; n.º 272/2012 de 29 de marzo ; la de 3 de Febrero de 2012, resolviendo el recurso: n.º 11359/2011 y la n.º 1300/2011 del 23 de noviembre, con cita de las de 27 de mayo de 2011, la n.º 1073/2010 del 25 de noviembre y la del 28 de octubre de 2010.

STS n.º 830/2016 del 3 de noviembre, SSTS 318/2006 del 15 de abril, SSTS n.º 199/2012 del 15 de marzo.

STS de 20 de julio 2006, SSTS n.º 1158/10 del 16 de diciembre y STC 78/2013.

SSTC 197/1995 del 21 de diciembre; F, STS 126/2014 del 21 de febrero; STS n.º 77/2006 del 1 de febrero y STS 1387/2004 del 27 de diciembre.

SSTC 161/1997 del 2 de octubre; F. 5, STS n.º 883/2009 del 10 de septiembre; STS n.º 1247/2009 del 11 de diciembre; STS 1387/2004 del 27 de diciembre (fundamento de derecho 11 °) y STS 77/2006 del 1 de febrero.

SSTC 229/1999 de 13 de diciembre; F. 3 b., STS n.º 34/2007 del 1 de febrero y STS n.º 606/2010.

SSTC 127/2000 del 16 de mayo, F. 4 a); STS n.º 78/2009 del 11 de febrero y SSTC 120/2005. STC 161/1997 de 2 de octubre; F. 5., SSTC 57/2010; STS 952/2006 y SSTS 560/2014.

STC 67/2001 del 17 de marzo; F. 6). y SSTS 500/2015.

SSTC 237/2001 y SSTS 520/2016 y SSTS 909/2016.

SSTC 177/2004 y SSTS 211/2017.

SSTC 153/2005 y STS 643/2008 de 10-10.

SSTC 38/2008.

SSTC 43/2008.

SSTC 33/2008

SSTC 71/2009

SSTEDH del 28 de octubre de 2003, caso González Doria Durán de Quiroga c. España.

SSTEDH del 28 de octubre de 2003, caso López Sole y Martín de Vargas c. España.

SSTEDH 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España.

SSTC 705/2006 del 28-6.

SSTC 892/2008 del 26-12.

STC 18/2005 del 1 de febrero.

SSTS 338/2010 de 16-4; SSTS 877/2011 del 21-7; SSTS 207/2012; del 12- 3, SSTC 40/2009; del 28-1 y del 12-6, STS n.º 140/2017 del 6 de marzo; SSTS 987/2011 del 15-10; SSTS 330/2012 de 14-5 y SSTS 484/2012 del 12-6.

SSTS 91/2010 del 15-2.

SSTS 269/2010 del 30-3.

# EL PÁRRAFO UNIORACIONAL

*M. L. Irene Rojas Rodríguez\**

## RESUMEN

El siguiente artículo presenta las características del párrafo unioracional y sus problemas de claridad textual. También expone los tipos de párrafos y propone alternativas de redacción con el fin de que el texto adquiera una mayor comprensión. La claridad del lenguaje motiva el interés y la satisfacción de la persona lectora y es el emblema de presentación de cualquier institución o centro de atención.

**Palabras clave:** párrafo, unioracional, texto, claridad textual.

## ABSTRACT

The next article presents the single sentence paragraph and the textual clarity trouble. Also exposes paragraph types and proposes writing alternatives with the propose that the text acquires a greater understanding. The clarity of language motivates the interest and satisfaction of the reader and it is the emblem of presentation of any institution or center of attention.

**Key words:** paragraph, single sentence, text, textual clarity.

Recibido: 30 de noviembre 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021.

---

\* Magister litterarum en Literatura Latinoamericana; licenciada en Filología. Fue docente en la Universidad de Costa Rica: en la Escuela de Filología, Lingüística y Literatura, impartió clases de Latín y Griego, Literatura Griega, Literatura Latina, Literatura en Lengua Latina; en las Escuela de Estudios Generales: Comunicación y Lenguaje; en la Escuela de Tecnologías en Salud: Terminologías Médicas; en la Escuela de Ingeniería Civil: Comunicación Técnica. Ha publicado artículos en la Revista de Filología, la Revista Káñina y la Revista Estudios de la Universidad de Costa Rica. Es filóloga en la Escuela Judicial. Correo electrónico: textus711@gmail.com

## 1. Pragmática y lenguaje

La sencillez, claridad y precisión son normas fundamentales de la redacción. Implican tanto la sintaxis, como el uso de las palabras, la naturalidad y la fácil comprensión. Platón explica que la belleza de estilo, la armonía y el buen ritmo dependen de la sencillez.

Renan<sup>1</sup> lo confirma cuando señala que “la regla del buen estilo es la claridad, la perfecta adaptación del asunto [...] es también la regla para escribir bien sobre cualquier material”.

Ortega y Gasset<sup>2</sup> agrega que “la claridad es la cortesía del filósofo”. En esta línea, Orwell<sup>3</sup> demanda: “nunca utilice una locución extranjera, un término científico o una palabra de jerga si puede emplear un equivalente de la lengua habitual”.

Carver<sup>4</sup> continúa con esta lucidez textual: “para que los detalles sean concretos y puedan comunicar un significado, el lenguaje deberá aplicarse con precisión y exactitud”.

Del Paso<sup>5</sup> resume: “Me parece que es más elegante escribir con corrección. Podemos darnos ese lujo cualquiera que sea nuestro oficio”.

Esta pragmática<sup>6</sup> de la elegancia del lenguaje se refleja en Orwell: “si es posible recortar una frase, eliminar una palabra, siempre hay que hacerlo. Cualquier palabra que no contribuya a dar el

significado exacto en un paso más corto diluye su poder. Menos es siempre mejor”.

Desde la letra, la sílaba, la frase, la oración, llegamos a una unidad, y Baudelaire<sup>7</sup> la presenta: “La primera condición necesaria para hacer un arte sano es la creencia en la unidad integral”.

Esta arquitectónica como un arte se adapta al párrafo. Carver continúa: “a fin de cuentas las palabras son todo cuanto tenemos, y más vale que estas sean las adecuadas, con la puntuación en los sitios justos, de modo que puedan expresar mejor lo que se quiere decir”.

Antes de desarrollar el tema del párrafo unioracional, iniciaremos con el concepto de párrafo, sus características y clases.

## 2. Estructura del párrafo

El párrafo se puede considerar como una unidad, puesto que las oraciones están vinculadas entre sí por medios sintácticos y semánticos; es decir, tienen cohesión y coherencia. “El párrafo es un conjunto de enunciados que se agrupan en torno a una idea común (o tema). Ortográficamente, se halla separado por otros párrafos por medio de un punto y aparte”. (RAE, 2017, 34).

El párrafo es una unidad textual donde se desarrolla una idea, la cual presenta información de manera organizada y coherente. El párrafo está

1 Ernest Renan, escritor, filólogo, filósofo, arqueólogo e historiador francés (1823-1892).

2 José Ortega y Gasset, filósofo y ensayista español (1883-1955).

3 George Orwell, escritor británico (1903-1950).

4 Raymond Carver, cuentista y poeta estadounidense (1938-1938).

5 Fernando del Paso, escritor y pintor mexicano (1935-2018).

6 Entendida como la disciplina que estudia el lenguaje en su relación con los y las hablantes, así como los enunciados que estos proferen y las diversas circunstancias que concurren en la comunicación.

7 Charles Pierre Baudelaire, poeta, ensayista, crítico de arte, francés (1821-1867).

estructurado conforme a la organización general del texto. Según su concepto clásico, consta de un tópico que es la idea principal y un comentario que es el desarrollo de esta idea. En muchos casos, en especial cuando se trata del discurso

expositivo, la idea principal está contenida en la oración temática y se desarrolla en las oraciones complementarias. Sin embargo, existen diversos tipos de párrafos (Sierra, 2006, pp. 26-27):

<b>Tipos de párrafos</b>	
Normales	Se caracterizan por una sola idea temática que se desarrolla mediante varias ideas secundarias
De excepción	Son párrafos informativos que presentan ideas relacionadas sobre el mismo asunto: <ul style="list-style-type: none"> <li>● Con dos ideas temáticas y sus respectivas ideas de desarrollo.</li> <li>● Con una idea temática sin añadir ideas secundarias.</li> </ul>
Funcionales	Es común encontrar párrafos de poca extensión que desarrollan un tema o ayudan a orientar el discurso. Estos párrafos no tienen ideas temáticas y solo expresan ideas secundarias que coadyuvan a la ampliación de ideas temáticas de los párrafos anteriores o posteriores.
Encabezamiento	Cumple la función de iniciar o introducir el desarrollo de un tema.
Párrafo introductorio	Presenta el referente central del texto y ubica a la persona lectora en el tema. A veces esta presentación se realiza en varios párrafos, o sencillamente no hay párrafo introductorio, porque se presenta el tema e, inmediatamente, se inicia su desarrollo.
Párrafo informativo	Desarrolla un tópico o parte de él.
Párrafo de enlace	Relaciona temáticamente dos párrafos pero no desarrolla una idea. <ul style="list-style-type: none"> <li>● Retrospectivos: unen la información que ya se ha presentado.</li> <li>● Prospectivos: anuncian nueva información.</li> </ul>
Párrafo de cierre	Resume, interpreta o invita a la acción de acuerdo con la intención comunicativa dominante en el texto.

<b>Tipos de párrafos</b>	<b>De acuerdo con la ubicación de la oración temática</b>
Deductivos	Idea principal al inicio. Para su construcción, se parte de una generalización para luego presentar casos específicos.
Inductivos	Idea principal al final. Se inicia con oraciones que expresan ideas secundarias para llegar a una generalización o idea temática, como una conclusión de lo que se ha afirmado.

Tipos de párrafos	De acuerdo con el significado
Cronológico	Sucesión temporal de un texto.
Comparación	Expresión de las semejanzas o diferencias que existen entre dos objetos o fenómenos.
De causa-efecto	Presentan las causas que genera una situación y los resultados que ella produce.
Propósito	Expositivo: expresa una idea, un problema o un fenómeno. Argumentativo: presenta una idea para convencer. Narrativo: cuenta, refiere lo sucedido, o un hecho o una historia ficticios. Descriptivo: representa o detalla el aspecto de algo o de alguien.

### 3. El párrafo funcional

En la estructura formal del texto, el párrafo funcional mantiene la información organizada y relacionada entre sí. Por lo general, es un párrafo de poca extensión que ayuda a orientar la exposición, relacionando unos párrafos con otros para contribuir a la unidad, la cohesión y la coherencia textual.

Este tipo de párrafo no tiene una dirección temática que exprese una idea central, pues sus oraciones solo colaboran con el desarrollo de las exposiciones principales contenidas en los párrafos informativos o las anteceden o las siguen.

Su forma de escritura evita la redacción de un oración muy extensa en un solo párrafo, la cual promueve la pérdida del hilo conductor.

El párrafo funcional puede ser de tres clases:

**Párrafo(s) de encabezamiento:** *introduce(n) o presenta(n) el tema, ubica(n) a la persona lectora y despierta(n) su interés (persuasión).*

**Párrafos de enlace o transición:** *relacionan la información de un párrafo con la de otro. Algunos son retrospectivos cuando se refieren a una información ya presentada,*

*y los prospectivos cuando anuncian una información que aparecerá más adelante. Se pueden considerar como conectores mayores que contribuyen a la unidad, la cohesión y la coherencia del texto.*

**Párrafo(s) de conclusión:** *finaliza(n) o resume(n) lo expuesto en el texto.*

### 4. ¿Cómo redactar un párrafo?

Para escribir párrafos claros, concisos y coherentes, es necesario saber lo que se quiere comunicar. Los párrafos son un instrumento para organizar el texto y orientar a la persona lectora sobre esa organización.

Antes de escribir, se debe planear. Un esquema puede ser útil para seleccionar y organizar el contenido del texto. La selección y organización de las ideas dependen del dominio de diversas materias. La información se distribuye en párrafos de tal manera que, en cada uno, por ejemplo, se desarrolle un tema determinado, o bien se sigue una secuencia de párrafos funcionales.

Debido a que el párrafo tiene identidad gráfica, su extensión puede facilitar o entorpecer la lectura. Por tanto, se sugiere una distribución equitativa del texto en la página.

El párrafo es un elemento superior al enunciado. Contiene enunciados separados por punto y seguido, los cuales se encuentran vinculados por estar en el mismo párrafo y en el mismo texto. Si no se muestran con claridad los vínculos entre las ideas enunciadas en el párrafo, la persona lectora tratará de encontrarlos o los interpretará o inventará.

El párrafo es un conjunto de oraciones que se agrupan en torno a una idea común o tema. Para claridad y mayor comprensión textual, los enunciados deben ser separados por punto y seguido.

Si se construye un párrafo con una sola oración extensa, el resultado será un enorme fragmento lleno de informaciones secundarias, plagados de incisos, sembrados de referencias acumuladas, con rodeos sintácticos, coordinaciones ensartadas en diferentes niveles y subordinadas de todo tipo y condición, por lo que no se podría seguir una lectura atenta de este tipo de párrafos (RAE: 2017), debido a que el mensaje se torna denso y confuso.

## 5. Oraciones extensas

La oración extensa dificulta la comprensión de un escrito y produce un estilo lento y pesado. La exposición de un texto requiere oraciones breves y contundentes. Para evitar las oraciones extensas, se sugiere no abusar de las oraciones subordinadas o de los incisos. Sin embargo, esta sugerencia no implica que solo se deba redactar con secuencias monótonas de oraciones simples y breves.

## 6. Unidad

En un párrafo expositivo, las oraciones deben girar en torno a una sola idea principal; por tanto, conviene tratar un solo tema o asunto. Esta calidad del texto consiste en el orden y la cohesión de las ideas que se exponen. La unidad es necesaria para dar energía al texto, por lo que deben existir orden y cohesión en los conceptos que se expresen.

## 7. Coherencia

La coherencia de un párrafo puede ser analizada desde dos puntos de vista: interno y externo. Desde el punto de vista interno, un párrafo es coherente si tiene unidad de significado: si las oraciones que lo integran se refieren al mismo tema y no resultan incompatibles. Desde el punto de vista externo, un párrafo es coherente si el tema que se aborda en él es relevante para el desarrollo del texto, y su contenido no contradice lo expuesto en los demás párrafos.

Una vez determinada la idea principal, la persona redactora debe enlazar con ella las demás para lograr un desarrollo lógico y natural del pensamiento. Es necesario que las ideas estén vinculadas, es decir, que cada una tenga un punto de contacto con la idea anterior.

## 8. Claridad

Es la calidad de un escrito por la cual se comprende fácilmente el mensaje que se pretende transmitir. La claridad implica que no haya dificultad en la comprensión del texto, y que la persona lectora reciba, con precisión, el mensaje. Para escribir con claridad, se deben atender diversos aspectos: ortográficos, sintácticos<sup>8</sup>, semánticos, pragmáticos y argumentativos, entre otros.

8 Es el modo en que se combinan las palabras y los grupos que estas forman para expresar significados, así como las relaciones que se establecen entre todas esas unidades

## 9. El párrafo unioracional

Si se redacta un párrafo con solo una oración (sin puntos y seguido), el resultado es un párrafo extenso con informaciones secundarias, plagado de incisos y con referencias acumuladas. (RAE, 2017, p. 34). El recurso del párrafo unioracional es la causa de numerosos defectos del lenguaje (RAE, 2017, pp. 34-35).

La lectura de un párrafo redactado con una oración muy extensa motiva que la persona lectora pierda el “hilo de conducción y sentido”. La comprensión va de la mano con el entramado textual: el conjunto de ideas, sentimientos, opiniones, información, etc.

El siguiente texto presenta las características del párrafo unioracional:

En consecuencia, para que la política de persecución penal sea estratégica, requieren de claridad sobre los fenómenos criminales que está afectando a la comunidad, de la bandas que opera en el país, de los mercados ilícitos y de los perfiles delictivos así permite que, a partir de dichos elementos, las fiscalías territoriales y especializadas establezca metas y objetivos para impactar de manera efectiva sobre la criminalidad, de manera dialéctica los insumos son generados para el Ministerio Público defina y actualice la política de persecución penal, aspecto que redundarán en un mejor manejo del recurso humano y material; en el primero, ordenando el trabajo de los fiscales por competencias y, en el segundo, haciendo una adecuada distribución de los materiales de trabajo, hay especialistas en el tema que ha desarrollado una serie de principios

rectores para el diseño de una adecuada política de persecución estratégica, las cuales pueden resumirse y adaptarse en nuestro contexto jurídico procesal de la siguiente forma.

La redacción del siguiente fragmento dispone una oración “kilométrica” sin puntos y seguido, con información repetida, incisos<sup>9</sup> y explicaciones:

Desarrollo de la dirección funcional: significa que la investigación penal es dirigida por el Ministerio Público, para tales efectos dirigirá a la Policía cuando esta deba prestar auxilio en la labores de investigación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 67, 68, 69 y 283 de Código Procesal Penal, esta acción tiene como consecuencia lo que se viene señalando en el sentido de que el Ministerio Público es el ente rector de las políticas de persecución penal y, por ende, dicha función lleva aparejada una gran responsabilidad en aspectos relacionados con planificación, facultad de decisión sobre la forma en que se van investigar, control de los recursos humanos y materiales, definición de metas y objetivos, lo que conllevan obviamente la supervisión de la tareas realizadas, se hacen la salvedad de que se repetirán a lo largo del presente instrumento, de que cuando hablamos aquí de la forma en que se van a investigar, hacemos referencia a la “dirección jurídica” de la investigación, la cual le corresponden al Ministerio Público, mientras que la parte operacional-técnico-criminalística le corresponden exclusivamente a la Policía.

9 Expresiones dotadas de autonomía gramatical, las cuales se intercalan en otra para explicar algo relacionado con esta.

## 10. Las anteriores deficiencias de la redacción les restan claridad y comprensión a los textos:

- Longitud excesiva: dificulta el seguimiento y la comprensión.
- Errores de puntuación.
- Uso excesivo de coordinaciones y subordinaciones diferentes.
- Repetición de conjunciones, pronombres relativos (que, la cual), gerundios.
- Informaciones complementarias insertas en incisos que alargan la unidad.
- Abundancia de construcciones explicativas que distraen la atención de la línea discursiva y dificultan la claridad.
- Multiplicación redundante de sustantivos, adjetivos, verbos, adverbios, sinónimos que alargan aún más la extensión del párrafo.
- Incongruencias, faltas de concordancia, errores gramaticales.
- Frecuentes ambigüedades de todo tipo.

## 11. Propuestas de solución

- El primer consejo a la hora de corregir un párrafo largo es dividir (RAE, 2017, p. 35).
- Utilizar con mesura marcadores y conectores (por tanto, además, pero...).
- Uso adecuado de la puntuación (el punto y seguido).
- Redactar con párrafos breves pero precisos.
- Evitar las informaciones intercaladas, pues rompen el hilo conductor (explicaciones, redundancias, repeticiones).
- Prescindir en el texto de las referencias completas a citas largas que pueden ir en citas al pie de página o en la bibliografía.
- Evitar expresiones sintácticas (construcción de oraciones) que puedan crear ambigüedades.

- Seguir el orden lógico de la oración en lo posible (sujeto, verbo, complementos).
- Preferir el uso de las construcciones activas en lugar de las pasivas.

## 12. Extensión del párrafo

La extensión del párrafo resulta importante para facilitar la comprensión de un texto. Una distribución equilibrada de los párrafos en la página invita a la lectura. Por lo regular, se sugieren los párrafos cortos, porque facilitan la comprensión. No obstante, esta sugerencia no debe ser llevada al extremo de ubicar un párrafo con una sola frase, de tal suerte que el texto parezca un listado de telegramas.

Para valorar la extensión de un texto, debe tomarse en cuenta el contenido, ya que no puede sacrificarse a la estética. Lo ideal es que el desarrollo de un solo tema o subtema se agote en un párrafo y que no se interrumpa por cuestiones estéticas, aunque no debe exagerarse y construir párrafos del tamaño de una página (Orduña 2007: 185).

A pesar de esta defensa del contenido frente a la apariencia, puede formularse una recomendación. Por lo regular, el párrafo debe tener entre tres y cinco enunciados; la página debe contener entre tres y ocho párrafos (Cassany, 2006: 85 y 86). Una extensión fuera de estos parámetros podría implicar, aunque no necesariamente, algo más grave que una cuestión estética: un problema de organización del contenido.

## 13. La cohesión del párrafo

La vinculación que existe entre los enunciados de un párrafo y entre este y los demás párrafos de un texto constituye la cohesión del párrafo.

Todo párrafo está compuesto de enunciados relacionados con un mismo tema. Cada enunciado tiene sentido completo, pues expresa una sola idea. El enunciado está delimitado por una mayúscula inicial y un punto y seguido.

Pero ¿cómo se redacta un párrafo con ideas relacionadas? Un recurso habitual, aunque no por ello correcto, es la redacción de un párrafo compuesto con una oración principal a la que le sigue una secuencia extensa de subordinadas. Una construcción así no solo puede tener errores de sintaxis, sino que provoca una gran dificultad para comprender su sentido. Por ejemplo:

En el acuerdo recurrido, el juez omitió la apreciación clara y precisa de los hechos de la controversia constitucional, en virtud de que si el quejoso cumplió con señalar los requisitos establecidos en los artículos 114, fracción IV de la Ley de Amparo para la formulación de la demanda de amparo, en la cual obra la transcripción íntegra del acto reclamado de la que se advierte que nada impedía la admisión de la demanda de amparo, al no contener irregularidades ni existir causales de improcedencia, así que podía iniciar el procedimiento en el que las partes y la autoridad responsable alegaran sobre la constitucionalidad del acto reclamado, respecto del cual el juzgador prejuzgó sobre su existencia, que queda sujeta al material probatorio de las partes en el juicio constitucional, dejando sin defensa al quejoso, pues otorga una ventaja a la autoridad responsable [...].

Una solución es construir enunciados breves. Sin embargo, cuando se fraccionan ideas, debe tenerse en cuenta de no dejar oraciones incompletas o sin ilación (unión de ideas). El resultado podría ser un párrafo donde difícilmente se advierta la cohesión entre los enunciados. El abuso de

oraciones breves sin nexos puede producir un texto monótono y entrecortado.

Por tanto, para mostrar la cohesión de un texto, se deben ordenar los enunciados y construirlos en una forma determinada. Por ejemplo, se deben sustituir o suprimir palabras y usar determinados vocablos o expresiones (elementos de transición o enlaces) para mostrar la forma en que se relacionan las ideas. Pero se deben emplear con mesura, ya que también pueden entorpecer la lectura y provocar monotonía.

#### 14. Marcadores del discurso

Para facilitar la comprensión de un texto, se suelen emplear los marcadores del discurso o elementos de transición, los cuales comprenden palabras o expresiones que señalan a la persona lectora la relación que existe entre las diferentes partes del texto (oraciones o párrafos), o bien, el peso argumentativo que tiene cada una de ellas. También se les denomina marcadores textuales.

Por lo general, estos marcadores se suelen colocar entre comas, si van en el interior de la oración o se separan con una coma si se colocan al inicio.

También pueden ser seguidos por dos puntos:

**En primer término**, se precisará el acto reclamado.

**Además** el escrito de desistimiento carecía de firma.

**Ahora bien**: el quejoso no ofreció prueba.

Para emplear los marcadores del discurso, se requiere conocer la función que desempeña cada uno de ellos. Hay marcadores que sirven para organizar el texto. Otros indican y, a su vez, afectan la función que desempeña alguna parte

del texto, y otros enlazan las partes del texto con fines argumentativos.

Aunque los marcadores se agrupan en una misma clasificación, no se debe considerar que pueden usarse indistinta y reiteradamente. Cada marcador tiene una función argumentativa específica. Su uso inadecuado puede transmitir

un mensaje o matiz equivocado y su abuso los convierte en lugares comunes o muletillas.

Algunos marcadores ordenadores indican una secuencia lógica, otros tienen una función distributiva y otros expresan una secuencia cronológica. Algunos ejemplos son los siguientes:

<b>Marcadores ordenadores</b>		
<b>Marcadores de apertura</b>	<b>Marcadores de continuidad</b>	<b>Marcadores de cierre</b>
Abren una secuencia de ideas.	Indican que la parte del texto a la que acompañan, forma parte de una secuencia.	Señalan el fin de una secuencia de ideas.
En primer lugar En primer término	En segundo/tercer...lugar En segundo/tercer...término	En último lugar En último término
Primeramente	Asimismo De igual forma/ manera/ modo	Finalmente Por último
Por un lado Por una parte	Por otro lado Por otra parte	

### 15. Repetición, sustitución o supresión de palabras

La forma más sencilla de indicar que un enunciado está relacionado con otro es el empleo de las mismas palabras. No obstante, la repetición de vocablos revela pobreza léxica y crea un estilo monótono. Un recurso es sustituir la palabra por otra u otras: sinónimos, pronombres o cualquier otro elemento. También se puede omitir y dejarla sobrentendida, por ejemplo:

*El presidente hace valer la causal de improcedencia prevista en el artículo 73 de la Ley de Amparo. Aquel sostiene que la aplicación del artículo 8 de la ley reclamada no ocasiona al quejoso un menoscabo jurídico, sino únicamente económico. Agrega que la causal invocada se actualiza aun cuando el peticionario de garantías acredita que es propietario del vehículo.*

La actora ofreció como pruebas la confesional a cargo de la demandada y una testimonial. Las probanzas fueron admitidas por auto del ocho de diciembre de dos mil cuatro. En este proveído se ordenó citar a la demandada para que compareciera, indicándole que si no lo hace, será declarada confesa.

Se debe tener cuidado en la elección de la expresión que sustituye a aquella palabra que no se quiere repetir. En muchas ocasiones, los pronombres pueden dar una señal equivocada y sustituir otros elementos. Se sugiere ubicar los pronombres cerca de su antecedente. Por ejemplo, se deben tener en cuenta los problemas que generan los relativos (*que, cual, cuyo*) o los demostrativos (*este, ese, aquel*) y los pronombres (*ello, eso y esto*) para sustituir a todo un fragmento de texto anterior:

El presidente hace valer la causal de improcedencia prevista en el artículo 73 de la Ley de Amparo. Este sostiene que la demanda debe desecharse [...]. (¿Quién sostiene? El artículo o el presidente).

Los elementos anafóricos son las expresiones que nos remiten a otra parte del texto. Para evitar confusiones, les agregamos a los sinónimos o expresiones con los que sustituimos las palabras otras que precisan cuál es el vocablo sustituido.

Por lo general, son adjetivos como *ese, tal, dicho, mencionado: el precepto transcrito, el referido informe, el objeto aludido, el punto que se trata.*

Escribir con claridad y precisión requiere práctica constante y lectura de diferentes materias y disciplinas. El estilo personal pero actualizado y depurado es un arte en constante evolución.

<b>Recomendaciones generales para la escritura de párrafos</b>	
Construcción lógica de las oraciones	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ La construcción de la frase española no está sometida a reglas fijas. No obstante, es conveniente tomar en cuenta el orden sintáctico (sujeto, verbo, complemento(s)).</li> <li>✓ El orden lógico dispone que se coloquen las ideas según el orden del pensamiento: destaque siempre la idea principal.</li> </ul>
Sencillez	Refiere la construcción de las oraciones, la selección de palabras de fácil comprensión, la naturalidad y claridad, emplear palabras sencillas que puedan ser comprendidas y evitar formas arcaicas: <i>hubiesen o hubieren...</i>
Concisión	Construir párrafos con oraciones breves, precisas, claras y sencillas.
Fuerza léxica	Evitar las frases hechas, las muletillas, la vaguedad: cosismo (abuso de la palabra “cosa”), mismismo (uso indebido de mismo), repetición, cacofonías (repetición de sonidos), los adverbios en –mente, el uso de los verbos fáciles (hacer, poner, decir...) y sustituirlos por otros más precisos: construir, colocar, indicar...
Puntuación	No hay reglas absolutas de puntuación: pero no olvide que una frase mal puntuada nunca queda clara. Un párrafo podría ser quedar muy extenso si no se colocan los signos de puntuación correctamente.

Utilizar verbos simples y precisos	En lugar de verbo + sustantivo: dar aviso, proceder a dirigir... avisar, dirigir...
Unidad	Las oraciones de un párrafo deben estar enlazadas a su idea principal. Se deben utilizar conectores o frases de ilación, pero se debe evitar el exceso.
Precisión	Revisar el orden de los elementos de la oración para evitar ambigüedades. Presentar datos precisos.
Corrección idiomática	Evitar los barbarismos, neologismos, solecismos (normas), pleonasmos (ambigüedad). Utilizar correctamente las preposiciones, el gerundio, la concordancia gramatical.
Utilizar la voz activa	Se recomienda el empleo de la voz activa para que el estilo sea más fluido y conciso. Los documentos fueron revisados por las personas encargadas. (voz pasiva) Las personas encargadas revisaron los documentos. (voz activa)
Cohesión	Para la debida cohesión entre las oraciones, procure ligar la idea inicial de una frase a la idea final de la frase anterior. Evite las transiciones bruscas entre distintos párrafos. Procure “fundir” con habilidad para que no se noten dichas transiciones.
Construcciones breves	No abuse de las oraciones subordinadas, en especial las de relativo (que, el/la cual) y procure no alejar el pronombre relativo <i>que</i> de su antecedente.
Ortografía	La ortografía y la correcta acentuación son imprescindibles en la comunicación.
Corrección	Relea siempre lo escrito como si fuera de otra persona, y no dude tachar lo que considera superfluo. Si es posible, relea en voz alta: descubrirá así defectos de estilo y tono que se escaparon a la lectura exclusivamente visual.

## Bibliografía

Cazorla Prieto, Luis María. (2007). *El lenguaje jurídico actual*. Navarra, España: Editorial Aranzadi.

López, Carlos. (2001). *Redacción en movimiento. Herramientas para el cultivo de la palabra*. San José: Editorial Costa Rica.

Marroquín Zaleta, Jaime. (2007). *Redacción judicial*. México: Editorial Porrúa.

Portolés, José. (2001). *Marcadores del discurso*. Barcelona: Editorial Ariel.

Rojas, Demóstenes. (2000). *Redacción comercial estructurada*. Colombia: McGraw Hill.

Sierra, Gloria M. (2006). *El poder del lenguaje*. Tomos 1-8. España: Ediciones culturales internacionales, S. A.

Real Academia Española. (2020). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Editorial Espasa-Calpe. (Consulta en línea <https://dle.rae.es>).

\_\_\_\_\_. (2005). *Diccionario panhispánico de dudas*. Madrid: Editorial Espasa-Calpe.

\_\_\_\_\_. (2010). *Ortografía de la lengua española*. Madrid: Editorial Espasa-Calpe.

\_\_\_\_\_. (2010). *Gramática de la lengua española*. Madrid: Editorial Espasa-Calpe.

\_\_\_\_\_. (2017). *Libro de estilo de la Justicia*. Barcelona: Espasa Libros.

\_\_\_\_\_. (2019). *Libro de estilo de la lengua española*. México: Editorial Planeta mexicana, S. A.

\_\_\_\_\_. (2019). *Glosario de términos gramaticales*. **Madrid: Ediciones Universidad de Salamanca.**

Weiss, Donald. (1999). *Cómo redactar fácil y eficazmente*. México: Aguilar, Altea.

---

*Comentarios  
de Jurisprudencia*

---



# EL CASO BRENES VS. ANDRÉ DE 1918: DE LA MUY ENIGMÁTICA SUBROGACIÓN LEGAL A FAVOR DEL COMPRADOR DEL INMUEBLE HIPOTECADO

*Lic Federico Torrealba Navas \**

*Con comentario por el Dr. Luis Baudrit Carrillo\*\**

## RESUMEN

En el caso *Brenes vs. André* (de 1918), la Corte de Casación costarricense, integrada por muy ilustres magistrados, trató la figura de la subrogación legal a favor del comprador de un inmueble que destinaba parte del precio al pago de una obligación hipotecaria del bien adquirido. El caso, revisitado más de un siglo después por dos profesores de derecho civil, ofrece visiones de interés actual sobre las figuras de la subrogación y la cesión de créditos.

**Palabras clave:** subrogación personal, subrogación legal, subrogación hipotecaria.

## ABSTRACT

In *Brenes v. André* (1918), the Costa Rican Supreme Court, composed of very distinguished magistrates, dealt with the figure of legal subrogation in favor of the buyer of a real estate property that applies part of the price to the payment of a mortgage obligation of the acquired property. The case, reviewed more than a century later by two professors of civil law, offers views of current interest on the figures of legal subrogation and assignment of credits.

**Keywords:** Personal subrogation, legal subrogation, mortgage subrogation.

Recibido: 25 de abril de 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

---

\* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, coordinador de la Cátedra de Derecho de la contratación privada.

\*\* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, coordinador de la Cátedra de Derecho de obligaciones.

El caso *Brenes vs. André y otro*<sup>1</sup> de 1918 nos ofrece una interesante discusión en relación con las figuras de la cesión de créditos y la subrogación legal.

## 1. Síntesis de los hechos

Los hechos, en síntesis, fueron los siguientes: **1.** El actor, don Alberto Brenes Calvo, había incoado un proceso de cobro judicial contra don Napoleón Sanabria Coto, donde se originó un decreto de embargo de fecha 20 de octubre de 1913 (presentado ese mismo día al Registro Público), sobre una finca del Partido de Cartago propiedad de don Napoleón, la cual soportaba una hipoteca de primer grado, por 400 colones, a favor de don Arnoldo André Wessel. **2.** El 20 de noviembre de 1913, el decreto de embargo practicado de la referida finca fue emitido por el juzgado respectivo y se presentó al Registro Público al día siguiente. **3.** El 20 de noviembre de 1913, se otorgó una escritura pública en la que: (a) el señor Napoleón Sanabria Coto vendió el inmueble en cuestión a su hermano Francisco Sanabria Coto, por la suma de 450 colones que el vendedor declaró recibidos; y (b) don Arnoldo André manifestó que, por haber recibido el pago de capital e intereses, cancelaba totalmente la hipoteca referida, sin indicar de quién había recibido el pago. Esta escritura de venta y cancelación hipotecaria no fue presentada al Registro Público. **4.** El 4 de noviembre de 1916, el señor Arnoldo André cedió el referido crédito hipotecario, “sin responsabilidad”, por la suma de 616 colones, al señor Francisco Sanabria Coto, cesión que fue inscrita en el Registro Público. **5.** El 17 de febrero de 2017, se rescindió la venta entre los hermanos Sanabria Coto, según declaran las partes, a causa del embargo. Además, el apoderado del señor André declaró que había recibido el pago “no de manos del deudor don Napoleón Sanabria

*sino de las de Francisco y que como éste pidió seguridad para su desembolso, le otorgó la cesión del crédito hipotecario para subrogar al pagador en todos los derechos del señor André”.*

## 2. La demanda

El actor, don Alberto Brenes Calvo, planteó una demanda ordinaria con el fin de que se declarara: a) Que la hipoteca en cuestión quedó extinguida desde el 20 de noviembre de 2013 (fecha de la escritura de cancelación total); b) que era absolutamente nula la cesión del crédito hipotecario efectuada por el señor André a favor de don Francisco Sanabria Coto; y c) que los demandados debían resarcirle los daños y perjuicios. El pedimento de nulidad se sustentaba en que, por haber sido previamente extinguida la hipoteca, la cesión carecía de “*objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación*”.

La parte demandada sostuvo que, entre los dos hermanos, don Napoleón y don Francisco Sanabria Coto, se había concertado un contrato de compraventa de la finca, en cuya virtud el segundo se hacía cargo, como parte del precio, de pagar el saldo de la obligación hipotecaria con don Arnoldo André. Al saberse del embargo de la finca, ambos hermanos convinieron en rescindir convencionalmente la venta. El acreedor, don Arnoldo, se negó a restituir el pago que había recibido de don Francisco y, en su lugar, acordó con este cederle el crédito hipotecario.

## 3. Sentencia de primera instancia

El juez de primera instancia rechazó la demanda al considerar que “*dado que los convenios de compraventa y cancelación fueron rescindidos, lo*

<sup>1</sup> Sala de Casación, 2 y 35 p. m., del 18 de mayo de 1918.

*efectuado realmente fue pago con subrogación”, conforme a los artículos 790, inciso segundo, y 791 del Código Civil. El 790, inciso segundo, postula la subrogación legal a “favor del comprador de un inmueble, que emplea el precio de su adquisición en pagar a acreedores a quienes el inmueble estuviere afecto”. El 791, por su parte, establece el efecto traslativo del crédito y de sus accesorios a favor del acreedor subrogante.*

El juez consideró que las partes de la venta estaban en pleno derecho para rescindir la convencionalmente y que, *“habiéndose negado el señor André a la devolución, la cesión del crédito hipotecario que efectuó a favor de don Francisco es correcta y tiende a subrogarlo, en virtud del pago, en los derechos y privilegios de la hipoteca”*.

También, el juzgador indicó que la cancelación hipotecaria no inscrita no producía efectos frente a terceros, incluido el actor. Agregó, como determinante, la circunstancia de que el actor no probó que el pago se hubiera efectuado con recursos del deudor don Napoleón, *“[...] pues en ese caso evidentemente resultaría liberada la finca en provecho del embargante”*.

#### **4. Sentencia de segunda instancia**

El tribunal de segunda instancia, para entonces la Sala Primera de Apelaciones, confirmó la decisión del juez. Entre otras razones, señaló el ad quem:

*Que aun prescindiendo de los términos de la escritura de cesión del crédito hipotecario hecha por el señor Baudrit (apoderado del señor André) al señor Francisco Sanabria Coto, en virtud del pago hecho por éste de*

*la suma por que estaba hipotecada la finca que él compró, se operó en su favor (de Coto) una subrogación total de los derechos del primitivo acreedor hipotecario (inciso segundo del artículo 700, en relación con el 765, ambos del Código Civil). Que, como consecuencia de lo dicho, la cesión del crédito tantas veces citado, sí tuvo objeto, puesto que legalmente existe dicho crédito. Que, además, apareciendo del Registro Público de Hipotecas que el crédito relacionado fue cedido por quien tenía derecho para ello, la inscripción de ese contrato perjudica aun a terceros, sin que se pueda invalidar, aunque llegare a anularse o a resolverse el derecho del otorgante (artículos 455 y 456, Código Civil).*

#### **5. Sentencia de casación**

La Sala de Casación confirmó la sentencia de segunda instancia mediante resolución unánime redactada por el magistrado Luis Dávila<sup>2</sup>. La Corte hizo hincapié en que “no existe, y el recurrente no cita como violada ley alguna en virtud de la cual deba presumirse que ese pago lo efectuó el deudor, caso en que sí habría operado la extinción de la deuda y de su respectiva garantía”. Además, agregó que, habiéndose tenido por cierto:

*que la cancelación se hizo por haber aplicado el adquirente el precio de la compra al pago del crédito hipotecario y sus intereses, y no estando demostrado el alegado error en la apreciación de los documentos respectivos, la deuda y su garantía quedaban subsistentes en beneficio del comprador por la subrogación legal que en virtud de tal pago se operaba (artículo 790, inciso segundo, ibídem). Que la cesión impugnada*

2 Con el voto concurrente de los ilustres magistrados, Ascensión Esquivel, Alberto Brenes Córdoba, Alfonso Jiménez y José María Vargas Pacheco.

*no carecía de objeto porque ella se otorgó para asegurar o formalizar de manera inscribible la adquisición que legalmente había obtenido el comprador Sanabria del crédito en referencia y su garantía y porque en ella convino el acreedor originario —una vez pactada por las partes la rescisión de la compraventa— en lugar de devolver la suma recibida en pago y sus intereses. Que los artículos 456 y 457 del mismo código no resultan infringidos en el fallo, siendo así que en la fecha en que se decretó el embargo y cuando éste y el respectivo decreto fueron anotados, constaba en el Registro la existencia del crédito hipotecario y que, según queda expuesto, el pago realizado por el comprador no extinguió la deuda. [De este modo], aplicado por el adquirente el precio del inmueble al pago del crédito hipotecario, la deuda y la respectiva garantía quedaban subsistentes en su beneficio (artículo 970, inciso segundo, del Código Civil); que rescindido como fue el contrato posteriormente, el acreedor primitivo pudo convenir en la cesión de sus derechos en vez de devolver el dinero recibido en pago, con sus intereses; que es inconducente lo que se alega respecto a que no hubo subrogación convencional y a la infracción del artículo 786 del código citado, porque ella no ha sido alegada por los demandados, ni en el fallo recurrió la dio por operada.*

### **Comentario por Federico Torrealba Navas**

Por regla general, el pago, aun el realizado por un tercero, extingue el crédito. La figura de la subrogación personal —sea legal o convencional— exceptúa dicha regla. En efecto, cuando el pago se hace con subrogación, el crédito

no se extingue, sino circula: sale de la esfera jurídica del acreedor subrogante (el acreedor original) y se desplaza hacia el patrimonio del acreedor subrogado (el nuevo acreedor o acreedor sustituto), donde se anida junto con sus accesorios, como garantías y privilegios.

En el caso comentado, los juzgadores de todas las instancias concuerdan que, a favor del comprador, el señor Francisco Sanabria, operó la subrogación legal o de pleno derecho estatuida por el inciso segundo del artículo 790 del *Código Civil*: “*En favor del comprador de un inmueble, que emplea el precio de su adquisición en pagar a acreedores a quienes el inmueble estuviere afecto*”.

A pesar de su aparente cristalinidad, esta es una de las figuras más arcanas del *Código Civil*. La disposición del inciso segundo del artículo 790 es una réplica exacta del antiguo artículo 1251, inciso 2, del *Code français*<sup>3</sup>, hoy derogado por la reforma operada en el 2016 y ratificada en el 2018. El enigma radica en su imposibilidad intrínseca. El supuesto de hecho de la norma es la compra de un bien inmueble hipotecado, en la cual la totalidad o una parte del precio se aplica directamente por el comprador, al pago total o a la amortización de la(s) hipoteca(s) que gravan el inmueble.

La norma no especifica si se requiere que el vendedor sea el deudor de la obligación garantizada por la hipoteca. Caben, al menos, tres posibilidades: primera: que el vendedor del inmueble sea, personalmente, el deudor del crédito hipotecario; segunda: que el vendedor sea un garante-no-deudor, es decir, un sujeto que, sin obligarse personalmente, ha consentido gravar el inmueble de su pertenencia, en garantía de una deuda ajena; tercera: que el vendedor esté personalmente obligado con o por otro, *v. gr.*, como codeudor o fiador.

3 « La subrogation a lieu de plein droit : [...] 2o Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ; ».

El pago efectuado por el comprador directamente al acreedor hipotecario es jurídicamente relevante en dos planos relacionales: **(1)** En la relación entre comprador y vendedor, el pago libera total o parcialmente al comprador de su obligación de pagar el precio del inmueble.

Si bien la norma no lo indica, se presupone que ambas partes de la compraventa convienen en que una parte del precio se aplique al pago de la hipoteca. El comprador cumple su obligación de pagar el precio al vendedor mediante el pago a un tercero, el acreedor hipotecario. Nada impide que, con el consentimiento del acreedor, el pago se efectúe a favor de un tercero.

Los medios técnicos pueden variar: bien puede tratarse de una estipulación a favor del tercero o de una simple indicación de pago. Lo relevante es que el vendedor consienta en darse por satisfecho de su crédito al precio, mediante una prestación del comprador a favor de un tercero que, en ese caso, es el acreedor hipotecario.

**(2)** En la relación entre el deudor garante (el vendedor del inmueble hipotecado) y el acreedor hipotecario, debe considerarse el pago efectuado por el comprador al acreedor hipotecario como un pago efectuado por cuenta del vendedor, pues este es el dueño del monto erogado por el comprador por concepto de pago del precio. Si ese pago se imputa al precio de la venta y libera al comprador total o parcialmente de su obligación de pago del precio, ello significa, necesariamente, que en un momento el dinero ingresó, jurídicamente, al patrimonio del vendedor y, siendo ya de su propiedad, fue aplicado al pago de la hipoteca.

A pesar de que el comprador saque su dinero de su billetera o su cuenta bancaria y lo entregue o transfiera directamente al acreedor hipotecario, sustancialmente el solvens del débito hipotecario

es el vendedor. Hay una secuencia de actos jurídicos claramente distinguibles (aunque cronológicamente ocurran simultáneamente): hay un primer momento en que el vendedor adquiere la propiedad del dinero y un segundo momento en que ese dinero, ya siendo propiedad del vendedor, se entrega al acreedor hipotecario (el comprador lo entrega por cuenta de este).

Cabe recordar que la compraventa es un negocio jurídico doblemente traslativo: así como el comprador adquiere la propiedad de la cosa comprada, el vendedor adquiere la propiedad del numerario pagado por concepto de precio, aun cuando, por comodidad o conveniencia, ese dinero nunca llegue materialmente a sus manos ni ingrese a su cuenta bancaria, por haberse convenido la entrega a un tercero. Desde el momento mismo en que el comprador realiza la erogación para liberarse de su obligación de pagar el precio, el dinero ingresa a la esfera patrimonial del vendedor.

Ese dinero, convertido en precio saldado, ya no pertenece al comprador: es propiedad del vendedor, y si el comprador, por convenio con el vendedor, entrega el dinero a un tercero (en este caso, el acreedor hipotecario), tal entrega se efectúa por cuenta y provecho del vendedor. En síntesis: jurídicamente es el vendedor y no el comprador, quien, en la hipótesis bajo estudio, paga al acreedor hipotecario. El solvens es el vendedor, pues es con el dinero producto de su crédito al precio como se abona o cancela la hipoteca.

Se producen, entonces, dos posibles cuadros de efectos: **(a)** Si el vendedor, en su carácter de deudor garante, era deudor de la obligación personal garantizada con la hipoteca, el crédito en cuestión simplemente se abona o extingue por pago, y su accesorio, la hipoteca, se reduce —en caso del abono<sup>4</sup>— o se extingue —si el pago fue

4 Preceptúa el artículo 416 del Código Civil: “Cada vez que el deudor verifique un pago parcial, tiene derecho a exigir la reducción de la hipoteca”.

total— junto el crédito personal garantizado<sup>5</sup>, lo anterior, en aplicación del principio *accessorium sequitur principale*.

**(b)** Si el deudor garante era garante-no-deudor, codeudor o fiador de la obligación principal garantizada y, por ello estaba obligado con o por otro, se produce a su favor la subrogación legal del crédito, de conformidad con el inciso tercero del artículo 790 del Código Civil. La subrogación legal es a favor del vendedor (quien es el verdadero solvens), no del comprador.

Se sigue, de lo expuesto, que la subrogación legal contemplada en el inciso segundo del artículo 790 del Código Civil, “*en favor del comprador de un inmueble, que emplea el precio de su adquisición en pagar a acreedores a quienes el inmueble estuviere afecto*”, es **intrínsecamente imposible**: si el vendedor era deudor personal de la obligación garantizada por la hipoteca, y esta se extingue por pago total, igual suerte corre la hipoteca. Mal podría subrogarse el comprador un crédito extinto, por haber sido liberado el deudor.

Esa es la particularidad y la contradicción estructural de la hipótesis bajo estudio: que el pago efectuado por el subrogado libera al deudor, pues la norma condiciona la subrogación a que el comprador haga el pago como parte del pago del precio que corresponde al deudor como vendedor del inmueble hipotecado. Admitiendo, para efectos de análisis, que el comprador se subroga el crédito hipotecario, es claro que cuando pretenda cobrarlo al supuesto deudor (el vendedor), este podría oponer con todo derecho y razón la excepción de pago, pues fue con sus propios recursos (con parte del precio de venta del inmueble) como se pagó la hipoteca.

Y si el vendedor era garante-no deudor o coobligado de la obligación hipotecaria, el

pago produce otro tipo de subrogación legal del crédito, a favor del vendedor, por la vía del inciso tercero del artículo 790 del Código Civil, como la hipótesis de quien “*paga una deuda a la cual estaba obligado con o por otros*”.

Dos sencillos ejemplos servirán como demostración, **primer ejemplo**: María debe 100 a Raúl, obligación que está garantizada con hipoteca de primer grado sobre la casa de habitación de María. María decide poner en venta su casa por la suma de 150. Lorena se interesa en la casa y está de acuerdo con el precio, pero la quiere libre de gravámenes. Ambas convienen que, del precio de 150, Lorena aplique 100 para pagar totalmente a Raúl y liberar la hipoteca.

Así se ejecuta: Lorena paga 100 a Raúl y 50 a María. Se cancela la hipoteca y se traspasa el inmueble a la compradora. Es claro que, a pesar de que formalmente es Lorena quien realiza el pago al acreedor hipotecario, lo hace con dinero perteneciente a María, por ser parte del precio convenido. Sustancialmente es María quien paga la obligación hipotecaria. Con dicho pago, María queda liberada de su deuda. Posteriormente, Lorena podría pretender mal que María le pague 100, invocando la subrogación legal del inciso segundo del artículo 790 del *Código Civil*, lo cual implicaría que Lorena adquirió la finca por 50, lo cual es un contrasentido.

En un **segundo ejemplo**, introduzcamos una variación a la misma historia. Supongamos que la casa de habitación de María está hipotecada por 100 para garantizar una deuda que Antonio, el hermano de María, tiene con Raúl. El resto es igual. María vende su casa a Lorena por 150. Lorena paga directamente 100 a Raúl, quien libera la hipoteca y el saldo de 50 a María. En este caso, por haber pagado una deuda a la cual estaba obligada por otro, opera la subrogación

5 Al tenor de lo dispuesto en el artículo 424, *ibidem*: “La hipoteca se extingue con la obligación principal”.

legal a favor de María, por el conducto del inciso tercero del artículo 790 del *Código Civil*. María, como acreedora subrogada de Raúl, puede reclamar lo pagado a su hermano Antonio. Sería un contrasentido que Lorena pretenda disputarle a María un “mejor derecho” de subrogación, con base en el inciso segundo del mismo artículo 790.

Siendo tan claras las razones expuestas, es menester preguntarnos cómo se interpretaba, en Francia, el inciso segundo del artículo 1251 del *Code civil*, del cual el artículo 790, inciso tercero, de nuestro Código Civil es traducción literal. Y decimos *interpretaba*, pues dicha disposición quedó derogada por la reforma general al derecho de obligaciones y contratos efectuada en Francia mediante ordenanza en el 2016 y ratificada legislativamente en el 2018.

Lo primero que llama la atención es que, en la doctrina francesa, parece que hay consenso en que, con el pago directamente efectuado por el comprador al acreedor hipotecario, el vendedor se libera de su obligación *vis-à-vis* al acreedor hipotecario, al tiempo que el comprador se libera

de su obligación de pago del precio frente al vendedor<sup>6</sup>.

Entonces, se pregunta: si la deuda del vendedor se extingue por el pago, ¿qué es lo que se subroga el comprador? La doctrina habla de una “*hipoteca sobre sí mismo*”<sup>7</sup> o de una “*hipoteca sobre su propia cosa*” a favor del comprador<sup>8</sup>, cuya función es proteger la inversión del comprador de cara a los acreedores hipotecarios de grado inferior.

Los comentaristas del *Code* francés, cuyo antiguo artículo 1251.2 sirvió de modelo mediato a los redactores de nuestro *Código*, destacaban el provecho funcional que dicha norma le brindaba al comprador de un inmueble hipotecado, quien, por virtud del artículo 1251.2, se había subrogado un crédito hipotecario de grado superior, frente a acreedores hipotecarios de rango inferior.

Si un acreedor de grado inferior instaba el remate de la finca, el comprador subrogado podía esperar recuperar con preferencia del producto del remate, el monto pagado al acreedor de grado superior. La preservación, en cabeza del

6 « *L'acheteur sera par-là même libéré envers son vendeur puisqu'il a éteint les dettes dont ce dernier était tenu.* » GHESTIN, BILLIAU, LOISSEAU : *Le régime des créances et des dettes*. En : *Traité de droit civil* (dir. Jacques GHESTIN), L.G.D.J., Paris, 2005, n.o 365.

7 COLIN y CAPITANT explican: “*Cabe preguntar qué interés puede tener el adquirente de un inmueble hipotecado para obrar como supone el art. 1251, párrafo 2o. [...] Si el adquirente [...] prefiere pagar, liberando a su vendedor, a los primeros acreedores inscritos, continúa expuesto a las persecuciones de los acreedores de rango inferior. Es, por lo tanto, difícil de comprender cómo puede tomar este partido. No es esto, sin embargo, absolutamente inconcebible. Podemos suponer un adquirente que está seguro de haber pagado el inmueble al más alto precio que podía alcanzar. Al pagar este precio directamente a los primeros acreedores inscritos, evita los gastos del procedimiento de purga, y, sin embargo, se asegura prácticamente contra la eventualidad de las persecuciones realizadas por los acreedores de rango inferior. En efecto, dada la subrogación que le concede el art. 1.251, párrafo 2o, ocupará en adelante el lugar de los acreedores del primer rango, a los que ha pagado (tendrá una hipoteca sobre sí mismo, es decir, sobre su propio inmueble). Los acreedores siguientes se guardarán mucho de embargarle, pues, en caso de embargo, el nuevo propietario, gracias a la hipoteca preferente que le asegura la subrogación con que se ha beneficiado, absorberá la totalidad del precio que podría alcanzar el inmueble en la subasta que siguiese al embargo. En una palabra, la subrogación del art. 1.251, párrafo 2o, conferirá al adquirente una situación equivalente de hecho a la que le procuraría la purga de las hipotecas y sin los gastos de este procedimiento*”. COLIN/CAPITANT: *Curso elemental de derecho civil*. Tomo III. *Teoría general de las obligaciones*. Traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. (1960). Madrid: Reus, pp. 202-203.

8 « *En outre, ayant par l'effet de la subrogation une hypothèque sur sa propre chose, il primera, le cas échéant, un créancier inscrit saisissant qui n'aurait pas été payé pour cause d'insuffisance du prix de vente* ». GHESTIN/BILLIAU/LOISSEAU, loc. cit.

adquirente del inmueble, de las hipotecas pagadas, desincentivaba la ejecución de hipotecas de grados inferiores. El comprador subrogado obtenía un beneficio o protección adicional en comparación con el comprador común: la doble condición de propietario y de acreedor hipotecario<sup>9</sup>.

Ahora bien, no pueden pasar desapercibidas las notas que singularizan la citada “*hipoteca sobre sí mismo*” o, más exactamente, la hipoteca “*sobre su propio inmueble*”. Lo primero que salta a la vista es que se trata de una **hipoteca sin deudor personal**, ni obligación personal garantizada. Habiendo sido liberado el vendedor, en virtud del pago de la obligación personal garantizada, la hipoteca se abstrae —es decir, se desprende de su causa originaria, la cual ha dejado de existir— y pasa por subrogación legal al patrimonio del comprador, transformada en una **obligación real autónoma**. Es una deuda-de la-cosa, con vida propia (ya no es accesoria a una obligación) que faculta a su titular, el comprador, en caso de remate, para extraer de ella un valor equivalente al monto pagado (no debe olvidarse la función restitutoria de la subrogación), con preferencia sobre los acreedores hipotecarios de grado inferior.

Por ello la hipoteca no se extingue por confusión: la confusión es un mecanismo extintivo de obligaciones personales, no de obligaciones reales. La confusión extingue las obligaciones personales, cuando el mismo sujeto llega a ocupar las posiciones deudora y acreedora en

lo interno del mismo vínculo obligatorio y del mismo patrimonio.

En este caso, no habiendo obligación personal, sino real, lo que existe, a ambos extremos del vínculo jurídico, es un sujeto (el comprador subrogado) y una cosa (el inmueble en cuestión). Se trata, como señalamos, de una hipoteca autónoma que ha escapado a los rigores del principio *accessorium sequitur principale*: se extinguió la deuda, pero no la garantía.

A diferencia de lo que comúnmente ocurre que, con el pago de la obligación garantizada, se extinga su accesorio (la hipoteca), en el caso de esta particular forma de subrogación legal, se extingue la obligación personal garantizada, mas no la hipoteca, la cual sobrevive y se integra ahora transmutada en una obligación real autónoma y abstracta, al patrimonio del comprador como nuevo propietario del inmueble.

Este efecto transformativo del derecho subrogado a favor del comprador del inmueble hipotecado exceptúa la regla conforme a la cual el subrogado recibe el mismo derecho del subrogante.

Los comentaristas franceses citados no llegan a articular la explicación recién formulada, de la mutación de la hipoteca causal, ligada a una obligación personal, en una hipoteca autónoma y abstracta ligada a una obligación real. Algunos autores señalan que el comprador subrogado deviene “*acreedor y deudor de la acción*”

9 Cabe observar, de paso, en clave de análisis económico del derecho, cómo dicha disposición incentiva la compra de inmuebles hipotecados, dándole al adquirente un escudo para proteger su inversión y facilitándole la existencia al deudor que, en un momento de crisis, se ve forzado a salir a vender un inmueble para evitar una pérdida mayor, como la derivada de una ejecución hipotecaria.

*hipotecaria*”. Y, para explicar por qué tal “*acción*” no se extingue por confusión, echan mano a la teoría del efecto transitoriamente paralizador de la confusión<sup>10</sup>.

Tampoco la jurisprudencia llega a aceptar la idea de una hipoteca sin deudor. En un fallo de 1978, la Corte de Casación francesa estableció que, al tenor del artículo 1251.2, la subrogación legal presupone que el subrogado conservara un crédito contra el deudor cuya deuda pagó<sup>11</sup>.

No queda claro, sin embargo, cómo la hipoteca subrogada podría llegar a garantizar otro crédito del subrogado (tomando en cuenta que la hipoteca en cuestión lo que garantizaba era el crédito del subrogante, el cual quedó extinto por el pago). Esa presuposición implica el reconocimiento de cierta dosis de abstracción, en cuanto se admite la posibilidad de que la hipoteca se desprenda de su origen causal y se desplace hasta el patrimonio del subrogado, convertida en una garantía autónoma capaz de amparar otros créditos del subrogado.

Solo la tesis de la conversión de la hipoteca común, causal y accesoria, en una hipoteca autónoma y abstracta, podría salvar de la imposibilidad intrínseca a la figura de la subrogación legal a favor del comprador del inmueble hipotecado.

La idea de una hipoteca autónoma y abstracta garante de una obligación pecuniaria de naturaleza real no es, en modo alguno, novedosa ni extraña para el o la jurista costarricense. Tal es, cabalmente, la naturaleza jurídica de la figura *sui generis* de nuestra cédula hipotecaria<sup>12</sup>, la cual incorpora a un título valor una obligación pecuniaria de carácter real, autónoma y abstracta, garantizada con hipoteca. El propietario del inmueble normalmente constituye las hipotecas de cédulas a su propio nombre sin que se produzca confusión, a falta de una obligación personal garantizada.

Volviendo al caso comentado, indicábamos que los juzgadores coincidieron en que al tenor del inciso segundo del artículo 790 del Código Civil, una subrogación legal había operado a favor del señor Francisco Sanabria, como comprador del inmueble hipotecado. La Corte señaló en su considerando séptimo:

*Que habiendo tenido por cierto el tribunal de grado que la cancelación (de la hipoteca) referida se hizo por haber aplicado el adquirente el precio de la compra al pago del crédito hipotecario y sus intereses, y no estando demostrado el alegado error en la apreciación de los documentos respectivos,*

10 **PLANIOL y RIPERT** sostienen que, de modo general, el efecto de la confusión no es la extinción del crédito, sino su ineficacia transitoria. Para sustentar dicha tesis, ponen, precisamente, el ejemplo del comprador del bien hipotecado que, al emplear parte del precio en el pago de una obligación hipotecaria, se subroga el crédito hipotecario: “*La idea de que la confusión no extingue propiamente la obligación, sino que sólo paraliza su cumplimiento, se ofrece más claramente en los casos que siguen. El adquirente de un inmueble hipotecado que paga su precio a los primeros acreedores inscriptos queda subrogado legalmente en sus derechos y resulta a la vez acreedor y deudor en relación a la acción hipotecaria. Por tanto, podrá ejercitar su derecho como acreedor hipotecario, con el propio grado de los acreedores por él pagados, a fin de adelantarse a los de un grado posterior que persiguieran la propiedad del inmueble. La confusión no ha hecho desaparecer inmediatamente el beneficio de la subrogación porque solamente impide al adquirente ejecutarse a sí mismo; pero cuando este obstáculo de hecho ha desaparecido nada impide al adquirente alegar contra otros su derecho de crédito, paralizado hasta ese momento pero no extinguido*”. **PLANIOL/RIPERT**. (1945). Tratado práctico de derecho civil francés. Traducción por Mario Díaz Cruz. Tomo séptimo. Habana: Cultural S. A., p. 638.

11 Civ. Ire, 28 junio de 1978. En el caso en cuestión, la Corte anuló la decisión de la Corte de Apelaciones de París, la cual había admitido la subrogación a favor de un tercero que había suministrado fondo a los adquirentes de un inmueble hipotecado. Se señaló que los compradores no podían transmitir a un tercero un recurso subrogatorio, pues ellos no tenían ningún crédito contra su vendedor.

12 Para un estudio detallado de esta figura, ver el capítulo 41, tomo II, de mis *Principios del derecho privado*.

*la deuda y su garantía quedaban subsistentes en beneficio del comprador por la subrogación legal que en virtud de tal pago se operaba (artículo 790, inciso segundo, ibidem).*

En dicho pasaje, la sentencia aludió a la cancelación hipotecaria efectuada mediante escritura pública del 20 de noviembre de 2013. En dicha escritura, don Fabio Baudrit González, como apoderado del acreedor hipotecario, don Arnoldo André, manifestó que *cancelaba totalmente* la hipoteca por haber recibido capital e intereses.

El efecto que normalmente se atribuye a una cancelación hipotecaria de esa naturaleza es la extinción de la deuda y de la hipoteca. Sin embargo, la Corte consideró que ni una ni otra se habían extinguido, sino que, por el contrario, habían subsistido en virtud de la subrogación legal operada a favor del comprador del inmueble hipotecado, don Francisco Sanabria. Nótese que la Corte señaló que *“la deuda y su garantía”* quedaban subsistentes.

El Alto Tribunal no se planteó la cuestión arriba analizada, concerniente a que el pago efectuado por don Francisco hubiera correspondido al precio de venta de la finca y que, por consiguiente, siendo el vendedor, don Napoleón, el acreedor del precio era, sustancialmente, el verdadero *solvens*.

En efecto, el pago implicó, en un primer momento, que el dinero ingresara al patrimonio del vendedor, don Napoleón, y luego, en su segundo momento, que el pago al acreedor hipotecario, don Arnoldo, debería imputarse a favor de don Napoleón, quien de ese modo quedaba liberado de su deuda, por pago.

No era posible, jurídicamente, que *“la deuda”* de don Napoleón subsistiera, pues esta había sido pagada con recursos de su pertenencia. El

vendedor se desprendió de su propiedad a cambio de un precio, el cual aplicó a la liberación de una deuda hipotecaria.

La tesis con la que don Francisco se subrogó el crédito contra su hermano tendría como consecuencia que aquel, posteriormente, podría reclamarle a este el reembolso del precio pagado, quedándose con la finca por precio cero, lo cual es un *non sens*.

Conforme a lo arriba estudiado, la única tesis coherente era considerar que don Francisco no se había subrogado *“la deuda y su garantía”*, sino, únicamente, la garantía hipotecaria, ahora transformada en una garantía autónoma y abstracta que no había perecido junto con la obligación principal y que se había desligado de su base causal: la deuda dineraria ya extinguida por pago.

Si hubiera sido necesario, ante un eventual remate de la finca instado por acreedores de grado inferior, esa garantía subrogada le hubiera permitido a don Francisco reclamar con preferencia el reembolso del monto pagado al acreedor hipotecario.

La Corte, como se indicó, no analizó los aspectos anteriormente planteados y se conformó con avalar la tesis de los tribunales de instancia, en cuanto a que se habían incorporado *“la deuda y su garantía”* por subrogación legal al patrimonio del comprador *solvens*, don Francisco Sanabria, de pleno derecho, desde la realización del pago el 20 de noviembre de 1913.

Acto seguido, en el considerando octavo, la Corte de Casación razonó:

*8º Que la cesión impugnada no carecía de objeto porque ella se otorgó para asegurar o formalizar de manera inscribible la adquisición que legalmente había obtenido el comprador Sanabria del crédito en*

*referencia y su garantía y porque en ella convino el acreedor originario —una vez pactada por las partes la rescisión de la compraventa— en lugar de devolver la suma recibida en pago y sus intereses.*

El pasaje transcrito condensa varios errores muy patentes. En primer lugar, la sentencia parte de la base de que la subrogación legal en cuestión entraña la transmisión del crédito y de la garantía, obviando el hecho de que, con el pago efectuado por el comprador, quedó extinguida la deuda del vendedor *vis-à-vis* al acreedor hipotecario, pues se hizo con dinero de su pertenencia, erogado por el comprador en cumplimiento del pago del precio de venta del inmueble.

Si la obligación personal principal del vendedor, don Napoleón, se extinguió con el pago, podría haberse subrogado mal el crédito correlativo a favor del comprador, don Francisco. Según lo estudiado *supra*, lo único que el comprador podría haberse subrogado era la garantía hipotecaria (autónoma y abstracta), para proteger su inversión frente a acreedores rivales. Resulta claro que el crédito pecuniario del acreedor hipotecario, don Arnoldo André, se extinguió con el pago total recibido por él.

En segundo término, para efectos de discusión, admitiendo que, en virtud del pago de la hipoteca efectuado por el comprador, el 20 de noviembre de 1913, la subrogación de “*la deuda y su garantía*” había operado a favor de este. Es claro que, para el 4 de noviembre de 1916, ya dicho crédito no estaba más en el patrimonio del supuesto cedente, don Arnoldo André. La subrogación, en general, produce efecto traslativo a favor del subrogado.

Bajo una u otra hipótesis, la cesión del 4 de noviembre de 1916 es nula, en la primera, porque el crédito cedido ya no existía desde que, el 20 de noviembre de 1913, se extinguió en virtud del pago realizado por cuenta del vendedor; en

la segunda, porque el cedente no puede ceder un crédito que ya no le pertenece, sino que, por disposición legal (bajo la interpretación dada por la Corte al párrafo segundo del artículo 790), se ha transmitido al patrimonio del comprador subrogado, don Francisco Sanabria.

Correlativamente, en noviembre de 1916, don Francisco podría haber adquirido mal por cesión un crédito que, por disposición de ley, ya había adquirido desde 1913.

La Corte procuró disimular la inconsistencia, al señalar que la cesión “*se otorgó para asegurar o formalizar de manera inscribible la adquisición que legalmente había obtenido el comprador*”.

En tal caso, lo procedente era otorgar una escritura de traspaso en virtud de haber acaecido un pago con subrogación legal, no un contrato de cesión. La cesión y la subrogación son vehículos traslativos diferentes, recíprocamente excluyentes.

Más adelante, en el considerando undécimo, la Corte de Casación señaló:

*“[...] que, aplicado por el adquirente el precio del inmueble al pago del crédito hipotecario, la deuda y la respectiva garantía quedaban subsistentes en su beneficio (artículo 790, inciso segundo, del Código Civil); que rescindido como fue el contrato posteriormente, el acreedor primitivo pudo convenir en la cesión de sus derechos en vez de devolver el dinero recibido en pago, con sus intereses.*”

Esta tesis, diferente a la anteriormente planteada sobre el carácter meramente instrumental de la cesión, alude a que, por haberse rescindido la compraventa por *mutuus disensus*, había quedado sin efecto la subrogación, y el crédito había retornado al patrimonio de don Arnoldo André,

quien, ahora como dueño, estaba legitimado para cederlo al señor Francisco Sanabria, a cambio de la suma recibida.

Implícitamente, se admite que el pago cambió de causa: lo que fue el pago del débito hipotecario ahora viene a ser el precio de una cesión onerosa del crédito hipotecario.

Esta tesis es quebradiza, pues, para la fecha de la cesión de la hipoteca (4 de noviembre de 1916), aún no se había concertado la rescisión de la compraventa por parte de los hermanos Sanabria Coto, la cual se suscribió el 17 de febrero de 1917.

Por consiguiente, resulta claro que, para el día de la cesión, el cedente, don Arnoldo André, no era titular del crédito cedido (aun admitiendo la subsistencia de este).

En la escritura del 17 de febrero de 1917, los hermanos Sanabria Coto rescindieron la compraventa. De tal forma, ya el señor Francisco Sanabria no podía invocar más la subrogación legal que la ley estatuye a favor del comprador del inmueble hipotecado.

Habiéndose revertido la subrogación, si el crédito hipotecario subsistía, retornaba al patrimonio de acreedor original Arnoldo André. Sin embargo, este ya había recibido el pago total de la obligación garantizada, de manos de un tercero, distinto del deudor y sin derecho a subrogación.

El tercero pagador que no tenía derecho a la subrogación legal, ni negoció una subrogación convencional debía conformarse con las acciones de regreso basadas en otras causas (p. ej. una acción de restitución cuasicontractual).

El pago efectuado por un tercero sin derecho a subrogación extingue la obligación (salvo que se establezca que se trató de un pago indebido, lo cual no se adujo en el caso bajo estudio).

Cabe observar, finalmente, que el acreedor hipotecario original, don Arnoldo André, nunca revocó el negocio jurídico por él concertado en la escritura pública del 20 de noviembre 1913, en virtud del cual canceló totalmente la hipoteca, por haber recibido capital e intereses.

Una veta adicional de análisis que emerge *a fortiori* en los fallos dictado en el caso es el concerniente a la publicidad registral de los derechos reales. El juzgado de primera instancia consideró que la cancelación hipotecaria no inscrita no producía efectos frente a terceros, incluido el actor. El tribunal de segunda instancia, por su parte, consideró:

*Que, además, apareciendo del Registro Público de Hipotecas que el crédito relacionado fue cedido por quien tenía derecho para ello, la inscripción de ese contrato perjudica aun a terceros, sin que se pueda invalidar, aunque llegare a amularse o a resolverse el derecho del otorgante (artículos 455 y 456, Código Civil). [La Sala de Casación consideró]: Que los artículos 456 y 457 del mismo código no resultan infringidos en el fallo, siendo así que en la fecha en que se decretó el embargo y cuando éste y el respectivo decreto fueron anotados, constaba en el Registro la existencia del crédito hipotecario y que, según queda expuesto, el pago realizado por el comprador no extinguió la deuda.*

Los títulos no sujetos a inscripción, como la cancelación hipotecaria, no perjudican a tercero, conforme a lo establecido en el artículo 455 del Código Civil. Sin embargo, sí pueden beneficiar a una clase de terceros, como lo son los acreedores de alguna de las partes. Cabe recordar que, conforme a lo preceptuado en el artículo 715 del mismo Código, “los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones del deudor”, como, por ejemplo, instar la cancelación de una hipoteca

que fue pagada por un tercero sin derecho de subrogación.

Cabe recordar que, en primera instancia, el deudor hipotecario, don Napoleón, quedó liberado de su obligación personal frente al acreedor hipotecario, don Arnoldo, pues el pago se realizó con recursos que le pertenecían a él como acreedor del precio de venta. En ese primer momento, lo que don Francisco pudo haberse subrogado era la garantía hipotecaria, como obligación real autónoma.

Sin embargo, al haberse rescindido la venta, el tercero pagador, don Francisco, dejó de calificar como comprador, por lo que perdió el derecho de subrogación consagrado en el inciso segundo del artículo 790 del Código Civil. Por consiguiente, la hipoteca quedó extinta, por virtud de la regla *accessorium sequitur principale* consagrada en el artículo 424 del Código Civil: *“La hipoteca se extingue con la obligación principal”*.

Don Alberto Brenes Calvo estaba en todo su derecho para ejercer, por vía oblicua, el derecho que su deudor, don Napoleón, se había negado a ejercer, de instar la cancelación de la hipoteca.

La acción oblicua, como la pauliana, forma parte de los remedios que la ley le ofrece al acreedor común a los fines de la coercibilidad y la defensa de su crédito, en atención al principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 981 del Código, conforme al cual *“todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas”*.

También don Alberto Brenes Calvo estaba perfectamente legitimado para instar la declaratoria de nulidad absoluta de la cesión de la

hipoteca, no solo en virtud de la acción oblicua, sino porque ese tipo de nulidad puede alegarse *“por todo el que tenga interés en ella”*, ex artículo 837 del Código Civil: tenía, como acreedor, interés legítimo en remover los intereses rivales que opusieran obstáculo a la satisfacción plena de su crédito original y del crédito indemnizatorio surgido a raíz de la concertación de un negocio nulo.

Los argumentos de la Sala de Apelaciones, en el sentido de que *“[...] el crédito relacionado fue cedido por quien tenía derecho para ello”* y que *“la inscripción de ese contrato perjudica aun a terceros, sin que se pueda invalidar, aunque llegare a anularse o a resolverse el derecho del otorgante (artículos 455 y 456, Código Civil)”*, habrían sido válidos para proteger a un tercero de buena fe, no a la parte del contrato nulo, como lo fue don Francisco.

Finalmente, la tesis de la Sala de Casación de que *“el pago efectuado por el comprador no extinguió la deuda”* se desmorona al recordar que el pago efectuado por el comprador produjo un doble efecto liberatorio: de la obligación del comprador don Francisco vis-à-vis al vendedor don Napoleón; y de la obligación de don Napoleón frente al acreedor hipotecario don Arnoldo. Por consiguiente, no es cierta la aserción de que el pago efectuado por el comprador no extinguió la deuda.

Me parece, en conclusión, que la demanda establecida por el actor don Alberto Brenes Calvo, hace ya más de un siglo, merecía mejor suerte: la hipoteca estaba cancelada, y la cesión era nula. La discusión, en todo caso, permanece abierta y vigente, palpitante a la espera de mejores luces.

## **Comentario por el Dr. Luis Baudrit Carrillo**

Estimado D. Federico:

Trato de cumplir con lo ofrecido.

Le agradezco que me hubiera enviado este interesante estudio. Me gusta mucho que se analicen los fallos antiguos de los tribunales. Nuestros antiguos jueces nos siguen dando muchas lecciones. Estos viejos precedentes judiciales resultan menospreciados por muchos de los “aplicadores” del derecho actual. Solo les interesa la jurisprudencia (que muchas veces no es tal, sino una única resolución aislada o con frecuencia está referida a extractos sacados de contexto o a arbitrarios recortes acomodaticios) no ya de los altos tribunales del país, sino solo de “la sala” que mucho abarca y poco aprieta. En este asunto, nuestros viejos jueces parecieran haberse equivocado.

Me arriesgo a hacer los siguientes comentarios, espero que con algún orden y coherencia.

La subrogación a la que se refiere el inciso segundo del artículo 790 del Código Civil tiene efectos muy peculiares. Por una parte, opera de pleno derecho, es decir, sin necesidad de que el acreedor consienta. Pero, por otra, no opera totalmente. Es decir, el acreedor original no pasa a ser sustituido por el subrogatario en todos sus derechos, acciones y privilegios.

El comprador que se reserva el precio, total o parcialmente, para pagar hipotecas a las que el inmueble estuviera afecto, se subroga en los derechos del acreedor (de primer grado, como sería lo más lógico). El dinero destinado a pagar el precio de la compraventa no es entregado al vendedor, sino que el comprador lo reserva para pagar la o las hipotecas que gravan la finca.

Esta subrogación supone dos actos: la compraventa y el pago de la hipoteca. Aunque la hipoteca pueda ser cancelada con posterioridad, no hay inconveniente de que ambos actos se realicen en una misma escritura pública. La subrogación es consecuencia de este singular pago que está precedido al menos teóricamente por la celebración de la compraventa.

La subrogación operada no es total. El comprador, luego de pagar la obligación hipotecaria, sustituye al acreedor hipotecario, pero carece de acción contra el deudor hipotecario (ya fuera el propietario vendedor, o ya fuera un tercero a favor de quien el propietario hubiera consentido en la constitución de la hipoteca). Al ser pagada la obligación hipotecaria, el deudor queda liberado de la deuda.

El acreedor subrogatario no puede demandar al deudor hipotecario: no tiene un derecho de crédito contra él. No hay deuda, no hay deudor, no hay acreedor. Solo existe un acreedor-hipotecario: titular de un derecho de hipoteca únicamente oponible a otros acreedores.

Este derecho de solo garantía hipotecaria subsiste muy excepcionalmente. Si el acreedor hipotecario adquiere la finca hipotecada, se extingue la hipoteca. Igual ocurriría si el usufructuario adquiere la nuda propiedad, o si el propietario del fundo sirviente adquiere el dominante y reúne ambas fincas.

A pesar de que no existe una relación obligatoria, el gravamen hipotecario subsiste, pero resulta oponible únicamente a otros acreedores hipotecarios de grado inferior, o a otros acreedores quirografarios, embargantes de la finca con posterioridad a la constitución de la primera hipoteca. No había pensado yo en la intervención de estos últimos. Si estos otros acreedores no existieran, no tendría sentido la subrogación.

De modo muy singular, el derecho real de garantía subsiste (solo para resultar oponible a otros acreedores), no obstante al haberse extinguido el vínculo obligatorio garantizado. Es un caso semejante al de la hipoteca de cédulas que usted menciona. Se trata de una garantía hipotecaria que podría no estar garantizando una obligación actual y, sin embargo, constituye un gravamen real sobre la finca.

Se trata de una situación de carácter excepcional. El pago extingue la obligación, salvo que opere una subrogación. El código no exige una prueba especial, una escritura pública, como sí lo hace al regular la subrogación hecha por iniciativa del deudor (a favor del prestamista). Pero la prueba de la subrogación le corresponde al comprador del inmueble y, en cualquier caso, tendría que quedar inscrita en el Registro para afectar a terceros, lo cual obliga al otorgamiento de escritura pública.

Es preciso que conste fehacientemente la forma como se reputa pagado el precio de la compraventa, reservándose el adquirente para pagar la obligación hipotecaria, lo mismo que, al efectuarse este último, debe declararse el origen del dinero. La escritura en cuanto al gravamen hipotecario no puede ser de cancelación, sino de subrogación, conforme a lo regulado por el inciso segundo del 790.

En el caso analizado en estrados, D. Napoleón vendió por 450 colones y manifestó que recibió el precio en su totalidad. D. Arnoldo, acreedor, recibió todo el capital más intereses y canceló la hipoteca.

No hubo reserva de dinero. No se declaró que el pago de la obligación hipotecaria fue hecho con el dinero reservado. El inciso segundo no resulta aplicable.

La compraventa fue rescindida, y la cancelación hipotecaria se substituyó por una cesión del crédito. Desde que la obligación fue pagada, el gravamen hipotecario quedó implícitamente cancelado. El acreedor tercero, embargante, independientemente de la cuestión de la publicidad registral, no podría resultar perjudicado por la cesación o revocación de los efectos de la cancelación hipotecaria.

La interpretación hecha por los tribunales resulta muy forzada y contraviene las disposiciones del Código Civil.

Reciba un cordial saludo,  
Luis Baudrit

### **Bibliografía**

**COLIN/CAPITANT:** Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo III, Teoría General de las Obligaciones, traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Reus, Madrid, 1960

**GHESTIN, BILLIAU, LOISSEAU :** Le régime des créances et des dettes. En : Traité de droit civil (dir. Jacques GHESTIN), L.G.D.J., Paris, 2005, no 365

**PLANIOL/RIPERT:** Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Traducción por Mario Díaz Cruz, Tomo Séptimo, 1945, Cultural S. A., Habana

**SALA DE CASACIÓN,** 2 y 35 p.m. del 18 de mayo de 1918



---

*El Bicentenario de  
la Independencia  
y la Emisión del  
Pacto de Concordia*

---



# LOS RETOS DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN EL BICENTENARIO DE NUESTRA INDEPENDENCIA

*Dr. Fernando Cruz Castro\**

## RESUMEN

En el marco de la conmemoración de bicentenario de nuestra independencia y de la promulgación del Pacto de Concordia, el cual es considerado el primer documento constitucional de nuestra historia, el presente estudio quiere descartar los orígenes de la función judicial en este instrumento normativo, así como los antecedentes históricos de la creación de la Corte Suprema de Justicia y, por ende, del Poder Judicial. Posteriormente, se analizarán los principales retos y desafíos que enfrenta a futuro la independencia judicial como pilar de nuestra democracia.

**Palabras claves:** independencia judicial, Poder Judicial, Pacto de Concordia, Corte Suprema de Justicia.

## ABSTRACT

In the framework of the commemoration of the bicentennial of our independence and the promulgation of the “Pacto de Concordia”, which is considered the first constitutional document in our history, this study wants to rule out the origins of the judicial function in this normative instrument, as well as the historical antecedents of the creation of the Supreme Court of Justice, and therefore, of the Judicial Power. Subsequently, the main challenges and challenges facing judicial independence as a pillar of our democracy will be analyzed in the future.

**Keywords:** judicial independence, Judicial Power, Pacto de Concordia, Supreme Court of Justice.

Recibido 7 de diciembre de 2021

Aprobado 8 de diciembre de 2021

---

\* Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, magistrado de la Sala Constitucional, doctor en Derecho Penal por la Universidad Complutense de Madrid. Realizó estudios de posgrado en Criminología, Instituto de Criminología, Universidad Complutense. Es bachiller y egresado de la Escuela de Ciencias Políticas de la Universidad de Costa Rica, ex presidente del Tribunal de Casación Penal. Fue fiscal general del Ministerio Público (1983-1986). Es profesor de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

**Sumario:** 1. Introducción. – 2. El Pacto de Concordia de 1821: primer documento constitucional de nuestra historia independiente. – 3. La función judicial en el Pacto de Concordia. Las juntas superiores gubernativas y las funciones judiciales. – 4. La creación de la Corte Suprema de Justicia en 1825. – 5. Los retos y desafíos de la independencia judicial en el bicentenario de nuestra independencia. – 6. Conclusiones. – 7. Bibliografía.

## 1. Introducción

El 1° de diciembre de 1821, se promulgó el Pacto Social Fundamental Interino de la Provincia de Costa Rica, comúnmente conocido como el Pacto de Concordia, considerado el primer documento constitucional de nuestra historia independiente. El texto del Pacto de Concordia tuvo como inspiración la Constitución de Cádiz de 1812<sup>1</sup>. Este instrumento entró en vigencia el 1 de diciembre de 1821 y fue clave en el desarrollo de la vida política de Costa Rica, pues representó la unión entre las cuatro ciudades principales del período: Cartago, San José, Alajuela y Heredia. Además, constituyó una nueva etapa de paz, pues inició la organización y administración del nuevo Estado de Costa Rica.

En el marco de la conmemoración de bicentenario de nuestra independencia y de la promulgación del Pacto de Concordia, el presente estudio quiere descartar los orígenes de la función

judicial en este instrumento normativo, así como los antecedentes históricos de la creación de la Corte Suprema de Justicia y, por ende, del Poder Judicial. Posteriormente, se analizarán los principales retos y desafíos que enfrenta a futuro la independencia judicial como pilar de nuestra democracia.

## 2. El Pacto de Concordia de 1821: primer documento constitucional de nuestra historia independiente

Aunque la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica, al proclamar la separación de España, había dispuesto que continuaran en funciones las autoridades en ese entonces existentes, los ayuntamientos del Partido de Costa Rica optaron por convocar una junta de legados de los pueblos, la cual se reunió en Cartago, el 12 de noviembre de 1821 y, desde el inicio de sus labores, asumió las características de una asamblea constituyente.

El 1° de diciembre de 1821, esta asamblea emitió una constitución provisional denominada Pacto Social Fundamental Interino de la Provincia de Costa Rica o Pacto de Concordia, en la cual se estableció un sistema de gobierno por juntas elegidas popularmente, mientras se decidía a cuál Estado se uniría Costa Rica<sup>2</sup>. Al entrar en vigor provisionalmente el Pacto de Concordia, concluyeron las sesiones de la Junta de Legados de los Pueblos, y asumió el poder una junta gubernativa interina, presidida por el presbítero Pedro José de Alvarado y Baeza<sup>3</sup>.

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

Sáenz Carbonell Jorge Francisco. (2016). *Elementos de historia general y nacional del derecho*. San José: Editorial Isolma, 1ª. ed., p. 247.

2 Sáenz Carbonell Jorge Francisco. (1985). *El despertar constitucional de Costa Rica*. San José, Asociación Libro Libre, 1ª. ed., pp. 150-155.

3 Sáenz Carbonell Jorge Francisco. *Los abogados en la formación y consolidación del Estado costarricense*, p. 211. En *Juristas de la independencia*. Pérez Collados, José María y Rodríguez Barbosa, Samuel. (2012). Editorial Marcial Pons.

Nuestra vida republicana inició con la promulgación del “Pacto de Concordia”, considerado el primer documento constitucional de Costa Rica. En este instrumento, se determinó que Costa Rica era libre y también se reconocieron la libertad civil, la propiedad y otros derechos naturales y legítimos de toda persona y de cualquiera pueblo o nación. Además, se estableció el gobierno en una junta superior gubernativa.

No entraré en el análisis político sobre la vigencia efectiva de pacto fundamental; sin embargo, fue un gran paso definir un pacto de derechos y deberes.

El texto del Pacto de Concordia tuvo como inspiración la Constitución de Cádiz de 1812<sup>4</sup>. Este instrumento entró en vigencia el 1 de diciembre de 1821 y fue clave en el desarrollo de la vida política de Costa Rica, pues representó la unión entre las cuatro ciudades principales del período: Cartago, San José, Alajuela y Heredia. Además, es un marco normativo que define una nueva etapa de paz, pues inició la organización y la administración del nuevo Estado de Costa Rica.

El nombre de Pacto Social Interino de la Provincia de Costa Rica es muy específico; Pacto, porque pactaron los pueblos y sus representantes; Social, porque se reconocieron los derechos naturales de sus habitantes; Fundamental, por ser indiscutiblemente la base para la organización de la provincia; Interino, porque se estaba en una etapa de transición y se tenía plena conciencia de que la situación política de la provincia cambiaría, como efectivamente sucedió.

Así el Pacto constituyó el primer esfuerzo hecho por los costarricenses para darse su propia organización. Los hombres que lo estructuraron estaban conscientes de que era imperioso darle a la provincia un gobierno propio interno<sup>5</sup>. Es importante destacar que su legitimidad proviene de un pacto entre iguales; es el poder de los ciudadanos el que define su estatuto fundamental, no fue la imposición de un “iluminado” o de un ejército.

El Pacto estaba compuesto por 58 artículos distribuidos en 7 capítulos, los cuales trataban los siguientes temas: la provincia, la ciudadanía y el Gobierno, el proceso de elección de los miembros del Gobierno, el órgano de Gobierno, las facultades y las restricciones a esa instancia.

Así, a escasos mes y medio de la declaratoria de independencia, en Costa Rica se redactó un documento por medio del cual se organizó y evitó un vacío de poder. Esta fue su principal función<sup>6</sup>. Contiene un sustento del alma democrática.

Pasaron muchos años para que el primer documento constitucional de nuestro país no fuera una aspiración, sino que tuviera un espacio de discusión que valorara su vigencia y que controlara los poderes formales.

No tengo la menor duda de que la historia judicial de Costa Rica ha tenido una lenta evolución hacia un poder que, a pesar de que así se le denomina, le ha costado mucho adquirir la genuina condición de un poder del Estado. No basta enunciar la función y la competencia de los jueces y las juezas, se requieren garantías que aseguren la protección de un poder silencioso

4 Sáenz Carbonell Jorge Francisco. (2016). *Elementos de historia general y nacional del derecho*. San José Editorial Isolma, 1ª ed., p. 247.

5 Quesada Obregón Clotilde. (2007). *Las constituciones de Costa Rica*. San José: Editorial Universidad de Costa Rica (UCR), 1ª ed., p. 13.

6 Quesada Obregón Clotilde. *Las constituciones de Costa Rica*, p. 14.

como la judicatura, incluyendo la función de la magistratura requirente: el Ministerio Público.

### **3. La función judicial en el Pacto de Concordia. Las juntas superiores gubernativas y las funciones judiciales**

El 10 de enero de 1822, le realizaron al Pacto de Concordia algunas reformas por una segunda Asamblea Constituyente denominada Junta de Electores, la cual dispuso que la Junta Superior Gubernativa asumiría las funciones que antes le correspondían a la Audiencia de Guatemala en lo protectivo, pero no en lo judicial. Esto significaba que la Junta de Electores debía velar por la pronta y recta administración de justicia y debía conocer de los recursos de agravio y fuerza. Pero no podría conocer de los recursos de apelación y de súplica ni ejercer las demás funciones que en materia judicial le habían correspondido a la audiencia<sup>7</sup>.

Las disposiciones constitucionales de 1821 relativas a la función judicial eran las siguientes:

*Capítulo 6° De la instalación de la Junta y de sus facultades. Art. 24.- La Junta reasumirá la autoridad superior de capitanía y superintendencia general, mando político, diputación provincial y de audiencia, en cuanto a lo protectivo, no en lo judicial. Art. 41.- En lo judicial, la Junta, como tribunal de protección únicamente, hará que los jueces administren pronta y rectamente justicia conforme a la Constitución española y leyes existentes, singularmente la de 9 de octubre de 1812. Art. 42.- Para que no haya lesión ni atraso en la administración de justicia, la Junta determinará las competencias de jurisdicción y los recursos de agravio y de*

*fuerza. Art. 43.- En los casos que litigue un pueblo con otro, o un particular como actor contra un pueblo, la Junta señalará el juez constitucional inmediato que como imparcial deba conocer en la causa. Art. 44.- Para los casos de apelación en grados de segunda instancia, por no poder establecer por ahora la provincia un tribunal competente, inter que lo hay se observará: 1°.- Que en lo criminal, la sentencia de pena grave, como destierro, mutilación o cosa semejante, quede suspensa y custodiado el reo, considerándose la detención en parte de la condena; más si la sentencia recayere por atentarse contra el Gobierno de la provincia o la Independencia americana, se ejecutará con previo conocimiento de la Junta, y también, en todo caso, las penas correccionales o no afflictivas gravemente. 2°.- Que en lo civil, si la apelación tuviere lugar en ambos efectos, afiance la parte de quien o contra quien se reclame, y si en uno solo, la parte recipiente.*

Es importante resaltar que la regulación de la función judicial en el Pacto de Concordia correspondía a lo que la Constitución de Cádiz establecía. Además, en esa normativa, es interesante cómo se reconocía el derecho a una justicia pronta y cumplida, se establecía el concepto de administración de justicia, y que la junta determinaba las competencias de jurisdicción y los recursos de agravio y fuerza.

Por otra parte, se hace referencia al derecho a una segunda instancia y sus implicaciones en el ámbito penal y civil. Esto reconoce las bases de nuestro modelo de administración de justicia, el tema de la justicia pronta y cumplida, el reto y preocupación del sistema judicial hasta nuestros días.

7 Sáenz Carbonell Jorge Francisco y Masís Pinto Mauricio. (2006). *Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*. Corte Suprema de Justicia, p. 7.

Es importante señalar que en esa época no existían abogados en nuestro país. El único era Rafael Barroeta Castilla, quien era salvadoreño.

Durante la época absolutista, la situación general de la educación y la cultura en Costa Rica fue tan deplorable como la económica. No existió ningún establecimiento de enseñanza secundaria o superior, por lo que se careció en absoluto de oportunidades para el estudio formal de las leyes. Tampoco hubo biblioteca pública, y la imprenta no se introdujo hasta años después de la independencia, en 1930.

Esta situación de extrema pobreza y subdesarrollo económico e intelectual hizo que el abogado fuera una figura prácticamente ausente del todo en Costa Rica durante la dominación castellana, al contrario de lo que ocurrió en otras regiones de las Indias<sup>8</sup>.

En la sociedad costarricense de esa época, el conocimiento del derecho fue básicamente un saber popular y de experiencia, y la actividad forense estuvo en manos de empíricos de formación autodidacta que se ocupaban de negocios jurídicos, actuaban ocasionalmente como apoderados y llevaban casos ante los alcaldes<sup>9</sup>.

Los primeros abogados que se establecieron en forma permanente en Costa Rica fueron los licenciados Rafael Borroeta Castilla y Aguin Gutiérrez Lizaurzábal. Barroeta había nacido en San Miguel de El Salvador, era abogado de número de la Real Audiencia y arribó a Bagaces en 1805. Gutiérrez Lizaurzábal nació en la

Antigua Guatemala y, como Barroeta, estudió en la Universidad de San Carlos de Guatemala. Cuando decidió pasar a vivir a Costa Rica, primero vivió en su hacienda de Santa Rosa y luego en el Valle Central, llegó a Cartago en abril de 1824 y murió en San José en 1843<sup>10</sup>.

Junto a ellos tenemos a los primeros dos costarricenses que estudiaron leyes en la Universidad de San Ramón de León de Nicaragua: Manuel Aguilar Chacón y Braulio Carrillo Colina. El primero regresó al país en agosto de 1824, y el segundo, un año después. Lo anterior dificultó la conformación de la Corte Suprema de Justicia, tal y como veremos a continuación.

Posteriormente, en nuestra historia constitucional, se promulgó el Primer Estatuto Político en marzo de 1823; el Segundo Estatuto Político, en mayo de 1823, y la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, en 1825, donde se creó la Corte Superior de Justicia.

#### **4. La creación de la Corte Suprema de Justicia en 1825**

El 24 de septiembre de 1824, mediante decreto V, la Asamblea Nacional Constituyente dispuso la división del Estado en tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, tan importantes para la democracia y el equilibrio de poderes. El mencionado decreto constituyó el primer documento patrio donde se fijó la manera en que se dividió el Supremo Poder, el Estado y, por ende, el establecimiento del Poder Judicial<sup>11</sup>.

8 Sáenz Carbonell Jorge Francisco. *Los abogados en la formación y consolidación del Estado costarricense*, p. 205. En *Juristas de la independencia*. (2012). Pérez Collados, José María y Rodrigues Barbosa, Samuel. Editorial Marcial Pons,

9 Sáenz Carbonell Jorge Francisco. (Mayo-agosto de 1999). El primer abogado costarricense y la última gran obra del derecho indiano, p. 149. En *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 90, San José.

10 Quesada Obregón Clotilde. *Las constituciones de Costa Rica*, p. XX.

11 Mora Luis Paulino. (2001). *Historia del Poder Judicial en la segunda mitad del siglo XX y sus retos futuros*. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, pp. 2-3.

Esa trilogía de poderes, que no debe ser una formalidad, es una división que debe convertirse en vivencia real, especialmente para el poder jurisdiccional, tal y como lo prevé el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1798, el cual determinó: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.

De los tres poderes, el judicial es el más débil. Se le da un lugar en los discursos y en las proclamas, pero en la realidad, en el escenario del poder real, su papel puede ser de segundo orden. Uno de los factores de su debilidad es la forma en que se eligen los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, así como su financiación.

En la rama judicial, según lo define la Constitución de 1824, el poder residiría en una Corte Suprema de Justicia que se elegiría popularmente.

Sin embargo, no es hasta el 25 de enero de 1825, con la “Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica”, cuando la idea de creación de un Poder Judicial se concreta constitucionalmente, al establecerse, en el artículo 87 de esa Constitución, las bases del naciente poder, atribuyendo su ejercicio a una “Corte Superior de Justicia” compuesta por tres magistrados y por los tribunales y juzgados establecidos por ley<sup>12</sup>.

Además, el artículo 88 de la ley en cuestión determinó que los magistrados eran electos popularmente. Esta instancia, de apariencia poderosa, dependía totalmente de la voluntad de los otros poderes. Pasaron muchas décadas para que lo judicial fuera un poder del Estado.

Al respecto, en la Ley Fundamental de 1825, llama la atención la creación de cuatro poderes: legislativo, ejecutivo, judicial y conservador, fundamentales para estructurar un Estado basado en el equilibrio de estos, tal y como lo planteó Montesquieu, pero agregándole un poder más, el poder conservador, que velaba por la constitucionalidad de las leyes<sup>13</sup>.

No siempre la interpretación constitucional asume un visión conservadora, pero es lo que muchas veces se espera de ella. Sin embargo, en este contexto, no existía una instancia judicial con poder que interpretara la Constitución.

El 1° de octubre de 1826, se instaló solemnemente la primera Corte Suprema de Justicia que funcionó en sus inicios con recursos muy limitados. Incluso, en varias oportunidades, llegó a desaparecer por falta de integrantes, porque en el Estado había muy pocos profesionales en Derecho; de ellos casi ninguno estaba dispuesto a desempeñar funciones en el alto tribunal, y ni siquiera entre los legos en derecho, era fácil encontrar quien aceptara.

Esta reticencia se debía especialmente a las magras remuneraciones y lo arduo y elevado de las responsabilidades que conllevaba la magistratura, así como a las numerosas acusaciones que se planteaban contra los magistrados, a veces por insignificancias y majaderías<sup>14</sup>.

Para que exista una institucionalidad judicial con relevancia política, los funcionarios judiciales deben recibir una remuneración acorde con sus responsabilidades y su experiencia. Los salarios de jueces y funcionarios judiciales se mantuvieron

12 Esquivel Salas Hernán. Esbozo histórico de la Corte Suprema de Justicia, pp. 2 y 3. En suplemento del Diario Oficial *La Gaceta*, San José, año IV.

13 Quesada Obregón Clotilde. *Las Constituciones de Costa Rica*, p. XX.

14 Sáenz Carbonell Jorge Francisco. *Los abogados en la formación y consolidación del Estado costarricense*, p. 225.

en niveles lamentables hasta que, a mediados del siglo veinte, se dotó al Poder Judicial de un seis por ciento de los ingresos ordinarios del Estado (art. 177 de la Constitución). Antes de eso, los salarios y recursos del Poder Judicial eran exiguos.

La primera elección de los integrantes de la Corte era sumamente lenta y difícil. Para empezar, en el Estado había pocos abogados y, dadas las limitaciones presupuestarias, era previsible que las remuneraciones asignadas a los miembros del supremo tribunal resultaran poco atractivas<sup>15</sup>. Además, la Ley Fundamental exigía mayoría absoluta de votos para declarar una elección y, en caso contrario, la Asamblea legislativa debía escoger entre aquellos que hubieran recibido sufragios, independientemente de su número.

El 6 de abril de 1825, cuando la Asamblea abrió los pliegos de votación, resultó que únicamente para el cargo de primer magistrado suplente hubo mayoría absoluta de votos, a favor del licenciado don Agustín Gutiérrez y Lizaurzábal. Para los demás cargos fue necesario que la Asamblea Constituyente realizara la elección, el 7 de abril de 1825. Como presidente y fiscal fueron escogidos los abogados nicaragüenses, don Manuel Barberena y don Filadelfo Benavente; como primer magistrado, don Nicolás Carazo y Alvarado; como segundo magistrado, don Francisco Madriz García; como tercer magistrado, don Cruz Alvarado, y como segundo magistrado suplente, don Camilo Mora y Alvarado<sup>16</sup>. En la prioridad de gastos e inversión, el sistema judicial tendió a ocupar los últimos lugares.

La Asamblea Legislativa inauguró sus sesiones el 14 de abril de 1825. En la misma fecha, el jefe

supremo de Estado, don Juan Mora Fernández, inició su período constitucional. La Corte Superior de Justicia no pudo ser instalada, pues aunque se juramentaron algunas de las personas elegidas para integrarla, su número resultaba insuficiente y, en todo caso, era necesario esperar que llegaran de Nicaragua el presidente y el fiscal electos, don Manuel Barberena y don Filadelfo Benavente. Sin embargo, ambos se excusaron de admitir los cargos, y el 2 de julio de 1825, la Asamblea Legislativa tuvo que convocar a elecciones para reemplazarlos.

El 1° de agosto, en vista de que ninguno de los postulados había tenido mayoría absoluta, la cámara designó como presidente al abogado nicaragüense, don José Simeón Guerrero de Arcos y Cervantes y, como fiscal, a su colega y coterráneo don Narciso Mayorga<sup>17</sup>.

El 1° de octubre de 1826, el presidente de la Asamblea Legislativa, don Pedro Zeledón Mora, juramentó al presidente electo de la Corte Superior de Justicia, don José Simeón Guerrero de Arcos y Cervantes, y pudo instalarse el alto tribunal. Además del licenciado Guerrero de Arcos, el segundo magistrado propietario, don Francisco Madriz García y el segundo suplente, don Camilo Mora y Alvarado asistieron a la sesión inaugural<sup>18</sup>. En medio de la pobreza y limitados recursos, el papel del sistema judicial era de poca trascendencia.

Ante las frecuentes dificultades para integrar adecuadamente la Corte Superior de Justicia, en repetidas ocasiones, fue necesario modificar las normas constitucionales y legales relativas a los requisitos para ser magistrado y la organización de la Corte. Véanse, por ejemplo, las reformas

15 Sáenz Carbonell Jorge Francisco y Masís Pinto Mauricio. *Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, p. 22.

16 *Ibid.*

17 Sáenz Carbonell Jorge Francisco y Masís Pinto Mauricio. *Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, p. 22.

18 *Ibid.*, p. 23.

sufridas entre 1827 y 1838 por el artículo 90 de la Ley Fundamental, relativo a los requisitos de la magistratura<sup>19</sup>.

A pesar de estas y otras reformas, durante sus primeros veinte años de vida, la Corte se desintegró con frecuencia y, a ello, contribuyeron además las agitaciones políticas que sufrió el Estado entre 1835 y 1846.

En esos dos decenios, la Corte dejó de funcionar por completo en cinco ocasiones: de octubre de 1827 a marzo de 1829, de agosto a octubre de 1832, de abril a agosto de 1842, de septiembre de 1842 a junio de 1843 y de noviembre de 1844 a febrero de 1845<sup>20</sup>. Bien se aprecia que, en muchas ocasiones, se puede prescindir del Poder Judicial. Se requieren garantías constitucionales y económicas que permitan constituir un sistema judicial con poder real y con presencia institucional efectiva.

Así ha pasado, en muchas ocasiones, que evidencian las dificultades con las que surgió el Poder Judicial, es posible que el poder de las personas juzgadoras sea débil, casi inexistente. Esa es una amenaza constante sobre la democracia y la vigencia de la Constitución. Este es un buen ejemplo, puede desaparecer, y el poder se sigue ejerciendo, como corresponde.

## **5. Los retos y desafíos de la independencia judicial en el bicentenario de nuestra independencia**

La independencia judicial es un principio fundamental de la democracia, el cual asegura la separación de poderes y la existencia de un Estado constitucional de derecho. No obstante, en

nuestra región, se le considera como una garantía de segundo orden de la democracia.

Un viejo texto de Montesquieu no ha perdido vigencia, sigue definiendo lo que debe ser la independencia de poderes y la independencia judicial, un binomio inseparable dentro del ideario de la democracia. En este sentido indicó:

*No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podrá disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones pública y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares<sup>21</sup>.*

La independencia judicial debe ser considerada por toda la ciudadanía como una garantía de que los procesos judiciales serán resueltos libres de influencias internas y externas, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. Es un pilar para evitar las dictaduras, las blandas, las disimuladas y las desenfadadas. Esta necesidad y visión no es, en muchas ocasiones, incorporada a la conciencia ciudadana.

Nuestra Constitución Política, promulgada en noviembre de 1949, reconoce como uno de sus principios fundamentales la “independencia judicial”, en el espíritu indicado por don José Figueres Ferrer en su discurso durante el Desfile de la Victoria en 1948, cuando señaló:

19 Sáenz Carbonell Jorge Francisco. *Los abogados en la formación y consolidación del Estado costarricense*, p. 225.

20 Sáenz Carbonell Jorge Francisco. *Los abogados en la formación y consolidación del Estado costarricense*, p. 226.

21 Citado por Norberto Bobbio. (1997). *Las teorías de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 136.

*[...] En primer lugar nosotros debemos ver que no se sacrifique nada, en la Segunda República, de lo mucho bueno que tuvo la primera. Muy en especial debemos heredar dos joyas preciosas de igual valor; el derecho del sufragio electoral y a la independencia del Poder Judicial. Esas dos prendas tienen entre sí la relación curiosa de que cuando un país se degenera, la del sufragio es la primera que se pierde. La otra, la majestad de la justicia, tras un largo proceso de derrumbe de valores, viene a ser la última perdida<sup>22</sup>.*

Pocas veces un líder de una revolución triunfante señala que la judicatura, en sentido amplio, es una prioridad. La independencia judicial debe ser considerada por toda la ciudadanía como una garantía de que los procesos judiciales serán resueltos, libres de influencias internas y externas, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. Sobre este principio y derecho fundamental descansan la legitimidad del juez y la imparcialidad de la decisión judicial, así lo percibió el líder de la revolución triunfante.

La democracia tiene como uno de sus pilares fundamentales la independencia judicial, pero nos encontramos en una coyuntura particularmente compleja donde la independencia de la jurisdicción tiende a ser frágil, tal y como lo evidencian las realidades en América Latina y en Europa.

Desde el poder del Ejecutivo y del Parlamento, se puede triturar, someter la independencia judicial, convirtiéndola en mera formalidad, para tener en los jueces y las juezas a las marionetas que legitiman la obra escrita desde el poder y no desde la voluntad del poder ciudadano.

En nuestro ordenamiento jurídico, la independencia judicial tiene importantes desafíos en sus dimensiones interna y externa, en el marco del bicentenario de nuestra independencia, en particular el respeto de la autonomía del Poder Judicial.

La Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas promulgada en el 2018 determinó que se podía incidir en salarios y formas de organización del Poder Judicial. Esto era un primer aviso que, si bien no fue convalidado por la Sala Constitucional, no tengo duda de que la decisión del alto tribunal era confusa e imprecisa, pues si bien reconoció la independencia judicial y el deber de que se respetaría una serie de leyes especiales que regían al Poder Judicial como parte de su autonomía, es decir, de su organización y funcionamiento, ello no impidió que la Contraloría General de la República dictara una orden al presidente de la Corte, en la que ignoró lo dispuesto en la sentencia del tribunal constitucional.

Todavía seguimos en la confusión, ni el tribunal constitucional, a pesar de lo que resolvió, ni la Corte han podido encontrar un espacio institucional que corrigiera el quebranto que sufrió la independencia del Poder Judicial. No bastó lo que señaló la Sala Constitucional sobre la independencia de la jurisdicción. Es una muestra más de la debilidad y vulnerabilidad del Poder Judicial. A pesar de un fallo de alto rango, la voluntad de otros poderes socaba la independencia de la jurisdicción.

En su informe del 27 de octubre de 2020, el relator especial sobre la independencia de los magistrados y los abogados de Naciones Unidas (ONU) indicó en su informe que:

22 Castro Vega Óscar. (2007). *Figueres y la constituyente del 49*. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia (UNED), pp. 19 y ss.

*preocupa a esta Relatoría que en las votaciones que aprobaron la LFFP en la Asamblea Legislativa nunca se alcanzó el umbral de la mayoría calificada y los diferentes proyectos de ley fueron aprobados sin seguir un proceso de consulta amplia como lo requiere el proceso participativo democrático de formación de leyes<sup>23</sup>. [...] Preocupa, además, que por efecto de estas disposiciones legislativas se haya afectado la posibilidad del poder judicial de tomar decisiones en materia salarial y prestacional respecto de sus propios servidores, elevándose, además, la edad de jubilación y el porcentaje de contribución salarial, al mismo tiempo que se han creado nuevas deducciones precarizando las pensiones<sup>24</sup>.*

Es una voz autorizada que no se ha querido escuchar. No basta una sentencia de la Sala Constitucional, no basta un informe de una persona relatora de las Naciones Unidas. Esa es la debilidad de la judicatura.

Ha existido una estrategia que se ha desarrollado en los últimos años, por hacer pensar que los problemas fiscales del país eran responsabilidad de los funcionarios públicos y que culminaba con el Proyecto de Ley Marco de Empleo Público, el cual tenía fines meramente “fiscalistas” y en donde se determinó que un órgano del Poder Ejecutivo, el Ministerio de Planificación (MIDEPLAN), iba a ser el “macro rector” en materia de empleo público en todo el sector público, sin respetar la independencia del Poder Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de las autonomías universitarias, municipales y de la Caja Costarricense de Seguro Social.

De nuevo, las urgencias desde los poderes más activos del espectro político pueden estrujar y debilitar la independencia judicial. Pocas veces la judicatura resiste los embates del poder político.

La independencia del Poder Judicial en la determinación de los salarios de las personas funcionarias, la evaluación de su desempeño y su control disciplinario no son materias que pueden quedar bajo el control de una autoridad del Poder Ejecutivo. Desconocer esos límites no sería consonante con la voluntad de los constituyentes y con la separación de poderes en la visión de Montesquieu. Pero esta propuesta es posible porque la debilidad política de la judicatura no le garantiza su indiscutible protagonismo como poder del Estado.

Llama la atención de que este proyecto no sea consonante con las normas vigentes en los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Señalo esto porque recién nos adherimos a esa organización, cuyas prácticas y normas nos sirven de referencia para el desarrollo de nuestra democracia.

En países miembros de la OCDE, como España, existe una Ley de Empleo Público que no incursiona en el salarios de las personas juzgadoras. Reconoce en un capítulo la posibilidad de convenciones colectivas, así como elementos variables del salario acordes con criterios técnicos.

Es paradójico que hayamos ingresado a la OCDE y que, al comparar la Ley de Empleo público de un país destacado de dicha organización, no existe ninguna similitud entre la Ley de Empleo Público española y la costarricense.

23 Relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de la Organización de las Naciones Unidas. OL CRI 3/2020 del 27 de octubre de 2020, p. 6.

24 Relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de la Organización de las Naciones Unidas. OL CRI 3/2020 del 27 de octubre de 2020, p. 7.

Asimismo, en Italia se promulgó recientemente una reforma a la Ley de Empleo Público, la cual abarca únicamente a la Administración pública, respetando con ello la independencia del Poder Judicial.

En el derecho comparado, no conozco un proyecto de ley similar que tenga tanta incidencia en la separación de poderes. En este proyecto, no se utilizó una herramienta tan importante como el derecho comparado. Ya esta experiencia es parte de nuestra historia, un capítulo que evidencia la vulnerabilidad de la independencia judicial.

Las palabras de don José Figueres sobre la relevancia de la independencia judicial se debilitan con el paso del tiempo. Ya esa joya no brilla tanto como lo visualizó el líder de la revolución triunfante. Quizás han pasado muchos años.

La sentencia número 2021-17098 de la Sala Constitucional, la cual resolvió una serie de consultas legislativas presentadas contra el Proyecto de Ley Marco de Empleo Público, viene a resaltar la importancia de que se respete la “arquitectura constitucional”, en palabras de Giovanni Sartori, que el Constituyente estableció en 1949 y que ha permitido la existencia de un sistema de frenos y contrapesos. Pero la instancia constitucional bien pudo decir otra cosa, y si eso hubiera ocurrido, la autonomía judicial se habría convertido en una aspiración sin ninguna trascendencia práctica.

En particular, la sentencia resalta la importancia del principio de separación de poderes, la independencia del Poder Judicial, así como de la justicia electoral, la autonomía universitaria y de la Caja Costarricense de Seguro Social. El tema de las convenciones colectivas queda como un cabo suelto.

En este sentido, el fallo del Tribunal Constitucional determinó que el artículo 6, inciso b) del Proyecto

de Ley que crea el Sistema General de Empleo Público y de los órganos que lo componen es inconstitucional en cuanto somete al Poder Judicial y al Tribunal Supremo de Elecciones a la potestad de la dirección del Poder Ejecutivo. Esta pretensión requiere una reflexión: ¿Qué ha pasado? ¿Cómo es que en función de la disciplina fiscal, un ministerio, un representante del presidente, se convierte en el gran órgano rector de la judicatura y del poder electoral?

¿En qué quedaron aquellas voces que hablaron de restaurar el Poder Judicial después del cuarenta y ocho? ¿En qué quedaron aquellas lecciones sobre la debilidad del poder electoral? ¿De dónde salen estas directrices? Un súper ministerio borra todas las autonomías, los equilibrios de poder para ejercer un control, cuyos límites resultan imprecisos y fangosos.

No bastó la historia, no bastaron las experiencias que hemos vivido. Fácilmente podría socavarse el fundamento mismo de la independencia judicial. Esta es la historia común del poder de la judicatura, una decisión, una mayoría ponen al Poder Judicial como un poder de segundo orden, un poder contemplativo, silente.

De igual forma, el fallo señaló que el artículo 7, incisos d), g) y, p), referidos a las competencias de MIDEPLAN, son inconstitucionales porque afectan la independencia del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, en cuanto los somete a la potestad de dirección y reglamentación de MIDEPLAN, asimismo a la verificación de que si cumplen o no con el cometido de la evaluación del desempeño, correspondiendo esta última función a los poderes supracitados.

Esto no es un tema menor, en absoluto, es inquietante, ¿el Poder Ejecutivo evaluando jueces ordinarios y electorales? Y lo peor, la opinión pública mayoritaria considera que ese control es indispensable. Es triste tener que reconocer que,

en el imaginario ciudadano, la independencia judicial se visualiza como un privilegio para los y las miembros de la judicatura.

En los doscientos años de vida independiente, se pretende introducir un nuevo modelo, el gran ministerio que controlará a la mayoría de los centros de poder que la propia constitución reconoce. Claro, quedaron algunos sectores sin control, porque se rigen por las leyes de la economía, las cuales son más importantes que la división de poderes.

Por otra parte, en el fallo, se determinó que el artículo 9, párrafo segundo del inciso a), referido a las funciones de las administraciones activas, es inconstitucional, pues MIDEPLAN podría emitir directrices y reglamentos a los Departamentos de Personal y Recursos Humanos del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones.

¡Qué difícil digerir que los jueces y las juezas estén sometidos a leyes y reglamentos de la Administración!, cuando según lo determina el artículo 154 de la Constitución, la judicatura solo está sometida a la ley y no a directrices.

Se determinó que el artículo 13, inciso f), referido al Régimen General de Empleo Público era inconstitucional por lesionar la independencia de poderes, tanto respecto al Poder Judicial como al Tribunal Supremo de Elecciones. Además, se resolvió que, por las razones antes expuestas, eran inconstitucionales lo relacionado con reclutamiento y selección, el personal de alta dirección, el nombramiento y período de prueba de la alta dirección, así como el procedimiento de despido y fase recursiva.

Detrás de este proyecto, se construye, con intención o sin ella, una centralización, una

modificación de la estructura de poderes de la Constitución que no solo es la de la trilogía tradicional, es la previsión de una serie de poderes y centros de decisión a los que se pretendió dar una autonomía, con diversos matices y cuyas inconstitucionalidades fueron reconocidas por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia número 2021-17098.

Una historia sinuosa es la de la independencia judicial, a veces parece marchar hacia un poder del Estado con auténtica independencia. Empero, en otras ocasiones, regresan voces y criterios que debilitan aún más a la judicatura, reduciéndola a instancia de solución de conflictos individuales de poca relevancia política. La debilidad del Pacto de Concordia toma otro rostro, otra dimensión.

Otro de los principales retos históricos que enfrenta la independencia judicial en el marco del bicentenario de nuestra vida independiente proviene de la forma en que se elige a los magistrados y las magistradas, designados políticamente, con todas sus características: discrecionalidad absoluta. El acto de elección de magistrados y magistradas por parte del Poder Legislativo es una manifestación de voluntad política que no requiere argumentos. Tal y como advierte el *Tercer informe del estado de la justicia*, el sistema de nombramientos de magistrados y magistradas por parte de la Asamblea Legislativa sigue siendo un “dominio reservado” con un procedimiento opaco<sup>25</sup>.

En el procedimiento de nombramiento de los magistrados y las magistradas, deben prevalecer criterios objetivos y de transparencia a fin de que se nombre a las mejores personas juristas del país que cuenten con una sólida experiencia profesional, formación académica, altos valores éticos y que se respete la paridad de género.

25 Programa Estado de la Nación. (2020). *Tercer informe estado de la justicia*. San José, C.R. PEN, p. 202.

La permanencia en el cargo es otra fuente de vulnerabilidad, pues cuando la persona juzgadora se debe someter a la ratificación de su mandato, se le pueden cobrar sus criterios jurídicos establecidos en las sentencias o, incluso, posiciones de minoría desarrolladas en su votos disidentes o notas separadas.

Debe fortalecerse la independencia judicial, analizando las normas de un procedimiento de nombramiento parlamentario que presenta serias debilidades y que requiere cambios normativos a nivel constitucional y legal. Este no es un tema fácil de abordar por el parlamento. Pero la evaluación política y jurídica es indispensable, porque muchas voces de la sociedad civil han señalado disfunciones en el sistema de nombramiento.

La ciudadanía debe tener conciencia de que es necesario mejorar los mecanismos de designación de los magistrados y las magistradas. No puedo dejar de señalar el contraste en Costa Rica, entre un procedimiento de nombramiento de la jueza o del juez ordinario donde existe la carrera judicial, en la cual se ingresa y asciende por méritos, y se aplica al magistrado o a la magistrada en el escenario parlamentario.

La falta de argumentos y el silencio que impera en estos procedimientos requieren una evaluación generosa y de elevadas miras políticas.

Es necesario fortalecer el gobierno judicial y retomar el tema de las “reformas orgánicas”. Hay reformas en la estructura administrativa de la Corte que deben promoverse reduciendo en particular las funciones administrativas de la Corte Plena, para que su actuación sea más eficiente y celeridad. Tenemos retos importantes para el futuro. La eficiencia y la celeridad son parte de las pretensiones de la independencia judicial.

Nuestra hipertrofia administrativa y la mora judicial siguen siendo asignaturas pendientes que requieren soluciones sabias y voluntad política.

Esta es una variación estructural que hace tiempo se propuso, al comprobar que la estructura organizativa de la Corte era muy antigua, vertical y con poderes concentrados e ineficientes, tal y como se ha evidenciado en los informes del estado de la justicia. A partir de visiones diversas, los magistrados y las magistradas debemos abordar este tema, quizás se imponga una reforma mínima o tal vez podamos convenir en una reforma más amplia, más ambiciosa.

La modernización real y profunda de la institución y en cuenta de su modelo de gobernanza deviene en uno de los elementos indispensables para fortalecer la independencia judicial y garantizar la calidad, legitimidad, transparencia, eficiencia y credibilidad, en el sistema de gobierno y gestión del servicio de la Administración de Justicia. Tiene que existir un generoso desprendimiento de parte de los magistrados y las magistradas, un desapego hacia el modelo tradicional.

Por otra parte, uno de los retos que seguimos enfrentando es la mora judicial. Es un tema sobre el que no se puede quitar el dedo del renglón. La alta litigiosidad evidencia la confianza de la ciudadanía en resolver sus conflictos o problemas, de acuerdo con los mecanismos judiciales que prevé nuestro ordenamiento jurídico. Pero tenemos disfunciones estructurales en los modelos procesales que requieren un abordaje inteligente y oportuno. En esta temática, la utilización de herramientas tecnológicas seguras ha sido un aliado importante.

Finalmente, el Poder Judicial se fortalece con la introducción de una carrera fiscal en el Ministerio Público, cuyo proyecto de ley fue presentado a la Asamblea Legislativa y se tramita bajo expediente número 20 978.

Las normas constitucionales y legales requieren un sistema de nombramientos objetivo, participativo y equitativo. Las exigencias constitucionales y el ejercicio transparente del poder requieren un sistema de nombramientos que no dependa del “buen criterio” o del capricho del fiscal o de la fiscalía general.

## 6. Conclusiones

El legado del Pacto de Concordia, cuyo bicentenario celebramos recientemente, ha sido fundamental, pues fue el primer documento constitucional de nuestra historia independiente que marcó el surgimiento de nuestro Estado de derecho y las bases que, posteriormente, permitieron la creación del Poder Judicial. Ha sido un largo recorrido para constituir un poder que no es actor político, que debe controlar a los otros poderes y que resuelve sin prisa y con pausa.

En el Pacto Concordia, se determinó que Costa Rica era libre y se reconocieron la libertad civil, la propiedad y demás derechos naturales y legítimos de toda persona y de cualquiera pueblo o nación. Asimismo, se reconoció una serie de competencias relativas a la función judicial que prácticamente correspondía a lo que establecía la Constitución de Cádiz.

Posteriormente, con la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica en 1825, la idea de creación de un Poder Judicial se concretó constitucionalmente, al establecerse en el artículo 87 de esa Constitución las bases del naciente poder, atribuyendo su ejercicio a una Corte Superior de Justicia compuesta por tres magistrados y los tribunales y juzgados establecidos por ley.

El 1° de octubre de 1826, se instaló solemnemente la Corte Superior de Justicia, la cual funcionó en sus inicios con recursos muy limitados. Incluso, en varias oportunidades, llegó a desaparecer por falta de integrantes, porque en el Estado había muy pocos profesionales en Derecho y casi ninguno estaba dispuesto a desempeñar funciones en el alto tribunal, y ni siquiera entre los legos en derecho, era fácil encontrar quien aceptara<sup>26</sup>.

Ante las frecuentes dificultades para integrar adecuadamente la Corte Superior de Justicia, en repetidas ocasiones fue necesario modificar las normas constitucionales y legales relativas a los requisitos para ser magistrado y la organización de la Corte. Véanse, por ejemplo, las reformas sufridas entre 1827 y 1838 por el artículo 90 de la Ley Fundamental, relativo a los requisitos de la magistratura<sup>27</sup>.

A pesar de estas y otras reformas, durante sus primeros veinte años de vida, la Corte se desintegró con frecuencia, y a ello contribuyeron además las agitaciones políticas que sufrió el Estado entre 1835 y 1846. En esos dos decenios, la Corte dejó de funcionar por completo en cinco ocasiones: de octubre de 1827 a marzo de 1829, de agosto a octubre de 1832, de abril a agosto de 1842, de septiembre de 1842 a junio de 1843 y de noviembre de 1844 a febrero de 1845<sup>28</sup>.

No obstante, desde sus orígenes, el Poder Judicial ha tenido avances que han sido de vanguardia y reconocidos a nivel nacional e internacional, con importantes desafíos que debemos atender sin demora, destacando el respeto a la división de poderes y el fortalecimiento de la independencia judicial. Los ha logrado porque había un contexto político que, en medio de luchas y enfrentamientos, priorizó el Estado social, la

26 Sáenz Carbonell Jorge Francisco. *Los abogados en la formación y consolidación del Estado costarricense*, p. 225.

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*, p. 226.

juridicidad y el respeto a los derechos de todas las personas. Fue ese gesto del líder triunfador de la revolución del cuarenta y ocho, cuando destacó la independencia judicial como una prioridad política. Esa prioridad marcó el camino de la institucionalidad de Costa Rica.

La construcción y el fortalecimiento de la independencia de la judicatura deben ser un propósito de todos los poderes, en el respectivo ámbito de sus competencias. La voluntad de poder de los partidos políticos, del Parlamento y del Poder Ejecutivo pueden barrer y socavar la independencia de poder de la judicatura.

Por eso, en el marco del bicentenario de nuestra independencia, la construcción y el fortalecimiento de la independencia judicial son una exigencia que no es exclusiva de la judicatura, sino también es un imperativo para los actores políticos; de lo contrario, el poder de la judicatura siempre será letra mojada, una denominación sin relevancia para la vigencia de la democracia.

La independencia judicial puede perecer no solo por un golpe de Estado, la disolución del Parlamento también se debilita, se socava por actos legislativos que controlan el nombramiento y la disciplina de los jueces y las juezas, decretan su jubilación y destitución, reducen salarios y financiación de los servicios judiciales. La independencia judicial es muy blanda, de segundo orden, se puede suprimir, sin un golpe de Estado.

Hemos tenido logros importantes, pero nada está asegurado, menos para un poder tan débil, tan silencioso. La historia comenzó con una judicatura débil en el Pacto de Concordia, pero es no es una casualidad, con otros envoltorios, la judicatura se puede debilitar, hasta ser una formalidad de papel.

## 7. Bibliografía

Bobbio Norberto. (1997). *Las teorías de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. México: Fondo de Cultura Económica.

Castro Vega Óscar. (2007). *Figueres y la constituyente del 49*. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia (UNED).

Esquivel Salas Hernán. Esbozo histórico de la Corte Suprema de Justicia. En Suplemento del Diario Oficial *La Gaceta*. San José, año IV , p. 2 y 3.

MORA MORA Luis Paulino. (2001). *Historia del Poder Judicial en la segunda mitad del siglo XX y sus retos futuros*. San José: Ed. Universidad Estatal a Distancia.

Programa Estado de la Nación. (2020). *Tercer informe estado de la justicia*. San José, C.R. PEN.

Quesada Obregón Clotilde. (2007). *Las Constituciones de Costa Rica*. San José: Editorial Universidad de Costa Rica (UCR). 1ª. ed.

Relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de la Organización de las Naciones Unidas. OL CRI 3/2020 del 27 de octubre de 2020.

Sáenz Carbonell Jorge Francisco. (1985). *El despertar constitucional de Costa Rica*. San José, Asociación Libro Libre, 1ª. Ed.

Sáenz Carbonell Jorge Francisco. (Mayo-agosto de 1999). El primer abogado costarricense y la última gran obra del derecho indiano. En *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 90, San José, p. 149.

Sáenz Carbonell Jorge Francisco. (2012). Los abogados en la formación y consolidación del Estado costarricense. En *Juristas de la independencia*. Pérez Collados, José María y Rodrigues Barbosa, Samuel. Editorial Marcial Pons, pp. 205-252.

Sáenz Carbonell Jorge Francisco. (2016). *Elementos de historia general y nacional del derecho*. San José: Editorial ISOLMA, 1ª. ed.

Sáenz Carbonell Jorge Francisco y Masís Pinto Mauricio. (2006). *Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*. Corte Suprema de Justicia.

# LAS ACTAS DE INDEPENDENCIA DE LA PROVINCIA DE NICARAGUA Y COSTA RICA

*Dr. Jorge Francisco Sáenz Carbonell \**

## RESUMEN

El texto describe la situación política e institucional de la provincia de Nicaragua y Costa Rica en 1821 y analiza las actas de independencia aprobadas por la Diputación Provincial en León el 28 de setiembre y el 11 de octubre de ese año. Mediante la primera, conocida como el acta de los nublados, se confirmó la separación que existía desde 1820 entre la provincia de Guatemala y la de Nicaragua y Costa Rica y se declaró una independencia condicional de España. Todo esto provocó agrias reacciones en Guatemala. Mediante la segunda se proclamó la independencia absoluta de Costa Rica y Nicaragua de la Monarquía Española y su unión al Imperio Mexicano, decisión tomada por un órgano de elección popular en el que estaban representados tanto los partidos nicaragüenses como el partido de Costa Rica.

**Palabras claves:** Acta de Independencia, provincia, Diputación Provincial, ayuntamiento, jefe político superior.

## ABSTRACT

The text describes the political and institutional situation of the province of Nicaragua and Costa Rica in 1821 and analyzes the declarations of independence approved by the Provincial Council in Leon on September 28 and October 11 of that year. The first, known as the Declaration of the Clouds, confirmed the separation that had existed since 1820 between the provinces of Guatemala and Nicaragua and Costa Rica, and declared conditional independence from Spain. All this provoked bitter reactions in Guatemala. The second declaration proclaimed the absolute independence of Costa Rica and Nicaragua from the Spanish Monarchy, and their union to the Mexican Empire, a decision taken by a popularly elected body in which were represented the Nicaraguan districts as well as the Costa Rican one.

**Keywords:** Declaration of Independence Act, province, Provincial Council, city council, Superior Political Chief.

Recibido: 12 de octubre de 2021

Aprobado: 8 diciembre 2021

\* Licenciado en Derecho y doctor en Educación, catedrático de la Universidad de Costa Rica, profesor de la Facultad de Derecho y del Sistema de Estudios de Posgrado de esa universidad. Autor de numerosos libros sobre temas históricos y jurídicos. Actualmente es coordinador de la cátedra de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: [vladimirpaley@yahoo.com](mailto:vladimirpaley@yahoo.com)

## 1.- La división territorial de Centroamérica en el sistema constitucional de Cádiz.

En el sistema de la Constitución Política de la Monarquía Española emitida en Cádiz en marzo de 1812, se estableció un régimen unitario, caracterizado por la existencia de provincias iguales, gobernadas por jefes políticos superiores de nombramiento real y dependientes directamente del gobierno central. Los antiguos reinos y virreinos de la América española desaparecieron, y se dispuso que en cada provincia hubiera un jefe político superior y una corporación de siete miembros elegida popularmente, llamada diputación provincial, la cual se renovaría por mitades cada dos años y tendría como función promover la prosperidad de la respectiva provincia <sup>1</sup>.

El territorio del extinto reino de Guatemala quedó dividido en dos provincias, la de Guatemala, mencionada expresamente en el texto constitucional, y la de Nicaragua y Costa Rica, creada por decreto de 23 de mayo de 1812 <sup>2</sup>. El gobernador intendente de León de Nicaragua, don Juan Bautista Gual y Curvelo, se convirtió en jefe político superior de la nueva provincia de Nicaragua y Costa Rica, y el 21 de noviembre de 1813 se instaló en León la Diputación Provincial <sup>3</sup>. Las autoridades guatemaltecas solamente conservaron autoridad sobre Nicaragua y Costa Rica en lo militar, ya que el capitán general de Guatemala continuó siéndolo de ambas provincias; en algunas cuestiones hacendarias,

y en lo judicial, pues la Audiencia Territorial de Guatemala, que reemplazó a la antigua Real Audiencia y Chancillería, mantuvo su condición de tribunal de segunda y tercera instancia para conocer y resolver los recursos interpuestos contra los fallos dictados en primera instancia por las autoridades judiciales de Nicaragua y Costa Rica <sup>4</sup>.

La implantación del nuevo sistema generó pronto confusiones de competencia. A principios de 1814, el gobernador de Costa Rica don Juan de Dios de Ayala formuló una consulta sobre el particular al jefe político superior de Guatemala don José de Bustamante y Guerra, pero la respuesta de este más bien tendía a perpetuar el sistema anterior. Don Juan Bautista Gual, jefe político superior de Nicaragua y Costa Rica, salió en defensa de su propia autoridad y el 18 de marzo de 1814 le escribió a Ayala una breve pero muy clara comunicación, en la que manifestaba:

*“En oficio de usted de 5 del corriente veo la consulta, que hizo al Excelentísimo señor capitán general, y su decisión: en esta hay equivocación, porque como presidente de la Diputación Provincial, independiente de la de Guatemala, soy también jefe político superior, que en lo económico, y gubernativo no dependo de ninguna de las superioridades de aquella capital, y solo de Su Excelencia en lo militar, y de hacienda pública, y de la Audiencia Territorial en lo contencioso, y criminal del fuero común, u ordinario.”* <sup>5</sup>

1 Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812, artículos 324 a 337. El texto completo de la Constitución figura en *Colección de decretos y órdenes de las Cortes de Cádiz*, Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales, 1ª. ed., 1987, vol. I, pp. 392-459.

2 Decreto n° CLXIV de 23 de mayo de 1812. Su texto en *Ibid.*, vol. I, pp. 523-525.

3 Archivo Nacional de Costa Rica, Sección Histórica, Complementario Colonial, n° 2513.

4 V. SÁENZ CARBONEL ( Jorge Francisco), *Breve historia del Derecho costarricense*, San José, ISOLMA, 1ª. ed., 2016, pp.212-217.

5 Archivo Nacional de Costa Rica, Sección Histórica, Complementario Colonial, n° 3471, fs. 72-72 v.

El asunto no pasó a más, porque poco después el rey don Fernando VII declaró la nulidad de la Constitución y de la normativa emitida por las Cortes, y se restableció la monarquía absoluta. Debido a estas decisiones se restableció el reino de Guatemala, y quedó extinta la provincia de Nicaragua y Costa Rica.

En marzo de 1820, la revolución liberal acaudillada por Rafael del Riego obligó a don Fernando VII a poner nuevamente en vigencia la Constitución de Cádiz. Esto conllevó cambios significativos en las provincias centroamericanas. El reino de Guatemala quedó definitivamente extinguido, y resucitaron las dos provincias creadas en 1812, es decir, la de Guatemala y la de Nicaragua y Costa Rica, cada una con su jefe político superior y su diputación provincial. Más tarde, ya en 1821, se segregaron de la provincia de Guatemala otras tres, cada una con su jefe político superior y su diputación provincial: Comayagua (Honduras), Chiapas y San Salvador <sup>6</sup>.

Con el restablecimiento de la Constitución, don Miguel González Saravia, hasta entonces gobernador intendente de León de Nicaragua pasó a ser jefe político superior de Nicaragua y Costa Rica, y se restableció temporalmente la Diputación Provincial con los miembros que tenía al extinguirse en 1814, hasta que se eligiera una nueva, lo cual se efectuó ese mismo año.

## 2.- El Plan de Iguala. El Plan Pacífico de Independencia y el acta de independencia de la provincia de Guatemala del 15 de setiembre de 1821.

El 24 febrero de 1821, el coronel don Agustín de Iturbide proclamó el Plan de Iguala en la localidad mexicana de ese nombre. Según lo propuesto en ese documento, México se constituiría en un imperio independiente, cuya corona se ofrecería al rey don Fernando VII o a otro príncipe de su familia, en un marco de unión entre españoles y mexicanos y garantizando la religión católica <sup>7</sup>. La fórmula tuvo un éxito clamoroso, y muy pronto se nutrieron abundantemente las filas iturbidistas. Cuando los ecos del éxito del Plan de Iguala empezaban a escucharse en Guatemala, el jefe político superior interino don Gabino Gaínza publicó un virulento manifiesto contra el coronel Iturbide, en el que lo acusaba de ingrato, rebelde y traidor, e instaba a los guatemaltecos a permanecer firmes en su lealtad y resueltos a contrarrestar los tiros de la perfidia y el engaño <sup>8</sup>.

En agosto de 1821, algunos miembros de la rica y prominente familia Aycinena, la más influyente de Guatemala, empezaron a elaborar un Plan Pacífico de Independencia, cuyo objetivo principal era

*“[...] crear condiciones políticas adecuadas para que las mismas autoridades del Reino de Guatemala fueran las que decidieran la separación en forma pacífica de la Monarquía española y solicitaran ayuda militar a sectores conservadores y al alto*

6 V. OBREGÓN QUESADA (Clotilde), *Una historia de valor*, San José, Litografía e Imprenta LIL, 1ª. ed., 1995, p. 39; SÁENZ CARBONELL, 2016, pp. 212-217.

7 El texto del Plan de Iguala figura en *Textos fundamentales de la independencia centroamericana*, San José, EDUCA, 1ª. ed., 1971, pp. 218-220.

8 CABEZAS CARCACHE (Horacio), *Independencia centroamericana. Gestión y ocaso del “Plan Pacífico”*, Guatemala, Editorial Universitaria, 1ª. ed., 2010, p. 75.

*clero de México, encabezados entonces por Agustín de Iturbide, para garantizar la continuidad del sistema económico, político y social que hasta entonces había imperado.”<sup>9</sup>*

Los autores del Plan Pacífico contaron con el apoyo del médico liberal Pedro Molina, quien publicaba en Guatemala el periódico *El editor constitucional*, e iniciaron una campaña propagandística a favor de la independencia<sup>10</sup>. Pronto lograron convencer a Gaínza de las bondades de su plan<sup>11</sup>. Mientras tanto, en México don Agustín de Iturbide continuaba cosechando triunfos: el 24 de agosto de 1821, el caudillo independentista suscribió con el jefe político superior de Nueva España don Juan O’Donojú y O’Ryan los tratados de Córdoba, mediante los cuales se aceptaba el Plan de Iguala con algunas pequeñas modificaciones<sup>12</sup>.

Los acontecimientos de México tuvieron enseguida repercusiones en Centroamérica. El 3 de setiembre, el Ayuntamiento de Ciudad Real, capital de la provincia de Chiapas, proclamó su independencia de España y su anexión al naciente Imperio Mexicano<sup>13</sup>. Por su parte, el 15 de setiembre, en una reunión presidida por el jefe político interino Gaínza, la Diputación Provincial de Guatemala proclamó también la independencia de España, aunque sin hacer mención del Imperio Mexicano, y más bien como algo temporal, ya que se sujetó la decisión definitiva a un congreso de “las provincias”, a las cuales se instruyó para

enviar diputados a la ciudad de Guatemala. Al parecer, las autoridades guatemaltecas habían visto en la independencia un modo de recuperar su antigua hegemonía sobre los territorios del extinto reino de Guatemala, ya que en la misma acta del 15 de setiembre se consignó la decisión de crear una junta provisional consultiva para auxiliar a Gaínza en las tareas gubernamentales, y para integrarla, además de varios representantes de Guatemala, se nombró a don Miguel de Larreynaga por “la provincia de León”, a don José del Valle por la de Comayagua y a don Antonio Robles por Ciudad Real de Chiapas<sup>14</sup>. Varias de estas decisiones, como las de formar una junta con representación de las otras provincias y la de convocar a un congreso, aparecían ya esbozadas en el Plan Pacífico de los Aycinena<sup>15</sup>. El 18 de setiembre, Gaínza escribió a don Agustín de Iturbide para colmarlo de elogios y retractarse de su manifiesto de abril<sup>16</sup>.

Cabe observar que jurídicamente la proclamación guatemalteca del 15 de setiembre conllevaba una ruptura del orden constitucional, ya que ninguna norma de la restablecida Carta de Cádiz permitía la separación de territorios de la monarquía, ni siquiera con autorización de las Cortes o del rey. Además, Guatemala no tenía desde 1820 ninguna autoridad política sobre otras provincias del desaparecido reino. Sin embargo, la proclamación del 15 de setiembre tuvo consecuencias enseguida. El 21 de setiembre la ciudad de San Salvador declaró la independencia en los términos del acta del 15 y proclamó su decisión de “guardar

9 CABEZAS CARCACHE, 2010, p. 71. El texto del Plan Pacífico figura en *Ibid.*, pp. 72-73.

10 *Ibid.*, pp. 73-74 y 76.

11 *Ibid.*, pp. 76-77.

12 El texto de los tratados de Córdoba figura en *Textos fundamentales de la independencia centroamericana*, 1971, pp. 226-230.

13 VÁZQUEZ OLIVERA (Mario), *Chiapas, años decisivos*, Tuxtla Gutiérrez, Universidad de Ciencias y artes de Chiapas, 1ª ed., 2010, p. 46.

14 El texto del acta de Guatemala figura en *Textos fundamentales de la independencia centroamericana*, 1971, pp. 242-245.

15 CABEZAS CARCACHE, 2010, pp. 72-73.

16 *Ibid.*, p. 95.

y hacer guardar la independencia, ser fiel a la Monarquía americana, y observar el Gobierno que se establezca”<sup>17</sup>. El acta de San Salvador nada mencionó con respecto al posible envío de diputados al anunciado congreso.

El 28 de setiembre, la Diputación Provincial de Comayagua (Honduras) y el Ayuntamiento de la ciudad de ese nombre acordaron proclamar la independencia de España y la adhesión al Imperio Mexicano y, contradictoriamente, también anunciaron su decisión de que se eligieran diputados para el congreso convocado por Guatemala<sup>18</sup>.

### 3.- La carta de la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica del 23 de setiembre de 1821.

Las primeras noticias de lo ocurrido en Guatemala llegaron a León de Nicaragua una semana más tarde, aunque sin carácter oficial. El 22 de setiembre de 1821, el Ayuntamiento de la ciudad se reunió en sesión extraordinaria, junto con el jefe político superior y la Diputación Provincial, para discutir al respecto. Según una carta publicada en el periódico guatemalteco *El genio de la libertad* el 7 de octubre siguiente y cuyo autor usaba el pseudónimo de Nicolás Otavari, en esa reunión se expresaron pareceres muy divergentes. La carta afirmaba que mientras que los integrantes del Ayuntamiento manifestaron que el pueblo todo estaba por la independencia, el alcalde tercero don Martín Albor defendió la causa realista y lo mismo hicieron los

integrantes de la Diputación Provincial<sup>19</sup>. Al parecer, los asistentes al cabildo extraordinario creían que las autoridades de Guatemala estaban resistiendo contra los independentistas, porque, según Otavari, el alcalde Albor había propuesto invitarlas a abandonar esa ciudad y refugiarse en León<sup>20</sup>. Se deduce lo mismo de una carta que el 23 de setiembre dirigió la Diputación Provincial al secretario español de Gobernación para Ultramar:

*“Tomadas en consideración por esta Diputación Provincial las sensibles noticias recibidas por el último correo de Guatemala sobre el estado de agitación y fermento que dolorosamente había tenido lugar en aquellos días poniendo en conflicto a sus autoridades y parte sana del vecindario, interesándose por el bien general de sus conciudadanos y del Estado, unánimemente se ha creído en el caso de protestar contra cualquier acto subversivo y cooperación que falsamente pueda atribuirse a este cuerpo y sus individuos, que contando con la opinión pública de la provincia bastante manifestada la que anima a esta corporación, unidad de acción y decisión absoluta por la conservación del buen orden, observancia de la Constitución Política de la Monarquía y de las leyes, no debía dilatar la manifestación de sus sentimientos y participarlos a las autoridades generales para los fines que puedan convenir al interés público y particular, y que en todo evento infausto cuenten con la seguridad y garantía del territorio de esta provincia, que en la adversidad celebrará dar asilo a la virtud y mérito de sus dignos conciudadanos, en cuyo obsequio prestará cuantos auxilios se*

17 El texto del acta de San Salvador figura en *Textos fundamentales de la independencia centroamericana*, 1971, pp. 266-268.

18 El texto del acta de Comayagua figura en *Ibid.*, pp. 270-271.

19 Carta de Nicolás Otavari al editor de *El genio de la libertad*, 22 de setiembre de 1821, en MOLINA, Pedro, *Escritos del doctor Pedro Molina*, Guatemala, Editorial “José de Pineda Ibarra”, 2ª. ed., 1969, vol. III, pp. 799-800.

20 *Ibid.*, vol. III, p. 799.

*hallen a sus alcances sin perdonar trabajo ni fatiga.”*<sup>21</sup>.

Sin embargo, muy pronto se sabría en León que la independencia de Guatemala había sido proclamada con la participación del jefe político superior Gáinza, la Diputación Provincial guatemalteca y otras autoridades.

#### 4.- El “acta de los nublados”.

El correo que conducía los documentos relativos a la independencia de Guatemala salió de la capital de esa provincia el 18 de setiembre de 1821 y llegó a la ciudad de León el 27 de setiembre por la mañana, según indicó el 22 de octubre el n° 23 de *El genio de la libertad*<sup>22</sup>. La Diputación de Nicaragua y Costa Rica se reunió el 28 de setiembre, con asistencia de don Miguel González Saravia, jefe político superior de Nicaragua y Costa Rica y presidente de la Diputación; don Vicente Agüero, diputado por Nueva Segovia; don Joaquín Arechavala, diputado por Nicoya; don Domingo Galarza, diputado por León; don Agustín Gutiérrez Lizaurzábal, diputado por Nicaragua (Rivas); don Manuel López de la Plata, diputado por Granada; don Pedro Portocarrero, diputado por Costa Rica; don José María Ramírez, diputado suplente por Costa Rica, y don Pedro Solís, diputado por León. Estaban presentes además con Juan Francisco Aguilar, secretario de la Diputación, y el obispo García Jerez, como invitado especial. En esa reunión se acordó proclamar la independencia absoluta de Guatemala y la independencia de España en el tanto en que se aclaraban “los nublados del día”

El texto publicado y circulado a todas las autoridades de la provincia fue el siguiente:

*“A los habitantes de las provincias de Nicaragua y Costa Rica*

*Nuestra Diputación Provincial e ilustrísimo prelado, en vista de los sucesos que han tenido lugar en Guatemala el quince de los corrientes, se han reunido y deliberado sobre los acaecimientos de tanta entidad y trascendencia, extendiendo los siguientes acuerdos:*

*1º. La absoluta y total independencia de Guatemala, que parece se ha erigido en soberana.*

*2º. La independencia del gobierno español, hasta tanto que se aclaren los nublados del día y pueda obrar esta provincia con arreglo a lo que exigen sus empeños religiosos, y verdaderos intereses.*

*3º. Que en consecuencia continúen todas las autoridades continuadas [¿sic por constituidas?] en el libre ejercicio de sus funciones con arreglo a la constitución y a las leyes.*

*4º. Que se tomen las medidas más eficaces para la conservación del orden y sostenimiento de los funcionarios públicos, prestándoles el más eficaz auxilio, en la inteligencia de que el gobierno castigará severamente a los perturbadores de la tranquilidad pública y desobedientes a las autoridades.*

21 FERNÁNDEZ (León), *Colección de documentos para la historia de Costa Rica*, San José, Imprenta Nacional; París, Imprenta de Pablo Dupont, y Barcelona, Imprenta Viuda de Luis Tasso, 1ª. ed., 1881-1907, vol. X, pp. 583-584.

22 “Acta leonina celebrada el 28 de setiembre y publicada por bando el 29.- Preliminar”, p. 816, en *El genio de la libertad*, Guatemala, Editorial José de Pineda Ibarra”, 2ª. ed., 1969, pp. 816- 820.

5°. *Que se publique por bando de acuerdo, comunicándolo a toda la provincia para su inteligencia y observancia, anunciándosele que sucesivamente se proveerá a los puntos dignos que oportunamente se tomarán en consideración, sin omitir trabajo ni fatiga por el bien religioso y civil de estos habitantes que tantas pruebas de confianza han dado a sus autoridades.*

*Lo que se publica para la debida inteligencia, notoriedad y cumplimiento.*

*Dado en la Sala de sus sesiones. En León a veinte y ocho de septiembre de mil ochocientos veinte y uno. –Miguel González Saravia, - Fray Nicolás Obispo de Nicaragua. – Vicente Agüero. – Joaquín Arechavala. – Domingo Galarza. – Manuel López de la Plata. – Pedro Portocarrero. – José María Ramírez. –Agustín Gutiérrez Lizaurzábal. – Pedro Solís. – Juan Francisco Aguilar, Secretario.”<sup>23</sup>*

Lamentablemente, como no se conservan los libros de actas de la Diputación, es imposible conocer las discusiones que se hayan producido ese día o los anteriores en el seno de ese cuerpo. Mucho después, el 5 de noviembre de 1821, *El genio de la libertad* publicó en Guatemala una nota en la que se indicaba:

*“Se sabe por cartas de sujetos fidedignos de León que los SS. Diputados provinciales Solís y Gutiérrez defendieron con valentía*

*la independencia de aquella provincia; otro tanto hemos decir del Sr. Galarza. Publicamos con placer los nombres de estos ciudadanos beneméritos.”<sup>24</sup>*

El “acta de los nublados”, como se conoce a este texto emanado de la Diputación Provincial, fue objeto de virulentas críticas en Guatemala, donde, mediante folletos y otras publicaciones, algunos sectores políticos exaltados acusaron a las autoridades de Nicaragua y Costa Rica de separar a los leoneses “*de sus hermanos independientes de Guatemala*”, de tratar de engañar al pueblo al atribuirle a Guatemala pretensiones hegemónicas, de no haber consultado al mismo pueblo sobre sus decisiones del 28 de setiembre, y sobre todo, de querer mantener a todo trance la dominación española, valiéndose para ello de la famosa frase sobre los nublados <sup>25</sup>. La historiografía liberal centroamericana del siglo XIX repitió esos conceptos una y otra vez, y quedaron como una especie de “interpretación auténtica” del acta de los nublados. Casi excepcional es la posición de don José Coronel Urtecho, quien expresó en su obra *Reflexiones sobre la historia de Nicaragua*:

*“Los historiadores de este país, han sido más bien injustos con ese documento, al juzgarlo revelador de una actitud tímida, casi cobarde o, por lo menos, irresoluta, cuando es precisamente lo contrario, una respuesta clara, valiente y decidida a las duplicidades y vacilaciones que todos descubrían en el acta de independencia del 15 de Septiembre.”<sup>26</sup>*

23 El texto del acta leonesa del 28 de setiembre figura en *Textos fundamentales de la historia centroamericana*, 1971, p. 274.

24 “Nota”, en MOLINA, 1969, vol. III, p. 842.

25 Por ejemplo, el ya citado artículo “Acta leonesa celebrada el 28 de setiembre y publicada por bando el 29.- Preliminar”, publicado en *Ibid.*, vol. III, pp. 816- 820.

26 CORONEL URTECHO (José), *Reflexiones sobre la historia de Nicaragua (de Gaínza a Somoza). II.- La Guerra Civil de 1824*, Managua, Instituto Histórico Centroamericano, 1ª. ed., 1962, p. 31.

Ahora bien, si se examina detenidamente el texto del acta, sin atribuirle a priori siniestras motivaciones a sus firmantes, el panorama puede resultar algo diferente al pintado por la historiografía liberal. Por otra parte, existe un documento de la propia Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica, dirigido a Gaínza el 29 de setiembre de 1821, que explica las motivaciones de las decisiones de la víspera mucho mejor que las diatribas posteriores.

Al proclamar para Nicaragua y Costa Rica “la absoluta y total independencia de Guatemala”, la Diputación no estaba alterando gran cosa: como ya hemos visto, desde 1820 la provincia de Nicaragua y Costa Rica era ya independiente de Guatemala en lo político y administrativo: el reino de Guatemala había dejado de existir y las autoridades guatemaltecas conservaban jurisdicción sobre Chiapas, Comayagua, Nicaragua y Costa Rica y San Salvador solamente en materias militares y judiciales. El gobierno de la provincia de Guatemala no tenía, el 15 de setiembre de 1821, ninguna autoridad política sobre Nicaragua y Costa Rica, y por ello el acta de los nublados mal podía romper una unidad centroamericana que ya no existía. Meses más tarde, el 7 de febrero de 1822, la Diputación de León, en un largo y bien fundamentado manifiesto, señaló muy claramente:

*“El jefe político de León mandaba en lo político, gubernativo y económico, por el sistema constitucional español, en toda la comprensión de su territorio, y las novedades de dicha ciudad no alteraron, ni pudieron alterar, ni en manera alguna entorpecer sus funciones; de aquí es que, considerándose en posesión de su autoridad, no tuvo inconveniente en resolver, en su primera determinación, que la provincia se halaba absolutamente separada de Guatemala...”*

*Ese acto gubernativo no contenía una providencia positiva que variase el sistema que regía; se contraía únicamente a manifestar a sus súbditos el estado en que se hallaba la provincia de Guatemala....”*<sup>27</sup>

No fue, pues, el acta de los nublados la que separó a los habitantes de Nicaragua y Costa Rica de sus “hermanos” guatemaltecos: ya las Cortes españolas lo habían hecho desde 1812, a petición de los diputados nicaragüense y costarricense, que se habían hecho eco de los seculares resentimientos existentes tanto en Nicaragua como en Costa Rica con respecto a Guatemala.

En su comunicación a Gaínza el 29 de setiembre, la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica no se anduvo con medias tintas al expresar la opinión que les merecía la eventualidad de un retorno a la hegemonía de Guatemala. La corporación consideraba:

*“[...] que el plan de Guatemala es impracticable y que aun cuando continuase su obra, sería de muy costosa duración y no traería otra cosa que irreparables perjuicios a los pueblos... No serían de poca entidad los que experimentarían esta y las demás provincias, sometidas a Guatemala: destinada esa capital para residencias de la soberanía, se concentrarían en ella todos los tribunales superiores, para cuya subsistencia habían de concurrir las provincias con contribuciones más pesadas que las que hasta aquí han cargado, pues Guatemala, aun sin ser libre e independiente, ha necesitado de cien mil pesos, que todos los años venían de México, para cubrir sus atenciones. Pero prescindiendo de estas consideraciones, el mayor mal que recibiría esta provincia sometiéndose a esa, sería tal vez que la balanza del Gobierno se*

27 *Textos fundamentales de la independencia centroamericana*, 1971, pp. 394-395.

*cargaría siempre al lado de sus intereses, que en todo tiempo han sido opuestos a los nuestros; y por todas estas reflexiones, esta corporación, que representa las dos provincias de Nicaragua y Costa Rica, en desempeño de la confianza que han depositado en sus individuos, unánimemente se ha negado a seguir los planes de esta capital y decidido en consecuencia a formar un gobierno provisional, según se manifiesta del testimonio de sus actas.”<sup>28</sup> (el énfasis es nuestro)*

Hasta el periódico guatemalteco *El genio de la libertad*, de tendencia exaltadamente liberal y republicana, tuvo que reconocer, en un medio de un furibundo ataque contra el acta de los nublados publicado el 22 de octubre, que la actitud de las autoridades guatemaltecas hacia Nicaragua y Costa Rica durante la dominación española había distado mucho de ser ejemplar:

*“No es Guatemala quien os ha oprimido, amados leoneses, sino el código de la arbitrariedad española.... No es Guatemala libre la que os ha hecho el más mínimo daño. Fue Guatemala esclava la que os perjudicó.”<sup>29</sup>*

La frase del acta del 28 de setiembre sobre Guatemala “que parece se ha erigido en soberana” ciertamente insinuaba que las autoridades guatemaltecas tenían pretensiones hegemónicas; que estaban ávidas de restablecer su imperio sobre todo el territorio del antiguo reino extinguido desde 1820. Nos parece que el recelo de la Diputación de Nicaragua y Costa Rica estaba más que justificado. El acta guatemalteca del 15 de setiembre, al constituir la Junta Provisional

Consultiva que debía gobernar junto con Gaínza, no solo había incluido en ella a tres individuos que representaran a diversas circunscripciones de la provincia de Guatemala (Quezaltenango, Sololá y Chimaltenango y Sonsonate), sino además a otros tres que representaran a León, Comayagua y Ciudad Real de Chiapas. A estos individuos los designaron las autoridades guatemaltecas, por sí y ante sí, en la reunión del 15 de setiembre. Si Guatemala no estaba realmente pretendiendo volver a ejercer autoridad sobre esos territorios, ¿qué pintaban sus representantes en la Junta Consultiva? En todo caso, se hubiera podido invitar a esas provincias a nombrar delegados en la junta y no escogerlos sin consulta previa.

Por otra parte, sin duda los integrantes de la Diputación Provincial de León se preguntaron con qué autoridad convocaba Guatemala a “las provincias” a un congreso en su capital. En su edición del 22 de octubre, *El genio de la libertad* alegó que se había tratado meramente de una “invitación”<sup>30</sup>. Pero el tono del artículo 2° del acta guatemalteca del 15 de setiembre no es el de una mera invitación, sino que suena a una apremiante convocatoria hecha por quien tiene derecho a formularla:

*“Que desde luego se circulen oficios a las provincias por correos extraordinarios para que sin demora alguna se sirvan proceder a elegir diputados o representantes suyos, y estos concurren a esta capital a formar el Congreso que debe decidir el punto de independencia...”<sup>31</sup>*

Ciertamente, la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica no consultó con “el pueblo” sus decisiones del 28 de setiembre. Sin

28 *Ibid.*, pp. 378-379.

29 “Acta leonina celebrada el 28 de setiembre y publicada por bando el 29.- Preliminar”, en MOLINA, 1969, vol. III, p. 819.

30 *Ibid.*, p. 819-820.

31 V. *Textos fundamentales de la independencia centroamericana*, San José, EDUCA, 1ª. ed., 1971, pp. 242-243.

embargo, las autoridades guatemaltecas tampoco lo hicieron. Atemorizarse por lo que gritara “*el pueblo que se veía reunido en las calles, plaza, patio, corredores y antesala de este palacio*”<sup>32</sup>, según indica literalmente el acta guatemalteca del 15 de setiembre, jamás podía equivaler a una consulta democrática, y menos todavía si esa multitud estaba allí, como ocurrió en Guatemala, en ejecución de un plan previamente formulado. La Diputación de Guatemala tomó sus decisiones al igual que lo hizo después la de Nicaragua y Costa Rica: por su sola autoridad de órgano legal constituido conforme a la Constitución restablecida en 1820, sin hacer previamente consultas con los ayuntamientos de las diferentes poblaciones de la provincia y sin duda sintiéndose apremiada por lo extraordinario de los acontecimientos.

Los ataques más severos al acta leonesa del 28 de setiembre se han concentrado siempre en su artículo 2º, en el cual se proclama la independencia del gobierno español “*hasta tanto que se aclaren los nublados del día y pueda obrar esta provincia con arreglo a lo que exigen sus empeños religiosos, y verdaderos intereses.*” Se ha dicho repetidamente que esa expresión encerraba el propósito del jefe político superior don Miguel González Saravia y del obispo García Jerez de esperar a que fuerzas militares realistas restablecieran la dominación española en Centroamérica; que con esa esperanza habían planteado la idea de una independencia condicionada y temporal, y que el resto de los concurrentes a la reunión habían seguido ovejunamente ese criterio.

No pretendemos afirmar, por supuesto, que don Miguel González Saravia y el obispo hayan visto con simpatía y entusiasmo la idea de la separación de España. Ambos eran de origen peninsular y habían vivido en carne propia

dolorosas consecuencias negativas de los movimientos insurgentes, ya que el padre de don Miguel había sido fusilado por orden de Morelos y el obispo había tenido que hacer frente a una tormenta revolucionaria en Nicaragua en 1811-1812. Sin embargo, si tanta era su influencia y tan dócilmente les seguían los demás integrantes de la Diputación, y si tan seguros estaban de que se iba a producir una acción militar realista para revertir la independencia, lo más natural hubiera sido rechazar de plano la idea de la separación de España, como lo había hecho la Diputación el 23 de setiembre.

No deben dejarse de lado otras circunstancias personales de ambos personajes. Aunque nacido en España, don Miguel González Saravia había llegado a Guatemala en 1801, de muy corta edad; había estudiado y se había casado en esa ciudad, su mujer y sus hijos eran guatemaltecos. Poco le ataba ya a España en 1821. El caso de monseñor García Jerez no era demasiado diferente, ya que sin duda se sentía atado de por vida a los destinos de su grey, cualquiera que fuera el régimen político que en ella imperara. Por lo demás, no hay que olvidar que el gobierno de España de 1821 estaba controlado por grupos liberales y anticlericales extremistas, es decir, cuya ideología era muy opuesta a las de don Miguel y fray Nicolás, por muy peninsulares que fueran, mientras que en el Plan de Iguala se hablaba de un imperio católico gobernado por el propio don Fernando VII u otro príncipe de su familia.

Nos parece más verosímil entonces que el jefe político, el obispo y los diputados provinciales, enterados aunque fuera a medias de los sucesos de México, hayan considerado el 28 de setiembre que la independencia de España posiblemente era ya irreversible y que tarde o temprano Centroamérica sería incorporada a aquel país,

---

32 *Ibid.*, p. 242.

de grado o por la fuerza; pero que convenía dar un compás de espera para ver cuáles iban a ser los alcances de todo lo que estaba ocurriendo. La mejor prueba de ello se encuentra la ya mencionada comunicación de la Diputación Provincial a Gáinza el 29 de setiembre (es decir, el mismo día en que se anunciaron en León los acuerdos de la víspera), en la cual se habla con toda claridad de la inminencia de la anexión a México y se da por sentado el carácter irreversible de la independencia de España:

*”Aunque las dos Américas hayan levantado el grito de la independencia de España, por juzgar convenirle así a sus intereses, aun a pesar de los esfuerzos de aquella por impedir logren el cumplimiento de sus deseos, se frustrarán del todo sus intenciones, si se dividen en pequeños gobiernos soberanos... si se ha de hablar con sinceridad, a las provincias todas unidas de este reino, no les es dado representar otro papel, en caso de la independencia a que aspira la América septentrional, que el de ser partes integrantes del Imperio Mexicano.”*<sup>33</sup>

Ni en este documento, ni en ningún otro que conozcamos, se deja entrever que la Diputación Provincial hubiera tomado sus decisiones del 28 ni con la esperanza ni con el temor de que se produjera una intervención militar realista que revirtiera la independencia. Por el contrario, en esta comunicación a Gáinza casi ni se menciona a España, y se advierte claramente que las inquietudes o anhelos de la Diputación al hablar de los nublados estaban más relacionados con el Imperio Mexicano que otra cosa.

Ahora bien, ¿qué diferencia hay entre esa actitud y la de Guatemala? El acta del 15 de setiembre dista

mucho de ser un acta de independencia absoluta de España: solo se proclama temporalmente, igual que se hace en el acta de los nublados, y se la condiciona de modo expreso a lo que resolviera el anunciado congreso, ya que se indica que este *“debe decidir el punto de independencia y fijar, en caso de acordarla, la forma de gobierno y la ley fundamental que deba regir”* (el énfasis es nuestro). La verdad, por lo que se refiere a la independencia, es que tanto la proclamada en Guatemala el 15 de setiembre como en León el 28 eran temporales, condicionales y sujetas a hechos futuros e inciertos.

El artículo 3° del acta del 28 de setiembre disponía que continuaran todas las autoridades en el libre ejercicio de sus funciones con arreglo a la Constitución y a las leyes. En esto la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica seguía la pauta indicada por el acta guatemalteca del 15 de setiembre, cuyo artículo 7° decía expresamente: *“que entre tanto, no haciendo novedad en las autoridades establecidas, sigan estas ejerciendo sus atribuciones respectivas con arreglo a la Constitución, decretos y leyes, hasta que el congreso indicado determine lo que sea más justo y benéfico”*<sup>34</sup>. Cláusula esta que por cierto las autoridades guatemaltecas pasaron por alto poco tiempo más tarde, al autorizar a la ciudad de Granada a nombrar una junta gubernativa y dismantelar así la unidad territorial de la provincia de Nicaragua y Costa Rica.

El artículo 4° del acta disponía que se tomaran las medidas más eficaces para la conservación del orden y sostenimiento de los funcionarios públicos y se manifestaba que el gobierno

*“castigará severamente a los perturbadores de la tranquilidad pública y desobedientes a las autoridades”*<sup>35</sup>. Los detractores guatemaltecos

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*, p. 243.

35 *Ibid.*, p. 242-243.

del acta de los nublados interpretaron esto en el sentido de una amenaza contra los leoneses, diciendo que la Diputación Provincial “*los precisa a ser esclavos, amenazándolos con las bayonetas y los más severos castigos, si atentaren contra su autoridad absoluta*”<sup>36</sup>. Sin embargo, los exaltados guatemaltecos no veían la viga en el ojo propio: aunque teóricamente la decisión sobre la independencia absoluta había sido remitida al anunciado congreso de 1822, desde el 17 de setiembre de 1821 Gaínza había emitido un bando en el cual se anunciaba que sería castigada **con pena de muerte** cualquier persona “*que directa o indirectamente, con discursos o con obras, intentase trastornar o desacreditar el sistema adoptado de independencia y restablecer el gobierno español...*”<sup>37</sup>. En otras palabras, no habría ninguna libertad para que los guatemaltecos o los centroamericanos decidieran si querían ser independientes o no, por más que *El genio de la libertad* indicara con toda frescura que “*Guatemala hasta ahora no ha querido obligarlos por la fuerza ni aún para ser libres y felices...*”<sup>38</sup>

## 5.- Las reacciones de Granada y de Costa Rica.

La oposición, a nuestro juicio más aparente que real, entre el acta de Guatemala y el “acta de los nublados” actuó como un fatal elemento disolvente en la provincia de Nicaragua y Costa Rica, ya que cada ayuntamiento se sintió en posibilidad de tomar sus propias decisiones, fueran coincidentes o no con lo acordado en León. Cabe recordar que la provincia solamente existía desde 1820, e incluso antes de eso, la intendencia de Nicaragua apenas había sido erigida como tal en 1786 y no fue sino hasta 1787 cuando le

fueron agregados los territorios de los suprimidos corregimientos de Matagalpa, Nicoya y Subtiava. Pero, más allá de lo institucionalidad, lo cierto es que debido a la escasez de comunicaciones y a la baja intensidad del intercambio comercial, existía muy pocos factores de unión:

*“Sus habitantes ni siquiera habían experimentado el sentido de pertenencia a una provincia mayor; sus intereses eran estrictamente parroquiales. La colonia, en virtud de su dinámica económica extractiva, había favorecido las comunicaciones de las ciudades con los puertos, pero no de las ciudades entre sí. Entre Granada y León no había carretera digna de ese nombre, mucho menos con Costa Rica. El viaje entre las primeras tomaba dos o más días y se hacía a lomo de caballos o carretas o a través de trochas sin puentes impasables durante los aguaceros. Ni siquiera el proceso de independencia había forjado entre granadinos y leoneses el tipo de identidad que una gesta, o un pasado común, había logrado entre los colonos de Norteamérica. La interacción o comercio entre ambas habían sido escasos; en realidad sus economías no estaban integradas y eran relativamente autárquicas. La perspectiva de convertirse una región en subordinada de la otra era prácticamente intolerable, más aún cuando existía entre ambas un equilibrio de poder que probaría ser trágico.”*<sup>39</sup>

En efecto, el Ayuntamiento de la ciudad de Granada vio en la discrepancia de las actas de Guatemala y León una oportunidad para sacudirse la autoridad de la capital provincial. El 2 de octubre de 1821, el Ayuntamiento acordó

36 “Acta leonina celebrada el 28 de setiembre y publicada por bando el 29.- Preliminar”, en MOLINA, 1969, vol. III, p. 818.

37 *Textos fundamentales de la independencia centroamericana*, 1971, p. 253.

38 “Acta leonina celebrada el 28 de setiembre y publicada por bando el 29.- Preliminar”, en MOLINA, 1969, vol. III, p. 818.

39 BELLI P. (Humberto), *Buscando la Tierra Prometida. Historia de Nicaragua 1492-2019*, Managua, Impresión Comercial La Prensa, S. A., 1ª. ed., 2019, pp. 109-110.

proclamar la separación de España conforme al acta de Guatemala y rechazar lo decidido en León. El 4 de octubre se juró la independencia, con la asistencia del coronel Crisanto Sacasa y Parodi, comandante de la ciudad <sup>40</sup>. Ese mismo día 4 de octubre, Masaya decidió unirse a la posición de Granada; pero el 16 de octubre optó por apoyar a León, y el 26 de octubre decidió finalmente separarse de León y ratificar su resolución del 4 de adherirse a Granada <sup>41</sup>. Las autoridades del fuerte de San Carlos, que por su carácter militar no dependían de León sino del capitán general de Guatemala, juraron la independencia el 15 de octubre y en esa misma fecha escribieron a Gaínza para comunicárselo <sup>42</sup>. Otras poblaciones de la provincia mantuvieron una actitud dubitativa <sup>43</sup>. La villa de Nicaragua (Rivas) acordó el 5 de octubre dirigirse a las autoridades de Guatemala para pedirles más información y a las de León para agradecerles el tino con que habían actuado en tan trascendental asunto <sup>44</sup>.

A Cartago, cabecera del partido de Costa Rica, las actas de Guatemala y León llegaron conjuntamente el 13 de octubre de 1821, y el jefe político subalterno, don Juan Manuel de Cañas Trujillo, las puso enseguida en conocimiento del ayuntamiento de la ciudad. La corporación acordó respaldar lo resuelto el 28 de setiembre por la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica, posición que fue acuerpada al día siguiente por los ayuntamientos de la ciudad de San José y la villa de Heredia. El alcalde primero de San José, don José Rafael de Gallegos, hizo expresa mención de una posible anexión a México. Sin embargo,

el 15 de octubre el Ayuntamiento de Cartago se retractó de lo acordado y optó por limitarse a avisar recibo de las actas de Guatemala y León <sup>45</sup>.

## 6.- La actitud de Guatemala ante el acta de los nublados.

En la ciudad de Guatemala, las decisiones tomadas el 28 de setiembre por la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica generaron gran disgusto. El 11 de octubre, la Junta Provisional Consultiva recibió los documentos, llegados por correo extraordinario y, según se consignó en su acta de ese día, decidió esperar el correo ordinario por si traía nuevas noticias de León. Lo curioso es que en ese momento de la sesión apareció convenientemente “el pueblo”. Al respecto indica el acta:

*“En este estado entró el pueblo, previa venia, y tomando por él la palabra el intendente honorario don Santiago Milla dijo: que sin meterse en la conducta de León sobre no querer adherirse a este Gobierno, para lo que era libre, no se podía prescindir de que se le interpelase en orden al modo oscuro y enigmático con que se expresaba, en cuanto a la Independencia del Gobierno español, e indicó los puntos de dónde se podían tomar las tropas, para oponerle la fuerza en caso necesario. Se le contestó: que la Junta tendrá muy presentes las indicaciones, para acordar lo conveniente en la materia, que era la que en aquel momento estaba ocupando la atención.”* <sup>46</sup>

40 ZELAYA (Chester), *Nicaragua en la Independencia*, San José, EDUCA, 1ª. ed., 1971, pp. 102-103.

41 *Ibid.*, pp. 103-104.

42 *Ibid.*, pp. 104-105.

43 *Ibid.*, pp. 102-103.

44 *Ibid.*, p. 104.

45 FERNÁNDEZ GUARDIA, Ricardo, *La Independencia*, San José, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1ª. ed., 1971, pp. 5-8.

46 *Actas de la Junta Provisional Consultiva*, Guatemala, Editorial Ejército, 1ª. ed., 1971, pp. 88-89.

Es decir, cuando la Junta apenas estaba enterándose del contenido de los documentos leoneses, ya “el pueblo” los conocía y se presentó “espontáneamente” en la reunión para que su vocero Milla exigiera que se interpelara a León e incluso hablara del eventual uso de la fuerza. A nuestro juicio, ahí no hubo nada de espontáneo, sino una maniobra previamente orquestada para crear un clima contrario a las decisiones de León. El “pueblo” que entró con Milla debió ser una mera turba previamente instruida para crear presión sobre la Junta, con la muy posible connivencia de integrantes de esta, y que por lo que se puede deducir del acta, se retiró disciplinadamente cuando se le dijo que la Junta tendría muy presentes sus indicaciones.

El 17 de octubre unos sujetos que se autodenominaban “Los Patriotas” pero que se guardaron muy bien de consignar sus nombres, hicieron circular en la capital guatemalteca un documento en el que criticaban e insultaban ferozmente a las autoridades leonesas <sup>47</sup>. A pesar de lo injurioso del texto, *El Genio de la Libertad*, nuevo periódico del doctor Molina, lo publicó en sus páginas, lo cual motivó una queja de la Diputación Provincial de León a la Junta Consultiva de Guatemala, por considerar, y con mucha razón, que aquello era un abuso de la libertad de imprenta, pero la queja no fue conocida sino hasta el 22 de noviembre <sup>48</sup>.

En la sesión del 20 de octubre, la Junta Provisional Consultiva tomó unas decisiones dirigidas directamente contra León y Comayagua, las dos ciudades que no se había unido al acta del 15 de setiembre. Desde el 15 de octubre se habían conocidos unos oficios presentados por el director de la Renta de Tabacos de Guatemala,

bajo cuya autoridad estaban las factorías de Tabacos de Comayagua y León, sobre la conveniencia de trasladarlas respectivamente a Tegucigalpa y Granada, poblaciones que sí aceptaban la autoridad guatemalteca <sup>49</sup>. Dada la enorme importancia que tenía ese producto para las economías de las provincias de Comayagua y de Nicaragua y Costa Rica, evidentemente se trataba de coaccionarlas para que cambiaran su posición política ante la amenaza de perder el control de la actividad tabacalera local en favor de una población rival. Las propuestas fueron aprobadas en esa sesión del 20 de octubre <sup>50</sup>.

Al disponer este traslado, la Junta empezaba a atizar la discordia entre León y Granada, lo cual tendría más adelante consecuencias catastróficas. Pero aún más grave fue otra decisión tomada ese día por la corporación. En esa misma sesión, por una de esas prodigiosas coincidencias que al parecer empezaban a ser frecuentes en los quehaceres de la Junta Consultiva, don Gabino Gaínza dio lectura a un documento suscrito por varios vecinos de Granada y a otro del granadino Francisco Oconor,

*“[...] en que manifiestan que habiendo dicha ciudad, y otros pueblos [Managua y Masaya] separándose de las ideas de la*

*capital de León en punto de independencia y venidose a esta, era indispensable organizar un gobierno provisional en aquellos puntos, bajo cuya dirección pudiesen resistir las tentativas del de León que podía hostilizarlos. Al efecto proponían el nombramiento de un jefe político, y la formación de una junta provisional supletoria, para lo que deberá nombrar cada ayuntamiento un individuo.*

47 *Textos fundamentales de la independencia centroamericana*, 1971, pp. 382-383.

48 *Acta de la Junta Provisional Consultiva*, 1971, pp. 238-239.

49 *Ibid.*, pp. 121-122.

50 *Ibid.*, pp. 130-131.

*Dicho señor [Gáinza] propuso a discusión, si convendría poner en una sola mano el mando militar y político, suspendiendo los efectos de la división de poderes, en atención a las circunstancias de aquellos pueblos, estando facultado el gobierno para ello, por la misma Constitución en casos semejantes, y habiendo el actual comandante [Crisanto Sacasa] dado claras pruebas de adhesión a la independencia. Sin resolverse este punto, se acordó que todos los ayuntamientos de las cabeceras de partido o subdelegaciones, nombren un vocal para la junta supletoria que se solicita, y que esta junta reunida proponga un jefe político, que entrará, en atención a la distancia, a funcionar desde luego, y antes de la confirmación de este gobierno.”<sup>51</sup>*

Si las autoridades guatemaltecas no tenían sobre el resto de Centroamérica las pretensiones hegemónicas que les había atribuido el acta de los nublados, ciertamente deberían haber respondido a los solicitantes que no tenían ninguna competencia para decidir asuntos relativos a otra provincia.

Por su parte, en su edición del 22 de octubre, *El editor constitucional* publicó un venenoso artículo contra el acta de los nublados, a la que llamaba despectivamente “acta leonina”, y en el cual denostaba a sus firmantes, “cuyo nombre

*debe quedar inscrito, para perpetua execración, en la memoria de los americanos amantes de su libertad”<sup>52</sup>.*

## **7.- El acta de independencia absoluta de Nicaragua y Costa Rica.**

Según se expuso, ya desde el 29 de setiembre la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica había considerado inevitable la anexión de Centroamérica a México. Aunque en Nicaragua y Costa Rica todavía no había comunicaciones oficiales al respecto, por las diversas informaciones que iban llegando a León era evidente el éxito del Plan de Iguala y el derrumbe final de la dominación española en tierras mexicanas.

El hecho de que el Plan de Iguala y los tratados de Córdoba consagraran el ofrecimiento de la corona imperial mexicana al rey don Fernando VII y la primacía de la fe católica, sin duda disminuyó o disipó los recelos de las autoridades de León, porque significaba la continuidad de la legitimidad dinástica y religiosa, al mismo tiempo que se mantenía el orden legal existente hasta esos momentos, según el cual la provincia de Nicaragua y Costa Rica no dependía en lo político y administrativo de la de Guatemala.

El 11 de octubre de 1821 la Diputación Provincial acordó en León la proclamación de la independencia absoluta de España y la unión al Imperio Mexicano. El bando mediante el cual se hizo pública la decisión dice así:

*“Don Miguel González Saravia, jefe político superior, gobernador militar e intendente de esta Provincia. Por cuanto la Excelentísima Diputación Provincial, asociada del Ilustrísimo señor obispo en sesión del día de ayer acordó lo siguiente:*

*“Habiéndose recibido las contestaciones de casi todos los partidos al bando del*

51 *Ibid.*, pp. 133-134.

52 “Acta leonina celebrada el 28 de setiembre y publicada por bando el 29.- Preliminar”, en MOLINA, 1969, vol. III, p. 820.

28 último, visto que todos propenden por la independencia absoluta del Gobierno español y no olvidando hasta dónde llegan los empeños religiosos y lo que exigen hoy los verdaderos intereses de la provincia, esta Diputación Provincial, asociada del Ilustrísimo señor obispo acordó:

1.- *Que se proclame y jure pública y solemnemente la independencia absoluta del Gobierno español en los mismos términos que la propone en su plan el señor don Agustín Iturbide y bajo los auspicios del ejército imperial, protector de las tres garantías, según y como se expresa en el artículo 4º que dice: “Será su Emperador el señor don Fernando VII y no presentándose este en México personalmente, dentro del término que las Cortes señalaran a prestar el juramento, serán llamados en su caso, el Serenísimo señor infante don Carlos, el señor don Francisco de Paula, el archiduque don Carlos, u otro individuo de casa reinante que estime por conveniente el Congreso”.*

2.- *Que si la capital de Guatemala ha jurado la independencia del Gobierno de la Península en el concepto y sentido que la acuerda esta provincia; los pueblos que la componen se apresurarán a darle pruebas nada equívocas de unión, orden, amistad y mutua legal correspondencia.*

3.- *Que en caso contrario esta provincia protesta del modo más religioso conservar con aquella ciudad y demás pueblos que sean de otra opinión o dictamen la buena y cristiana armonía que debe reinar entre hermanos.*

4.- *Que con arreglo al artículo 15 del expresado Plan queden las autoridades constituidas en el ejercicio de sus funciones, auxiliando esta Diputación Provincial al señor jefe político superior en todos los negocios gubernativos y económicos dignos de atención.*

5.- *Que a la mayor brevedad posible se circule por la Provincia este acuerdo, se dé parte de él al Gobierno de Guatemala y al jefe general más inmediato de las tropas imperiales y ejército protector de las tres expresadas garantías.*

*Por tanto, para que llegue a noticia del público y obre los efectos convenientes, se publica por bando, circulándose como se previene. Dado en León, a doce de octubre de mil ochocientos veintiuno.- Miguel González Saravia.- Por mando de su señoría.- Tomás Iglesias.”*<sup>53</sup>

Con este texto quedaban disipados los “nublados del día”, la provincia de Nicaragua y Costa Rica definitivamente independiente de España y unida al Imperio Mexicano, conforme al Plan de Igualta, y don Miguel González Saravia convertido en su primer gobernante.

Como se deduce del artículo 2º, el gobierno de Nicaragua y Costa Rica estaba dispuesto a mantener buenas relaciones con Guatemala, si esta también se unía al Imperio, lo cual parecía muy probable; pero no estaba dispuesto a depender en ningún sentido de las autoridades guatemaltecas. Además, en el artículo 3º quedaba muy claro que aun cuando Guatemala y otros pueblos fueran de otro criterio, las autoridades de León mantendrían con ellos “la buena y cristiana armonía que debe reinar entre hermanos”. Esta

53 VALLE (Rafael Heliodoro), *La anexión de Centroamérica a México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1ª. ed., 1924-1949, vol. I, pp. 36-37.

política se mantuvo durante largo tiempo, y explica también por qué ni en 1821 ni en 1822 se tomó ninguna medida sustancial para poner fin por la fuerza a la secesión de los partidos de Granada y de Costa Rica.

El obispo García Jerez, dando por sentado que don Fernando VII aceptaría el trono imperial mexicano, envió el 13 de octubre una circular a todo el clero de la diócesis pidiendo jurar la independencia del Gobierno español conforme al Plan de Iguala, y en la cual incluso ya se indicaba el cambio que debía efectuarse en la liturgia, para que en las misas se rogara no por el rey Fernando, la reina y la familia real, como se había hecho hasta ese momento, sino por el emperador Fernando, la emperatriz y la familia imperial <sup>54</sup>.

Este documento sin duda tuvo un efecto muy importante sobre los sacerdotes seculares de Nicaragua y Costa Rica, porque les permitió adherirse a la causa de la independencia de España sin problemas de conciencia. En los días siguientes, el clero de varias poblaciones, entre ellas Granada, prestaron el juramento en los términos indicados por el prelado <sup>55</sup>.

El mismo 13 de octubre, los integrantes de la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica juraron la independencia de España. Al día siguiente se tomó juramento al pueblo de León y el 18 lo prestó el claustro de la Universidad de León <sup>56</sup>.

Como en la Diputación Provincial estaban representados todos los partidos de la provincia de Nicaragua y Costa Rica, el acta del 11 de octubre podía considerarse válidamente para todos ellos

como el acta de independencia absoluta de España, cosa que ciertamente no ocurría con la de Guatemala, cuyas autoridades carecían de toda competencia política y administrativa fuera de las fronteras de su provincia.

La nueva actitud de León no podía caer ni cayó bien en Guatemala, porque significaba el mantenimiento de la separación entre las dos provincias. El 21 de octubre, al enterarse la Junta Consultiva de Guatemala de lo ocurrido en León el día 11, acordó responder a las autoridades leonesas

*“[...] manifestando en términos claros que esa Junta [la Diputación de León] no podía sin ofender los más sagrados derechos de los pueblos hacer un pronunciamiento que los ligara, o no, al Imperio Mexicano: que la voluntad general es la que en el congreso de marzo puede solamente hacerlo: que si la de los pueblos de León es por el Plan de Iguala sus diputados lo dirán; y que si aquella Diputación estima conveniente enviar vocales a a esta Junta, uno o dos individuos de su seno o fuera de él, pueden verificarlo...”* <sup>57</sup>

Quizá con la esperanza de atraerse a los leoneses, ahora que ya se había declarado la independencia absoluta de España, la Junta Consultiva dispuso el mismo 21 de octubre revocar su acuerdo del día anterior sobre el traslado de la factoría de Tabacos de León a Granada <sup>58</sup>.

Menos moderado que la Junta Consultiva, don Pablo Alvarado y Bonilla, cartaginés que estudiaba Medicina en la Universidad de San

54 ZELAYA, 1971, pp. 270-271.

55 *Ibid.*, pp. 111-112.

56 *Ibid.*, p. 119.

57 *Actas de la Junta Provisional Consultiva*, 1971, p. 136.

58 *Ibid.*

Carlos, dirigió el 22 de octubre un manifiesto a los costarricenses, en el cual llenaba de insultos a las autoridades leonesas y criticaba acerbamente el hecho de que no se hubieran separado de sus cargos al proclamarse la independencia de España, en obsequio de la nueva legalidad (aunque las guatemaltecas, a las que Alvarado apoyaba con entusiasmo, ciertamente tampoco habían hecho tal cosa el 15 de setiembre)<sup>59</sup>.

Sin embargo, había una realidad que tanto los partidarios como los adversarios de la anexión de Centroamérica al naciente Imperio dejaron de lado en esos turbulentos días de 1821. Si la propia Centroamérica tenía en sí misma muy escasos y débiles elementos de unidad, más tenues eran aun sus lazos con México:

*“Haciendo un balance general de aquella experiencia, parece evidente que el proyecto de Iturbide estaba sustentado sobre bases muy endeblés. Si en el papel sonaba lógico unir a la Nueva España y las provincias guatemaltecas en un solo cuerpo político, en la realidad esta idea no estaba anclada en vínculos históricos ni en relaciones económicas o sociales que apuntaran a la unión efectiva de aquellos territorios. Se trataba de una construcción en gran medida imaginaria, que hubiera requerido de un impulso mucho más vigoroso para que fuera perdurable.”*<sup>60</sup>

## 8.- Fragmentación de la provincia de Nicaragua y Costa Rica.

De conformidad con el Plan de Iguala y los tratados de Córdoba, a partir del 11 de octubre

de 1821 don Miguel González Saravia continuó teóricamente como jefe político superior de la independizada provincia de Nicaragua y Costa Rica. Sin embargo, lo cierto es que la provincia se vio muy fragmentada como consecuencia de la separación de España, ya que tanto Granada como Costa Rica hicieron casa aparte, la primera quedando sujeta a Guatemala y la segunda de modo completamente independiente.

Aunque el acta leonesa del 11 de octubre proclamaba la independencia absoluta de España, Granada no se manifestó dispuesta a aceptar dicha acta, posiblemente porque eso hubiera significado volver a quedar sujeta a las autoridades de León. y comenzó a efectuar movimientos de tropas para rechazar un posible ataque leonés. El 20 de octubre, el coronel Crisanto Sacasa, comandante militar de Granada, dirigió una carta a don Gabino Gaínza para informarle al respecto y decir que el gobierno de León manifestaba una actitud hostil hacia su ciudad, por haber aceptado el acta del 15 de setiembre<sup>61</sup>.

Las autoridades guatemaltecas aprobaron lo actuado por Sacasa mediante una nota de Gaínza, fechada el 18 de noviembre<sup>62</sup>. Cabe indicar que solamente conocemos la versión de Sacasa, que además era parte más que interesada, y no se puede afirmar con certeza que ya desde entonces en León hubiera intenciones de someter a Granada por la fuerza.

Como ya indicamos, ese mismo 20 de octubre, varios granadinos residentes en Guatemala, ávidos de que Granada se liberara de la autoridad de León, se dirigieron a Gaínza para expresar la necesidad de que en su partido se constituyera una junta gubernativa. La Junta Consultiva de

59 Archivo Nacional de Costa Rica, Sección Histórica, Provincial Independiente, n° 77.

60 VÁZQUEZ OLIVERA, Mario, *Chiapas mexicana*, México, UNAM; 1ª. ed., 2017, p. 49.

61 ZELAYA, 1971, p. 115.

62 *Ibid.*, p. 122.

Guatemala, complacida de poder debilitar a las autoridades de León, no tuvo empacho en azuzar la división interna de la provincia de Nicaragua y Costa Rica, y el mismo día, sin mayor reflexión, resolvió autorizar la formación de la junta granadina y la designación por esta de un jefe político subalterno.

Aunque habitualmente se ha atribuido la decisión granadina de rechazar el acta del 11 de octubre una expresión de republicanismo, por cuanto esa acta proclamaba la unión al Imperio Mexicano, nos parece que eso es bastante dudoso, porque pocos meses después, a principios de 1822, Granada optó también por la anexión. Nos parece que lo que privó en esa decisión granadina de octubre de 1821 fue el deseo de mantener a la ciudad independiente de León, aunque fuera cambiando la hegemonía leonesa por la guatemalteca. Costa Rica hizo algo parecido, al erigir un sistema propio y emitir el Pacto de Concordia, aunque sin perjuicio de aceptar después la anexión a México. Por otra parte, hay que tomar en cuenta que al seno de la propia Granada había grandes divergencias, y que entre las diversas posiciones que surgían, muchas veces estaban envueltos rencores personales y familiares e intereses puramente económicos de los individuos involucrados, entre los cuales figuraba, en primera línea, el coronel Crisanto Sacasa <sup>63</sup>.

Muy claramente lo percibe el historiador costarricense don Manuel Benavides Barquero, quien después de una cuidadosa investigación, indica que los grupos que rivalizaban entre sí en Granada:

*“[...] han sido calificados muy rápidamente por la historia patria con los conceptos de*

*monarquistas y republicanos; sin embargo, el asunto se inscribe en el área económica como una lucha de poder entre los antiguos y los nuevos enemigos, con sus lealtades y sus miedos porque según quién fuera que ganara vendrían las venganzas.”* <sup>64</sup>

En la sesión del 22 de noviembre, la Junta Consultiva de Guatemala incorporó como nuevo vocal a don Eusebio Castillo, al que había designado como representante de Granada <sup>65</sup>, y conoció varias comunicaciones que le había dirigido el coronel Sacasa. En la principal, fechada el 7 de noviembre, Sacasa se solicitaba autorizar la formación de una junta gubernativa en Granada, subalterna de la de Guatemala. Esa autorización había sido otorgada desde un mes atrás, pero al parecer esa decisión no se había comunicado a Granada, ya que la Junta Consultiva volvió a tomar un acuerdo sobre el mismo tema:

*“[...] que se proceda a formarla componiéndose de cinco individuos: que estos sean nombrados por los electores que envíen los ayuntamientos de los pueblos que siguen el sistema de Granada, concurriendo uno por cada pueblo: que la misma Junta nombrará su presidente, cuyo cargo no durará más que un mes, al fin del cual la Junta procederá a nuevo nombramiento, y siempre deberá recaer en uno de sus individuos: que si algunos otros pueblos o partidos siguieren a Granada, la misma Junta acordará darles en ella, proporcionado número de vocales: que ella cuide de que los caudales públicos del distrito en que gobierna entren a la Tesorería de Granada: que la duración de esta Junta sea hasta que los sucesos políticos fijen la suerte de los*

63 BENAVIDES BARQUERO (Manuel de Jesús), *El proceso de independencia de las provincias del Reino de Guatemala (1786-1824)*, San José, M. J. Benavides B., 1ª. ed. 2021, pp. 383-392.

64 *Ibid.*, pp. 387-388.

65 *Actas de la Junta Provisional Consultiva*, 1971, p. 235.

*pueblos: que la comandancia general de las armas de aquella provincia la obtenga, por ahora, el señor coronel Sacasa y comprenda su mando todo el territorio de Nicaragua que haya jurado y reconocido al gobierno provisional de esta capital.”* <sup>66</sup>

El coronel Sacasa se quejaba además de que las autoridades de León interceptaban la correspondencia que iba de Guatemala a Granada. Al respecto, la Junta Consultiva acordó, sin oír a las autoridades leonesas, “*escribir al intendente de León manifestándole haber sido muy reprobable semejante procedimiento reprobado por la armonía y por la razón*” <sup>67</sup>. Por último, Sacasa alegaba que era manifiesta la necesidad de Granada de mantener tropas sobre las armas y que por falta de fondos los concejales granadinos se aprestaban a hacer las erogaciones requeridas en calidad de reintegro. La Junta Consultiva extendió la autorización correspondiente y acordó además agradecer la conducta de los munícipes <sup>68</sup>.

Aun sin conocer estas decisiones de la Junta Consultiva, el Ayuntamiento de Granada, por supuesto sin consultar con León, nombró como jefe político subalterno al panameño don Víctor de la Guardia y Ayala <sup>69</sup>. La escogencia era afortunada, porque don Víctor era un hombre

ilustrado, sensato y moderado, que podía contribuir efectivamente al mantenimiento de la paz y era ajeno tanto a las rivalidades localistas de los nicaragüenses como a los antagonismos internos de los granadinos. Sin embargo, don

Víctor no debió hallarse muy a gusto en el cargo, ya que poco después solicitó al gobierno de México que lo trasladara a Costa Rica con el cargo de juez letrado <sup>70</sup>.

La noticia de que Guatemala había autorizado a Granada a constituir una junta gubernativa alarmó al gobierno de León. En acatamiento de lo acordado en el acta del 11 de octubre, las autoridades leonesas habían manifestado mayor objeción a que Granada hubiera decidido apoyar el acta de Guatemala y estuviera gobernada por su propio ayuntamiento. Pero establecer una junta gubernativa ya era harina de otro costal, porque equivalía a una secesión franca y declarada. El 1° de diciembre, la Diputación Provincial dirigió el 1° de diciembre una comunicación al coronel Sacasa, para intimarlo a que por ningún título se constituyera la proyectada junta y la ciudad siguiera gobernándose como lo había hecho hasta ese momento <sup>71</sup>. La gestión no tenía ningún viso de éxito, ya que el mismo Sacasa, como hemos visto, era uno de los promotores de la idea <sup>72</sup>. El 29 de enero de 1822 se constituyó la Junta Gubernativa de Granada <sup>73</sup>. En ese momento, las poblaciones que estaban bajo su autoridad eran la ciudad de Granada, la villa de Masaya y los pueblos de Acoyapa, Canoapa, Comalapa, Nicoya, Nindirí, San Juan, Santa Catarina y Teustepe <sup>74</sup>,

La noticia de que en León se había proclamado el 11 de octubre la independencia absoluta de España fue recibida con alborozo en los partidos de Nicoya y de Costa Rica. El 29 de octubre, el pueblo de Nicoya, cabecera del partido

66 *Ibid.*, pp. 239-240.

67 *Ibid.*, p. 240.

68 *Ibid.*

69 ZELAYA, 1971, pp. 119-122.

70 VALLE, 1924-1949, vol. III, p. 148.

71 ZELAYA, 1971, p. 119.

72 *Ibid.*, p. 116.

73 *Ibid.*, pp. 118-119.

74 *Ibid.*, p. 118.

homónimo, juró la independencia en los mismos términos que lo había hecho León<sup>75</sup>. El mismo día, la ciudad de Cartago, capital del partido de Costa Rica, proclamó también la independencia de España y la anexión al Imperio<sup>76</sup>. En Costa Rica, esa situación duró poco, ya que otras poblaciones costarricenses solamente proclamaron la separación de España, sin aludir a la anexión a México, y en general los grupos dominantes en Costa Rica veían con mucho desagrado la idea de seguir bajo la autoridad leonesa. Sin embargo, no hubo nadie que defendiera la posibilidad de colocarse bajo la autoridad de Guatemala. Ya para entonces la Junta Consultiva había aumentado el número de sus miembros con el sacerdote cartaginés don José Antonio Alvarado y Bonilla en representación de Costa Rica, aunque sin pedirle opinión a los costarricenses.

El 12 de noviembre se reunió en Cartago una asamblea de legados de todos los pueblos costarricenses y, aprovechando que el mismo día el coronel don Juan Manuel de Cañas Trujillo presentó su renuncia como jefe político subalterno de Costa Rica, decidió constituirse en junta gubernativa, en lugar de que asumiera el mando político el alcalde primero de Cartago, que era el llamado a hacerlo según la legislación vigente. Sin tener noticia de la dimisión de Cañas Trujillo, la Junta Consultiva de Guatemala, a propuesta del representante costarricense don José Antonio Alvarado, lo destituyó del mando militar de Costa Rica el 18 de noviembre y designó para reemplazarle al teniente coronel don Félix Fernández y Tenorio<sup>77</sup>.

La verdad, la Junta de Legados de los Pueblos andaba por otro rumbo: en vez de limitarse a administrar, asumió carácter de asamblea

constituyente y decidió que se emitiera un texto constitucional provisional. Este fue aprobado el 1° de diciembre, con el nombre de Pacto Social Fundamental Interino o Pacto de Concordia, y que empezó a regir provisionalmente, a la espera de ser ratificado en enero por una nueva constituyente.

Jurídicamente, el Pacto de Concordia representó la ruptura definitiva de Costa Rica con la agonizante provincia de Nicaragua y Costa Rica. En este documento se declaraba enfáticamente que la *provincia* (ya no el partido) de Costa Rica era libre e independiente y que la Junta Superior Gubernativa asumiría las funciones antes correspondientes a las autoridades de León y a Guatemala. El mismo 1° de diciembre, la Junta de Legados concluyó sus labores y fue reemplazada por una Junta Gubernativa Interina, presidida por el vicario don Pedro José Alvarado y Baeza.

Un asunto que no se ha logrado aclarar satisfactoriamente, al menos para nosotros, se refiere a la actuación del bachiller Osejo en estos acontecimientos. El 29 de octubre de 1821, cuando Osejo se hallaba en la ciudad de Cartago como legado de la villa de Ujarrás, había suscrito el acta de independencia absoluta de España y de unión al Imperio, e inicialmente había formado parte de la Junta de Legados de los Pueblos, pero Ujarrás le revocó sus poderes y quedó excluido de esa asamblea. Según le informó el generalísimo

Iturbide el 4 de febrero de 1822 a la Regencia del Imperio, desde el 2 de diciembre de 1821, al día siguiente de la firma del Pacto de Concordia, Osejo le había escrito para anunciar que Costa Rica se había erigido en soberana y negaba la obediencia al gobierno imperial, "*habiendo sido*

75 SIBAJA, Luis Fernando, y ZELAYA, Chester, *Nicoya, su pasado colonial y su anexión o agregación a Costa Rica*, San José, EUNED, 1ª. ed., 2015, p. 122.

76 El texto del acta de Cartago figura en *Textos fundamentales de la independencia centroamericana*, 1971, pp. 282-283.

77 *Actas de la Junta Consultiva de Guatemala*, 1971, p. 225.

*infructuosas todas las diligencias que Osejo de acuerdo con el intendente [don Miguel González Saravia] ha practicado para conservar el orden y mantener unida toda la provincia”* <sup>78</sup>.

Este documento ha sido objeto de polémica entre los historiadores, porque Osejo ha sido tradicionalmente considerado como uno de los paladines del republicanismo en Costa Rica. Sin embargo, cabe recordar que en noviembre y diciembre de 1821 en Costa Rica todavía no se hablaba del sistema republicano como una posibilidad efectiva. Dado que en 1820 don Miguel González Saravia había acuerpado a Osejo en su interés por difundir los derechos consagrados en la Constitución española, a lo que se resistía el jefe político subalterno de Costa Rica Cañas Trujillo, no es imposible que don Miguel solicitara la ayuda del bachiller para tratar de mantener la unidad de la provincia de Nicaragua y Costa Rica, y que Osejo, sin duda muy resentido con la Junta de Legados por su exclusión, haya colaborado de algún modo con los esfuerzos del jefe político superior para que Costa Rica no se separara de Nicaragua. No vemos en ello ninguna “traición”. Además, aun antes de que terminara el año, prácticamente todos los integrantes de las élites gobernantes de Costa Rica apoyaron la

unión a México, incluso con expresiones que hoy consideraríamos bastante serviles, y sin que eso impidiera a muchos de ellos militar después con entusiasmo en las filas republicanas.

Por lo demás, el único efecto que tuvo la carta de Osejo a don Agustín de Iturbide fue que la Regencia de México dispusiera dirigirse el 18 de febrero de 1822 tanto a don Gabino Gaínza como a don Miguel González Saravia, para que procuraran que se uniformara la opinión y se consolidara la paz <sup>79</sup>.

La villa de Heredia había estado representada en la Junta de Legados de los Pueblos, pero repudió enfáticamente el Pacto de Concordia y anunció su decisión de seguir bajo la autoridad de León, y durante unos meses también el pueblo de Barva hizo causa común con los heredianos, aunque a mediados de 1822 se reincorporó a Costa Rica. Heredia se mantuvo voluntariamente bajo la autoridad de León, como única parte del territorio costarricense que seguía apegada a los términos del acta leonesa del 11 de octubre. No fue sino hasta abril de 1823, después de la breve guerra civil en la que las fuerzas republicanas de Alajuela y San José derrotaron en Ochomogo a los monárquicos cartagineses, cuando la villa imperial optó por reincorporarse pacíficamente a Costa Rica. Para entonces, ya había caído el Imperio en México y en la propia ciudad de León las autoridades monárquicas habían sido depuestas y se había establecido una junta gubernativa.

Cartago, 1º de noviembre de 2021.

78 VALLE, 1924-1949, vol. III, p. 197.

79 VALLE, 1924-1949, vol. III, pp. 197-198.

## BIBLIOGRAFÍA

### FUENTES DOCUMENTALES

Archivo Nacional de Costa Rica, Sección Histórica, Complementario Colonial, documentos número 2513 y número 3471, folios. 72-72 v; Provincial Independiente, n° 77.

### FUENTES IMPRESAS

*Actas de la Junta Provisional Consultiva*, Guatemala, Editorial Ejército, 1ª. ed., 1971.

BELLI P. (Humberto), *Buscando la Tierra Prometida. Historia de Nicaragua 1492-2019*, Managua, Impresión Comercial La Prensa, S. A., 1ª. ed., 2019, pp. 109-110.

BENAVIDES BARQUERO (Manuel de Jesús), *El proceso de independencia de las provincias del Reino de Guatemala (1786-1824)*, San José, M. J. Benavides B., 1ª. ed. 2021.

CABEZAS CARCACHE, Horacio, *Independencia centroamericana. Gestión y ocaso del "Plan Pacífico"*, Guatemala, Editorial Universitaria, 1ª. ed., 2010, p. 75.

*Colección de decretos y órdenes de las Cortes de Cádiz*, Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales, 1ª. ed., 1987, 2 vols.

CORONEL URTECHO, (José), *Reflexiones sobre la historia de Nicaragua (de Gaínza a Somoza). II.- La Guerra Civil de 1824*, Managua, Instituto Histórico Centroamericano, 1ª. ed., 1962, p. 31

FERNÁNDEZ (León), *Colección de documentos para la historia de Costa Rica*, San José, Imprenta Nacional; París, Imprenta de Pablo Dupont, y Barcelona, Imprenta Viuda de Luis Tasso, 1ª. ed., 1881-1907, 10 vols.

FERNÁNDEZ GUARDIA (Ricardo), *La Independencia*, San José, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1ª. ed., 1971.

MOLINA (Pedro), *Escritos del doctor Pedro Molina*, Guatemala, Editorial "José de Pineda Ibarra", 2ª. ed., 1969, 3 vols.

OBREGÓN QUESADA (Clotilde), *Una historia de valor*, San José, Litografía e Imprenta LIL, 1ª. ed., 1995.

SÁENZ CARBONELL (Jorge Francisco), *Breve historia del Derecho costarricense*, San José, ISOLMA, 1ª. ed., 2016.

SIBAJA (Luis Fernando), y ZELAYA (Chester), *Nicoya, su pasado colonial y su anexión o agregación a Costa Rica*, San José, EUNED, 1ª. ed., 2015.

*Textos fundamentales de la independencia centroamericana*, San José, EDUCA, 1ª. ed., 1971.

VALLE (Rafael Heliodoro), *La anexión de Centroamérica a México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1ª. ed., 1924-1949, 6 vols.

VÁZQUEZ OLIVERA (Mario)

\_\_\_\_\_, *Chiapas, años decisivos*, Tuxtla Gutiérrez, Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas, 1ª. ed., 2010.

\_\_\_\_\_, *Chiapas mexicana*, México, UNAM; 1ª. ed., 2017.

ZELAYA (Chester), *Nicaragua en la Independencia*, San José, EDUCA, 1ª. ed., 1971.

ZELAYA GOODMAN (Chester J.), *El bachiller Osejo*, San José, Editorial Costa Rica, 1ª. ed., 1971, 2 vols.



# INDEPENDENCIA JUDICIAL: DESCENDIENTE DIRECTA DEL PACTO SOCIAL FUNDAMENTAL INTERINO DE COSTA RICA (PACTO DE CONCORDIA) Y LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

*M.Sc. David Fallas Redondo<sup>1\*</sup>*

## RESUMEN

La independencia judicial es uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho costarricense. Este instituto tiene su origen en la Constitución de Cádiz de 1812 y fue incorporado en el Pacto Social Fundamental Interino (Pacto de Concordia) de Costa Rica, en 1821. Se trata, entonces, de uno de los puntos de partida del andar constitucional costarricense, que ha sido mantenido hasta hoy. Ante la posibilidad de que se esté amenazando la independencia judicial, es pertinente recordar el origen histórico de la figura en Costa Rica. Se examinan en este artículo las normas constitucionales y legales relacionadas con este instituto a partir del comienzo de la vida soberana del país.

**Palabras clave:** Independencia judicial. Origen histórico de la independencia judicial en Costa Rica. Constitución de Cádiz de 1812. Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica de 1821. Pacto de Concordia. Leyes de Cádiz de octubre de 1812

## ABSTRACT

An independent judiciary is an essential component of the rule of law in Costa Rica. Such independence dates back to the Cádiz Constitution of 1812 and was adopted in the Pacto Social Fundamental Interino (Pacto de Concordia) of Costa Rica (1821), which is the first Costa Rican Constitution. So, the independence of the judiciary is one of the start points of Costa Rica's constitutional path, that remains standing still today. Therefore, since it is possible that the mentioned principle is in danger, it is important to consider its historical origin. In order to accomplish that, in this article constitutional and legal norms related to the independence of the judiciary are examined.

**Keywords:** Independence of the judiciary. Historical origins of independence of the judiciary in Costa Rica. Cádiz Constitution of 1812. Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica of 1821. Cádiz laws of October of 1812.

Recibido: 1 de noviembre 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

1 \* El autor se desempeña actualmente como juez del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Anteriormente, ejerció como juez del Tribunal Contencioso Administrativo. Además, es docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de esa misma universidad.

## 1. Una institución incómoda para el poder

En la Costa Rica de hoy, esa misma que este año 2021 celebra los doscientos años de haberse convertido en Estado independiente, hay indicios de que se estaría presentando un importante conflicto que sacude las bases mismas de la república diseñada en la Constitución. Algunas veces ha sido denunciado con valentía y con argumentos. También ha habido ocasiones en que ha sido tratado con profundidad y seriedad. Sin embargo, en mayor medida, el problema ha sido abordado con ligereza y superficialidad y, peor aún, con más frecuencia todavía ha sido convenientemente ignorado, catalogado como algo irreal o cubierto con el manto de la legalidad de lo que se hace.

Merefiero al señalamiento<sup>2</sup> de que la independencia judicial está siendo amenazada por un sector económica y políticamente muy poderoso, el cual procuraría someter a la judicatura para que actúe al unísono con el Ejecutivo y el Legislativo en la dirección y gestión de los asuntos públicos.

Lo que se suele cuestionar es la elección de quienes integran -en propiedad o como suplentes- la Corte Suprema de Justicia, crítica que, en algunas oportunidades, se ha extendido a los nombramientos efectuados para integrar tribunales o juzgados, así como la designación de los altos cargos administrativos del Poder Judicial o, incluso, la del o de la fiscal general de la república. El común denominador de este cuestionamiento es que se dirige contra el procedimiento seguido para llenar esos puestos.

Desde mi punto de vista, la forma de elección o designación es algo secundario. Para mí, el problema esencial es “para qué” se nombra a una determinada persona en alguno de esos cargos. Si, partiendo de los antecedentes personales y profesionales relativos a su integridad, capacidad, preparación e idoneidad para cumplir las funciones de éste, se le asigna el puesto para que actúe con independencia, imparcialidad y objetividad, pues entonces se cumple y fortalece el diseño constitucional de los poderes del Estado.

Si, en cambio, lo que se persigue con tales designaciones es promover la docilidad de la judicatura o su sujeción acrítica a cualquier cosa que sostengan los altos órganos jurídicos del Estado, o su comprensión por adhesión a y compromiso con los proyectos político-económicos promovidos por varios grupos de interés, sin que importe la conformidad real de estos con el Estado de derecho (que es algo muy distinto a la observancia formal del texto de la ley), entonces lo que se produce es una ruptura del orden constitucional. Puede que sea un rompimiento “blando”, disfrazado con el ropaje de normas, dictámenes o resoluciones, pero siempre se trataría del quebrantamiento del sistema de frenos y contrapesos, el cual se consumiría con las decisiones que tomen las personas que se designen para tales fines.

Estimo pertinente señalar que por independencia judicial entiendo el principio “*que exige que el juez no esté sometido a voluntad alguna distinta de la de la ley*”<sup>3</sup>. Esta es la noción que se recoge en el artículo 154 de la Constitución costarricense<sup>4</sup>.

2 La Asociación Costarricense de la Judicatura, diversos gremios judiciales, algunos jueces y juezas en particular, entre otros actores sociales, se han referido al tema.

3 Real Academia Española. (2016). *Diccionario del español jurídico*. Dirigido por Santiago Muñoz Machado. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, España, p. 922.

4 “Artículo 154. El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas en los preceptos legislativos”.

Además, se enmarca en el diseño de controles del poder que se prevé en el artículo 9<sup>5</sup> de la Ley Fundamental. Entonces, me parece fácil comprender por qué esta institución<sup>6</sup> es tan molesta para algún sector económica y políticamente poderoso: está concebida para garantizar a la judicatura (y a través de esta, al pueblo en general) un espacio adecuado para que, sin interferencias de ningún tipo, internas o externas del Poder Judicial, tome las decisiones que correspondan, en estricto apego al ordenamiento jurídico. Dicho de otra forma: lo que se procura es que los jueces y las juezas resuelvan<sup>7</sup> conforme a derecho, guste o desagrade a quien sea.

Por estos motivos, es tan incómoda para quienes aspiren a dirigir este país a su antojo, únicamente velando por sus intereses, pues una judicatura independiente les debe sujetar al ordenamiento jurídico, el cual no se limita a la Constitución y las leyes patrias, sino que abarca también los instrumentos internacionales de derechos humanos y los tratados aprobados por Costa Rica.

Decía al inicio de estas líneas que hay indicios de que podría estar en curso un proceso tendiente a la supresión de la independencia judicial. En este

momento, sólo quiero ilustrar a qué me refiero, transcribiendo las palabras finales que hace pocos días hizo públicas (en su perfil de una red social) una persona que aspira a integrar la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y que participa en un “concurso”<sup>8</sup> en que aún no ha concluido con la elección correspondiente: “*Por último, pero de una relevancia trascendental, opino que hay que reintegrar a los jueces a las comisiones de trabajo y hay que trabajar fuertemente en el apoyo entre los poderes de la República para lograr que nuestro país progrese en todos los ámbitos*”<sup>9</sup>.

Cuando leo que una persona que pretende sumarse en propiedad al más alto tribunal de Costa Rica, sostiene que “*hay que trabajar fuertemente en el apoyo entre los poderes de la República para lograr que nuestro país progrese en todos los ámbitos*”, no puedo dejar de preguntarme qué es lo que entiende como la función constitucional del Poder Judicial y me da la impresión de que diferimos abismalmente en cuanto a lo que significa la separación de funciones entre los órganos constitucionales del Estado y la relevancia que esta tiene en una república democrática<sup>10</sup>.

5 “Artículo 9. El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejerce el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.

Un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los Poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuyen esta Constitución y las leyes”.

6 Siguiendo el *Diccionario del español jurídico* ya citado, entiendo por “institución” todo “*elemento estructural esencial del ordenamiento jurídico o de la ordenación política y social*”, p. 951.

7 Me parece pertinente señalar que por función jurisdiccional entiendo: a) conocer de las causas que la ley dispone; b) resolver definitivamente sobre ellas y c) ejecutar lo juzgado. Esto es precisamente lo que se recoge en el artículo 153 de la Constitución, el cual dispone: “Artículo 153. Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario”.

8 En otro momento, me referiré a por qué distingo entre los concursos en la carrera judicial y los -para mí- mal llamados “concursos” para integrar la Corte Suprema de Justicia, ya sea en propiedad o como suplente.

9 No me interesa difundir el nombre del autor de dicha opinión. Lo que me preocupa es el contenido de su parecer. Por ello, sólo reproduzco las palabras que él mismo hizo públicas al difundirlas en una red social. En todo caso, guardo las imágenes correspondientes como respaldo de la exactitud de mi transcripción.

10 El artículo 1 de la Constitución no es letra muerta y allí se define a Costa Rica como una República democrática, lo cual tiene consecuencias que, en la práctica, no se pueden desconocer.

En otro lugar, ya he sostenido lo siguiente:

Como bien lo afirma Calamandrei, la independencia del juez sólo se garantiza en una democracia republicana. Aunque la Constitución define a Costa Rica como una república democrática, prefiero invertir el orden de los factores, pues, para mí, lo primero es reconocer que el poder y la soberanía residen en el pueblo, mientras que lo segundo es organizar el Estado de manera que sus tareas fundamentales se distribuyan entre órganos separados entre sí.

De allí que cuando no se respeta la separación de funciones y el Poder Judicial actúa al unísono con los demás, entonces no hay república. Y si, además, las decisiones del Estado no se toman para la satisfacción del interés general, para beneficio del pueblo, sino que favorecen sólo a unos pocos, pues tampoco hay democracia.

De ello se extrae lo esencial que resulta que el juez se comprometa con los principios democrático y republicano en el ejercicio de su función. Si no lo hace, entonces deja de ser juez y se convierte en instrumento de un régimen autoritario, el cual puede existir disfrazándose con vestido de gala (cada cuatro años) para una fiesta electoral.

Con lo anterior no estoy sosteniendo que para actuar con independencia, la judicatura tenga que “llevar la contraria” a los demás Poderes o deba restarle importancia a lo que resuelven otros órganos jurisdiccionales. Simplemente estoy afirmando que sus decisiones deben basarse únicamente en dos pilares: que lo que se resuelve sea producto de su propio criterio y que éste se sustente sólo en lo que la Constitución y las leyes dictan. Si esto no se cumple, entonces lejos de ejercer la función jurisdiccional, se puede estar incurriendo en arbitrariedad.

Para tener criterio propio es indispensable que la persona juzgadora esté comprometida con las ideas de democracia y de república. La primera implica tener claro que el poder político descansa en el pueblo y que el favorecimiento de la ciudadanía en general es el norte de la actividad pública. La segunda conlleva la convicción de que la separación de poderes, su alternancia y su representatividad son características fundamentales del Gobierno.

A veces, ese compromiso se difumina, cuando el juez se ve envuelto en la fantasía del “todos”. Cuando se cobija bajo una “totalidad”, la persona juzgadora deja de pensar por sí misma, se olvida del lente crítico y asume como correctas las ideas que unen a esa totalidad, independientemente de la conformidad de ellas con el ordenamiento jurídico. Esa es la amenaza actual para la independencia judicial, ya que el bombardeo intenso (alimentado hoy día por la “responsabilidad de todos” frente a las crisis económica y sanitaria que atravesamos) que grupos de poder económico realizan sobre el congreso para “hacer ya lo que hay que hacer”, puede calar también en la judicatura. Si ello sucediera, podría suceder que las decisiones se tomen con base en criterios políticos y no jurídicos, con lo cual desaparecería la distinción entre la función jurisdiccional y las que competen a otros Poderes del Estado. Es decir, se vendría abajo el Estado de Derecho, bajo cuyo nombre, irónicamente, es que se promueve acriticamente la “responsabilidad de todos”, pese a que muchos no forman parte, sino que están por encima de ese “todos”.

Lo que me alarma es que por lo que escucho y leo en algunos foros, o bien, a través de redes sociales, hay personas en la judicatura que asumen posiciones a favor de corrientes

inspiradas en ese “todos” imaginario, que podrían comprometer (aunque creo que no se dan cuenta de ello) la independencia con la que deben actuar en sus cargos<sup>11</sup>.

En este escrito, reitero mi planteamiento y destaco que no se trata de que la judicatura tenga como vocación asumir la posición contraria a lo que promuevan los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Lo que defiende es que el papel de los jueces y las juezas es administrar justicia conforme a derecho, tomando decisiones en la soledad de su propio criterio, sustentándose en los hechos<sup>12</sup> que logren tener por acreditados y en su entendimiento de las normas jurídicas que estiman deben ser aplicadas.

Así, a la hora de resolver, a la judicatura no debe importarle otra cosa más que garantizar que el derecho prime en el asunto que decide. De allí se sigue que para nada debe procurarse el “apoyo entre poderes”, pues ello implicaría abrir las puertas al condicionamiento entre ellos para darse soporte y, por esa vía, se eliminaría la independencia judicial.

Señalado todo lo anterior y reflexionando en cuanto a cómo es posible que, al mismo tiempo que se festeja el bicentenario de Costa Rica como Estado autónomo, se esté corriendo el riesgo de someter a la judicatura a otra cosa que no es el ordenamiento jurídico, estimo que es indispensable recordar para qué se promulga una Constitución y destacar que desde que se dieron los primeros pasos de nuestro andar como país, la independencia judicial constituyó un pilar esencial para la construcción de la institucionalidad que nos caracteriza.

## 2. La razón de ser de toda Constitución: el control del poder y la garantía de los derechos

En un estudio publicado en 1995, el jurista español Manuel Aragón Reyes expuso lo siguiente:

[...] al margen de cualquier tipo de adjetivaciones, hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se “realice”, en expresión, bien conocida, de Hesse; o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico<sup>13</sup>.

Con gran claridad, Aragón Reyes destacó algo que no debemos perder de vista: sólo si está concebida (y aplicada, me atrevo a agregar) como una norma jurídica, es decir, como medio para regular la conducta de los sujetos sometidos a ella, tiene sentido hablar de Constitución. Y si tiene tal carácter, entonces dado que la Ley Fundamental establece la organización esencial del Estado y le asigna a sus órganos las funciones que a cada uno le compete cumplir, estructura así el ejercicio del poder, dividiéndolo, limitándolo para controlarlo, con lo que se procura que siempre se ejerza en concordancia con lo dispuesto en el texto constitucional. Si no se distribuye y limita el poder, si no queda sujeto a controles, no hay, entonces, Constitución.

11 Véase: “Lo esencial para ser juez en una democracia republicana”, publicado en la *Revista Digital de Ciencias Penales* n.º 1 (32) (13). “Homenaje al Prof. Dr. Daniel González Álvarez”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, 2021, pp. 824 y 825.

12 Para evitar confusiones: no me refiero solamente a los cuadros fácticos que se establezcan en procesos tramitados ante la (para mí, mal llamada) jurisdicción ordinaria, sino que estoy abarcando también a la jurisdicción constitucional en su función de contralora de constitucionalidad de las leyes.

13 Aragón Reyes, Manuel. (1995). *Constitución y control del poder*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ciudad Argentina, p. 12.

En concordancia con lo recién dicho, es pertinente citar a Eduardo García de Enterría, quien, con contundencia, manifestó:

No es, por tanto, una Constitución un Acta otorgada por un soberano personal, ni la eventual imposición o hasta la aprobación por la comunidad de un imperium extraño (más sencillamente: sin ejercicio de lo que Sieyés llamó, tecnicando el contrat social rousseauiano, el “poder constituyente”, situado en el pueblo, no hay Constitución), ni tampoco, en fin, un instrumento de estructura política básica que incluya la definición de unos poderes virtualmente absolutos o indeterminados, tanto por su extensión o duración como por no reconocer límites efectivos ni ámbitos de libre determinación y exención en favor de los ciudadanos [...] En la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder. Ninguno de los dos, y por supuestos no el último, son accesorios, sino esenciales. Sigue siendo, pues, válido el concepto de [...] art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que únicamente cabría matizar hoy la relatividad del principio de división de los poderes como técnica operativa, sin perjuicio de su validez general en cuanto a sus principios y en cuanto a su finalidad, la

limitación del poder de los imperantes, la garantía de la libertad.

El principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas o de libertad individual es, en efecto, un principio esencial del constitucionalismo [...] <sup>14</sup>.

Como se puede apreciar, el connotado jurista español posicionó la limitación del poder como un elemento determinante del concepto mismo de Constitución, si es que se pretende dar a esta, relevancia jurídica como norma. Esto último es importante para nuestro tiempo, ya que el contenido de la Constitución no está ni puede estar a merced de lo que sostengan antojadizamente quienes la aplican.

El texto constitucional tiene un sentido: organizar y limitar el poder a la vez que garantiza la vigencia de los derechos individuales y sociales frente a éste. Por ello, a la hora de aplicar la normativa contenida en la Ley Fundamental, siempre debe tenerse en cuenta para qué se pactó la misma. Es por tal motivo que resulta tan valioso considerar, en todo momento, el proceso histórico seguido para consagrar la separación de funciones como freno al ejercicio del poder y como garantía de derechos fundamentales, así como el papel que se otorgó <sup>15</sup> a la judicatura en ese sistema de contrapesos <sup>16</sup>.

En el caso costarricense, la limitación del poder y la garantía de los derechos de la ciudadanía fueron objetivos expresos que se plantearon quienes promulgaron lo que se considera la

14 García De Enterría, Eduardo. (2006). *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4ª edición. Madrid, España: Editorial Civitas - Thomson Reuters, pp. 51 y 52.

15 Me parece importante advertir que, en la discusión de aquel momento (siglos XVII, XVIII e inicios del XIX), no se planteó (por lo menos, no expresamente) el problema del control de constitucionalidad de las leyes, pero sí se discutió el papel de que tenía la judicatura para hacer valer los derechos (individuales, por la época en que surgió el movimiento), y se determinó que, para cumplir adecuadamente con esta tarea, era indispensable que el Poder Judicial fuera independiente de los demás.

16 Tres obras resultan, para mí, de gran importancia para ahondar en el tema: 1) Jiménez Asencio, Rafael. (2016). *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*. España: Editorial Marcial Pons. 2) Blanco Valdés, Roberto. (2010). *El valor de la Constitución*. Madrid, España: Alianza Editorial. 3) Gargarella, Roberto. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires, Argentina: Katz Editores.

primera Constitución del país: el Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de Concordia.

Y resulta que, como instrumento esencial para materializar dichos fines, desde entonces, se instauró -como se verá en el siguiente apartado- la independencia judicial como elemento estructural indispensable de nuestro ordenamiento jurídico.

### 3. El Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica (Pacto de Concordia) de 1821

El 1 de diciembre de 1821 se promulgó el primer texto constitucional costarricense, denominado Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica, el cual también fue (y es) conocido como Pacto de Concordia. Si bien es cierto, el acuerdo reconoció la soberanía al pueblo y declaró la libertad de la provincia<sup>17</sup> de Costa Rica, se tuvo como “interino”, pues se previó que rigiera por un tiempo relativamente corto (en ese sentido era, también, provisional)<sup>18</sup> y contemplaba la posibilidad de adherirse a cualquier Estado o potencia que le resultara conveniente; pero siempre con absoluta independencia del Gobierno español y de cualquier otro no americano.

El objetivo declarado en el preámbulo del Pacto era conservar la provincia “*libre, unida, segura y*

*tranquila por un pacto de unión y concordia*” y, para ello, se conformaba un gobierno temporal, mientras se daban las condiciones para establecer uno “*supremo constitucional*”.

De particular trascendencia es que, aún cuando los delegados reunidos en Cartago debieron tomar decisiones de mucha importancia en muy poco tiempo, tuvieron la lucidez para adoptar las medidas adecuadas para evitar la desmembración de la provincia<sup>19</sup>. Una de las decisiones fue otorgar independencia a la judicatura, tanto así que, en palabras de Jiménez Quesada<sup>20</sup>, en el Pacto “*la única separación neta a que se atendió fue la del Poder Judicial*”.

En adición a lo anterior, cabe destacar que, como bien lo apunta Jorge Sáenz Carbonell, el Pacto mantuvo las instituciones judiciales establecidas en la Constitución de Cádiz, de 1812<sup>21</sup>, lo que implica, como se verá más adelante, que se preservó la idea de un Poder Judicial independiente. Otro bastión que sirvió de base para mantener unidos a los pueblos costarricenses fue el reconocimiento de los derechos de “*toda persona y de cualquier pueblo o nación*”, el cual se establece en el artículo 2 del Pacto.

Siguiendo también lo planteado por Sáenz Carbonell<sup>22</sup>, cabe señalar que los delegados acogieron el contenido de la Constitución de Cádiz en materia de derechos y libertades

17 Ese es el término empleado en el Preámbulo del Pacto.

18 El artículo 46 del Pacto disponía que si se tardaba más de un año “*el arreglo definitivo de la Constitución del Estado a que la provincia se adhiere*”, entonces la Junta Superior Gubernativa de Costa Rica se renovarían por mitades, cada año.

19 Sobre el tema, conviene tener presente la idea de la “*reacción en cadena*” independentista que menciona Mario Alberto Jiménez Quesada: “*Guatemala nos independizaba de España, Nicaragua de Guatemala y nosotros de Nicaragua*”. Por ello resultaba indispensable formar un “*nudo de concordia*” que uniera a las poblaciones costarricenses. Tal “*nudo*” es el Pacto que aquí interesa. Véase: Jiménez Quesada, Mario Alberto. (1992). *Desarrollo constitucional de Costa Rica*. 4ª edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, pp. 51 y 52.

20 Op. cit., p. 60.

21 Sáenz Carbonell, Jorge. (1985). *El despertar constitucional de Costa Rica*. San José, Costa Rica: Editorial Libro Libre, pp. 164 y 164.

22 Op. cit., pp. 160 y 161.

públicas; pero lo ampliaron al reconocer los de cualquier otro pueblo o nación, lo cual puede encontrar justificación<sup>23</sup> en la apertura a adherirse a otro Estado o potencia de América.

Un tercer pilar de la “concordia” que se pretendía lograr (y se logró) con el Pacto fue la supresión (en la práctica) del sistema de castas. Sáenz Carbonell resalta que en la provincia, la discriminación con base en dicha calificación de las personas no gozaba de simpatía y que el presbítero Florencio del Castillo<sup>24</sup> (diputado por Costa Rica en las Cortes de Cádiz) había abogado por su supresión, pero la asamblea gaditana mantuvo la exclusión de la ciudadanía a los descendientes de africanos, ya que si se contaban como ciudadanos, ello daría mucho peso electoral a los territorios de ultramar, algo a lo que temían los peninsulares.

El distinguido profesor de la Universidad de Costa Rica destaca que en Cartago había una gran cantidad de población perteneciente a las castas inferiores, por lo que, al romperse el vínculo con España, no subsistía motivo alguno para mantener vigente tan odioso régimen de segregación, el cual era contraproducente también para la paz interna de la provincia, a lo cual añade que en 1822, Costa Rica erradicó formalmente la existencia de las castas y que en 1824, abolió la esclavitud.

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, el Pacto Social Fundamental Interino recogió los postulados que permiten definirlo como una Constitución, en el sentido normativo del término, pues, por un lado, consagró el reconocimiento de derechos para las personas y, por otro, estableció, con rotundidad, la independencia de la judicatura

para el conocimiento de las causas que le correspondían.

Los artículos del Pacto de Concordia que se refieren expresamente a la función judicial son cuatro:

Artículo 41. En lo judicial, la Junta, como tribunal de protección únicamente, hará que los jueces constitucionales administren pronta y rectamente justicia conforme a la Constitución española y leyes existentes, singularmente la de 9 de octubre de 1812.

Artículo 42. Para que no haya lesión ni atraso en la administración de justicia, la Junta determinará las competencias de jurisdicción y los recursos de agravio y de fuerza.

Artículo 43. En los casos que litigue un pueblo con otro, o un particular como actor contra un pueblo, la Junta señalará el juez constitucional inmediato que como imparcial deba conocer en la causa.

Artículo 44. Para los casos de apelación en grados de segunda instancia, por no poder establecer por ahora la provincia un tribunal competente, ínter que lo hay se observará: 1°. Que en lo criminal, la sentencia de pena grave, como destierro, mutilación o cosa semejante, queda suspensa y custodiado el reo, considerándose la detención en parte de la condena; mas si la sentencia recayese por atentarse contra el Gobierno de la provincia o la Independencia americana, se ejecutará con previo conocimiento de la Junta, y también, en todo caso, las penas correccionales o no afflictivas gravemente. 2°. Que en lo civil, si la apelación tuviere lugar en ambos efectos, afiance la parte de

23 El profesor Sáenz Carbonell lo denomina “*un destello de la actitud amistosa hacia otras comunidades*”, p. 161.

24 Sáenz Carbonell, *op. cit.*, pp. 162 y 163. En lo que respecta a don Florencio del Castillo, es pertinente recordar lo expresado por el periodista e historiador Armando Vargas Araya, quien resaltó al diputado costarricense como “profeta de la igualdad”. Sobre el particular, véase: Vargas Araya, Armando. (2008). *El evangelio de don Florencio. Palabra, pensamiento y peregrinación de don Florencio del Castillo (1778-1834)*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, pp. 32 a 43.

quien o contra quien se reclame, y si en solo uno, la parte recipiente.

Además de dichas disposiciones, hay otras tres que me parece necesario tener presente para poder comprender cabalmente por qué se puede afirmar que la independencia judicial es una institución determinante para nuestro sistema constitucional:

Artículo 2. La provincia reconoce y respeta la libertad civil, propiedad y demás derechos naturales y legítimos de toda persona y de cualquier pueblo o nación.

Artículo 24. La Junta reasumirá la autoridad superior de capitanía y superintendencia general, mando político, diputación provincial y de audiencia, en cuanto a lo protectivo, no en lo judicial. Y en consecuencia podrá expedir y dictar todas las providencias que demande la libertad, seguridad y buena administración de la provincia en sus respectivos atributos, conforme a este Pacto y a la Constitución española y leyes vigentes, en lo que a él no se opongan.

Artículo 48. La Junta plena y sus comisiones no podrán excederse de las facultades que se les conceden en este Pacto; si lo hicieren incurrirán en crimen de acusación popular.

Un primer aspecto que es necesario destacar es que aún cuando en el Pacto se establecía la ruptura total con el Gobierno español, por razones evidentes de necesidad, se mantuvieron vigentes la Constitución de Cádiz de 1812 (que es la que regía en España para el momento en que se dio la independencia) y las leyes complementarias de esta. Entonces, cuando se hace referencia a los “jueces constitucionales”, debe entenderse que se

hace alusión a los instituidos de conformidad con aquella Constitución.

Asimismo, es pertinente resaltar el papel que la Junta Superior Gubernativa de Costa Rica se asignaba a sí misma en materia jurisdiccional. Sólo se reservaba el papel de “tribunal de protección”, cuya función era conocer de los recursos de fuerza y protección. En palabras de José de Covarrubias<sup>25</sup>, el recurso de fuerza era una súplica ante los jueces del reino, implorando su protección ante los abusos, excesos e injusticias de los jueces eclesiásticos (recuérdese que en aquel momento existía un fuero que atribuía a la Iglesia el conocimiento y la decisión de asuntos eclesiásticos, lo que cubría, en muchos casos, los conflictos de los fieles católicos entre sí -por asuntos de fe- o con el aparato eclesial). Entonces, todo recurso de fuerza era de protección, pero el primero se planteaba contra los actos de jurisdicción eclesiástica contenciosa; mientras que el segundo, contra actos de la jurisdicción eclesiástica voluntaria. Siendo esto así, entonces lo que, en realidad se reservó la junta fue la potestad de limitar a los jueces eclesiásticos mediante la protección de los ciudadanos frente a abusos de su parte en los asuntos dirimidos conforme al fuero de la Iglesia.

Señalado lo anterior, debe destacarse que, en todos los asuntos de orden civil y penal (o “criminal”, según la terminología del Pacto), la Junta sólo se asignó el papel de velar porque se administrara justicia “pronta y rectamente”, expresión muy similar a la que está contenida en el artículo 41 de la Constitución hoy vigente<sup>26</sup>, incluso en lo que respecta a la sujeción de la judicatura al ordenamiento jurídico.

25 Covarrubias, José de. *Máximas sobre recursos de fuerza y protección. Con el método para introducirlos en los tribunales*. 3ª edición. Publicado por la viuda de Ibarra, hijos y compañía en Madrid, España, corregida y aumentada en algunas Cédulas, en 1788, p. 93.

26 “Artículo 41. Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”.

Esto debe ser examinado a la luz del artículo 2 del Pacto, pues administrar justicia “recta” implicaba respetar los derechos naturales y legítimos de toda persona. En ese sentido, el adecuado cumplimiento de la función jurisdiccional fue comprendido como esencial para mantener la paz y fortalecer la unión entre los pueblos costarricenses. Es decir, se entendió la trascendencia que las decisiones judiciales tenían y, por ello, se dispuso, desde nuestro “despertar constitucional” (como bien lo denominó Jorge Sáenz Carbonell), proteger la independencia de los jueces.

Otro aspecto que considero indispensable destacar es que, ante la imposibilidad que había en 1821 de contar con un tribunal de segunda instancia<sup>27</sup>, se dispuso suspender la ejecución de sentencias en que se impusieran penas graves, y que la persona imputada fuera mantenida en custodia, así como que esa detención fuera considerada “en parte de la condena”. Lo que derivó de esta disposición es que los delegados reconocían la importancia que la segunda instancia tenía en los (entonces denominados) procesos criminales y optaron por suspender la ejecución de las sanciones graves hasta que se configurara en Costa Rica un órgano de alzada, antes que otorgar a la Junta Gubernativa la función jurisdiccional.

Además, llama la atención que, sólo en causas criminales relacionadas con atentados contra el Gobierno de la provincia o contra la independencia americana, se permitía ejecutar la pena grave, aunque de previo a ello debía informarse a la Junta. Finalmente, considero pertinente enfatizar el contenido del artículo 48 del Pacto, pues en éste se prohíbe a la Junta Superior Gubernativa y

a sus comisiones, exceder las atribuciones que se le otorgan en el texto constitucional. Siendo esto así, entonces no puede interferir de forma alguna en la función jurisdiccional (excepto, como ya se indicó, en lo que respecta al ejercicio de la protección frente a los jueces eclesiásticos).

Por ello, entiendo que esta disposición opera como una especie de “cláusula de cierre” que previene a los integrantes del órgano de intervenir en los asuntos que conoce la judicatura. Y si se considera esta limitación impuesta a la junta en relación con la expresa (en el artículo 24 del Pacto) exclusión de lo judicial como una de sus atribuciones, entonces no se puede concluir más que lo siguiente: desde el comienzo de nuestra institucionalidad autónoma, la independencia de los jueces se ha consagrado constitucionalmente como base esencial de nuestra convivencia social.

Ahora bien, tal como se verá a continuación, los delegados que pactaron la concordia nacional tuvieron como una de sus fuentes, la normativa gaditana.

#### 4. La Constitución de Cádiz de 1812

Las Cortes Generales y Extraordinarias que en 1812 promulgaron la Constitución de Cádiz, estuvieron conformadas por diputados de muy variada formación. Distintas corrientes de pensamiento (liberales, conservadores, realistas, etc.) estuvieron representadas, tanto por americanos como por peninsulares<sup>28</sup> (y también por quienes venían de las Filipinas). No puede considerarse, desde luego, como un

27 Bien señala el profesor Sáenz Carbonell que éste fue el gran problema que en lo judicial se plantearon los delegados a la hora de convenir el Pacto de Concordia, pues aún cuando se decidió seguir aplicando el Derecho español, era inviable sujetar las causas resueltas en la provincia a lo que en segunda instancia pudieran seguir los tribunales de León (Nicaragua) o Guatemala. *Op. cit.*, pp. 164 y 165.

28 Sobre las posiciones ideológicas de los diputados y cómo influyeron sus corrientes de pensamiento en el texto constitucional, véase: Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín. (2011). *La teoría del Estado en las Cortes de Cádiz*. 2ª edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

producto perfecto. Más bien, pueden formularse importantes críticas, como -por ejemplo- que se haya descartado la propuesta del diputado Cea de que se obligara a los jueces a motivar sus sentencias<sup>29</sup>.

Garriga y Lorente plantean que -en su criterio- la ausencia de tal exigencia permitió que la forma de administrar justicia que existía en el Antiguo Régimen (en el que la judicatura no explicaba por qué decidía como lo hacía, dando pie a la arbitrariedad) se mantuviera aún bajo la vigencia de la Constitución gaditana. Agregan que todo el esfuerzo de construir un andamiaje jurídico que permitiera “disciplinar” a los jueces para que se sometieran a la normativa gaditana tuvo su origen en la desconfianza hacia las lealtades que tuviera la judicatura “heredada” del absolutismo, y critican que ello permitió jerarquizar a la Administración de Justicia bajo un tribunal supremo que nunca escapó de la simple “lógica de los votos”. Insisten en que, al no exigirse la fundamentación de las resoluciones, eso significó, en la práctica, que la judicatura no logró desvincularse del poder político representado en las Cortes<sup>30</sup> o personalizado por el rey.

A pesar de tales cuestionamientos, lo cierto es que la Constitución de Cádiz es un esfuerzo serio por limitar el poder y por garantizar los derechos de los ciudadanos. Por ello, es importante destacar que en ella se consagra el principio de la separación de funciones y, aún con sus limitaciones, permitió la participación política de individuos por largo tiempo alejados de ella.

Como bien apunta Roberto Breña, es imposible saber si, en caso de haber sido jurada por Fernando VII, la Constitución de Cádiz hubiera servido de instrumento para configurar una gran España que comprendiera los territorios americanos, los de la península y las Filipinas. Lo que sí se sabe es lo siguiente:

La Constitución de Cádiz desempeñó un papel muy importante en la historia política de los territorios en los que se aplicó: Nueva España, Guatemala, Perú y en algunas ciudades de otros territorios (siempre, es cierto, de manera parcial y discontinua). De hecho, en ciertos sentidos, Cádiz representa el inicio de la vida política moderna para varios países latinoamericanos; no solamente porque sirvió de fogueo parlamentario a hombres que luego regresaron a sus países y tuvieron carreras políticas más o menos destacadas, sino porque amparó los primeros procesos electorales que tuvieron lugar en algunos de ellos y, finalmente, porque incluso en los territorios en los que no se aplicó, influyó por bastante tiempo no solamente en diversos aspectos jurídicos de las nacientes repúblicas americanas, sino en los debates ideológicos e incluso en cuestiones de cultura política<sup>31</sup>.

Siempre siguiendo lo expuesto por Breña, no puede dejarse de lado que:

Durante los seis años de ausencia de ausencia de Fernando VII, España había dejado de ser una monarquía absoluta y a partir de 1812 se había convertido en una monarquía

29 Garriga, Carlos y Lorente, Marta. (2007). *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. En particular, resulta importante estudiar los capítulos 2, 6 y 8 de esta interesante obra.

30 Me permito explicar que con el término “Cortes” se hace alusión, en sentido general y en el contexto español, al Congreso o Poder Legislativo.

31 Breña, Roberto. (2013). *El imperio de las circunstancias. Las independencias hispanoamericanas y la revolución liberal española*. 1ª edición. Ciudad de México, México: El Colegio de México – Marcial Pons, p. 188.

constitucional; del derecho divino de los reyes se había pasado a la soberanía nacional (con todo lo que eso implicaba en términos de funcionamiento institucional, empezando por la realización periódica de elecciones). El documento constitucional había terminado con muchos de los privilegios y desigualdades que prevalecían en el Antiguo Régimen (aunque mantuvo los fueros de eclesiásticos y militares: artículos 249 y 250). Además, el texto había consagrado una serie de libertades individuales que eran inéditas en el contexto hispánico. Por último, la España metropolitana había establecido una relación completamente distinta con la que hasta entonces habían sido sus posesiones americanas. De haberse mantenido la Constitución, una asamblea deliberativa, elegida con base en la población de ambos lados del Atlántico (y de Filipinas), hubiera decidido a partir de entonces los destinos de la monarquía<sup>32</sup>.

Con base en lo anterior, puede matizarse la afirmación de Blanco Valdés<sup>33</sup> en el sentido de que con la Constitución de Cádiz casi (pues antes de que se promulgara el texto gaditano, se emitió otro en Suecia) se da inicio en Europa al “constitucionalismo soberano”, el cual “procede de un impulso nacional propio”, ya que, en realidad, aunque se aplica a la monarquía española, esta no era europea, sino que abarcaba gran parte de América e incluía a las Filipinas, y los representantes de esos territorios participaron activamente en las Cortes que aquí interesan y aportaron sus ideas (no sólo sus votos) para la elaboración de la Constitución.

Ahora bien, más allá de elogios u objeciones hacia el texto gaditano, lo relevante para este estudio es que en su articulado, contiene disposiciones de las que se deriva no sólo la incorporación del principio de separación de poderes<sup>34</sup>, sino también asociado a éste, incluyó la independencia judicial. En tal sentido, conviene destacar que el artículo 17 de la Constitución dispone: “*La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley*”.

Asimismo, a la hora de regular las prohibiciones para el rey en el artículo 172, se estableció, como undécima restricción, la siguiente:

*No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna. El secretario del despacho que firme la orden, y el juez que la ejecute, serán responsables a la Nación, y castigados como reos de atentado contra la libertad individual. Sólo en el caso de que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona, podrá el Rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho horas deberá hacerla entregar a disposición del tribunal o juez competente.*

Como se puede apreciar, rompiendo con el Antiguo Régimen, se limitó el poder real sobre la libertad individual de tal forma que sólo en supuestos excepcionales podría ordenar el arresto de algún individuo y, aún así, siempre tendría que entregarlo a la judicatura. Es evidente, entonces, que está vedado al monarca invadir el campo

32 Breña, *op. cit.*, p 190.

33 Blanco Valdés, Roberto. (2010). *La construcción de la libertad*. Madrid, España: Alianza Editorial, p. 96.

34 Sobre la separación de poderes y la independencia del Poder Judicial, consúltese la ya citada obra de Jorge Sáenz Carbonell, en sus páginas 92 y de la 96 a la 99.

de acción de la autoridad jurisdiccional en lo criminal y que, aún cuando actúe de conformidad con sus potestades, estas están sujetas a control por parte de la judicatura.

Es a partir del artículo 242 de la Constitución de Cádiz donde se regula lo concerniente a los tribunales (no se hace alusión al Poder Judicial<sup>35</sup>). En total, sesenta y seis artículos se dedican a la judicatura y a los procesos jurisdiccionales en el texto constitucional de comentario (lo que explica por qué no los transcribo todos aquí). Se trata de una reglamentación exhaustiva, pero de esa normativa, estimo que es indispensable destacar algunas disposiciones.

En primer lugar, quiero señalar que, ampliando y precisando lo que se había consagrado en el artículo 17, el numeral 242 establece que “*la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece **exclusivamente** a los Tribunales*”. Resalto en negrilla y con subrayado el carácter exclusivo que se otorga a los órganos judiciales para ejercer la jurisdicción (salvo en lo que respecta a los fueros militar y eclesiástico).

Tal exclusividad es lo que permite hablar con seguridad de la vigencia del principio de independencia judicial en la Constitución de Cádiz. Esto se afianza con la prohibición contemplada en el artículo 243, el cual señala: “*Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir juicios fenecidos*”.

De ambas normas se extrae una clara separación entre los poderes políticos (no puedo dejar de advertir el orden en que se presentan estos: primero el legislativo y luego el monarca) y el judicial (lo cual concuerda con mi posición respecto de que aunque son componentes del Estado, son distintos y no actúan al unísono, sino que se controlan entre sí).

Esto se hace aún más evidente, si se tiene en cuenta que en el artículo 244, se estipula que los procesos deben ser regulados por ley y uniformes en todos los tribunales, con formalidades que no pueden ser dispensadas ni por las Cortes ni por el Rey.

Asimismo, los ordinales 245 y 246 son claros al prohibir a los tribunales ejercer más función que la de juzgar y ejecutar lo juzgado, del mismo modo que les está vedado suspender la ejecución de las leyes o promulgar reglamentos para la Administración de Justicia<sup>36</sup>.

Es destacable que en el artículo 247, la Constitución contemple el principio de juez natural; que en el numeral 248 se disponga un solo fuero para negocios comunes, civiles y criminales (aunque en los dos siguientes numerales se mantengan los fueros eclesiástico y militar); que en los ordinales 252 y 253 se regule lo concerniente a la suspensión y remoción de jueces sólo por causas previstas en la ley y mediante el procedimiento establecido en ella.

35 En las páginas ya aludidas de su obra, Sáenz Carbonell explica que en las Cortes gaditanas se procuró dotar de originalidad al texto hispano, alejándose de la terminología utilizada por los franceses. Es pertinente recordar que los ejércitos de Napoleón habían ocupado España y que la “guerra de independencia” (nombre con el que se conoce la lucha armada para expulsar a los franceses) estaba aún en curso cuando comenzó la asamblea “constituyente” (utilizo las comillas pues aún se debate si al inicio de esta, los diputados estaban conscientes de que promulgarían una Constitución) de Cádiz, por lo que es comprensible que se procurara el distanciamiento de todo aquello que evocara instituciones galas. Esa guerra se extendió de 1808 a 1814.

36 Es notoria la diferencia entre esa estipulación y lo resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos algunos años antes, cuando en 1803, dictó sentencia en el caso de Marbury contra Madison.

También se previó, en el artículo 256, una remuneración digna (“dotación competente”) para los magistrados<sup>37</sup> y jueces de letras. Luego de una detallada reglamentación de otros aspectos generales (incluido el establecimiento de un supremo tribunal), la norma fundamental gaditana desarrolló lo concerniente a la justicia civil y la penal.

Como se aprecia con facilidad, la estructura constitucional del Poder Judicial parte de la necesaria independencia de los jueces, pues a ellos se les confía una tarea que no puede estar sujeta a condicionamientos por parte de las Cortes o del rey. Ese es el objetivo que también persiguió, poco más de nueve años después (la Constitución de Cádiz fue promulgada el 19 de marzo de 1812), la asamblea reunida en Cartago y que el 1 de diciembre de 1821 emitió el Pacto de Concordia. Pero los delegados costarricenses adoptaron, además, otras leyes emitidas por las Cortes de Cádiz, en particular, las del 9 de octubre de 1812, las cuales abordaré en el siguiente apartado.

## 5. Las leyes de octubre de 1812

En el artículo 41 del Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica, los representantes dispusieron que la justicia debía administrarse con prontitud y de forma recta, con plena sujeción a las leyes, “*singularmente las del 9 de octubre de 1812*”. Por eso es pertinente conocer qué es lo que se reguló mediante estas, para poder comprender por qué nuestro primer cuerpo constituyente les otorgó tal importancia.

De previo, quiero recordar que, después de convenir la Constitución tantas veces mencionada, las Cortes Generales y Extraordinarias de Cádiz continuaron sesionando y promulgaron distintas leyes<sup>38</sup>. Varias son las emitidas en la fecha resaltada en el Pacto de Concordia.

En primer lugar, se promulgó el Decreto CXCIX (199), mediante el cual se reguló cómo debía efectuarse la visita general de cárceles por parte del tribunal especial de guerra y marina. De igual manera, se emitió el Decreto CC (200), concerniente también a la visita general de cárceles, pero a las propias de la jurisdicción eclesiástica.

Me parece importante señalar, en primer lugar, que aunque se utilice la palabra “decreto”, realmente son normas emanadas de un cuerpo deliberativo compuesto por representantes populares (los diputados). Entonces, en realidad se trata de leyes.

En segundo lugar, estimo pertinente indicar que ambos decretos tienen sustento en el numeral 298 de la Constitución, en el cual se prevé la visita de las cárceles. Finalmente, considero indispensable resaltar la importancia que se dio al control de lo que sucedía en los centros de detención. Tan fue así, que se obligó a los jueces a inspeccionar esos recintos, en compañía de delegados populares y se les exigió que vieran a todos los presos, a los cuales podían dejar en libertad, si lo merecían.

El mismo 9 de octubre, se dictó el Decreto CCI (201), denominado “Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia”.

37 Para evitar confusiones por el uso que en Costa Rica se da a la palabra “magistrado”, explico que, en el contexto español -y lo mismo sucede en muchos países de América-, con ese término se designa a los jueces que integran lo que aquí llamamos tribunales colegiados.

38 Estas pueden consultarse en la “Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias” la cual se encuentra en el sitio web de la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

Contiene cuatro capítulos. En el primero (compuesto de sesenta y cuatro artículos), se regula lo concerniente a las funciones y la composición de las audiencias, cuya tarea principal es el conocimiento de las causas civiles y criminales en segunda y tercera instancia. Me parece conveniente destacar que en el artículo VII (7) de ese primer capítulo, se indica que la Audiencia de Guatemala (a la que estuvo sujeta la provincia de Costa Rica hasta la independencia) estaba integrada por un regente, nueve ministros y dos fiscales.

Por otra parte, el segundo capítulo (que contiene treinta y cuatro artículos), se contemplan las atribuciones y la organización de los jueces letrados de partido, cuya función principal era la decisión en primera instancia de los asuntos civiles y criminales.

El capítulo tercero (de once artículos) se relaciona con los alcaldes constitucionales de los pueblos, a los que les competía, en esencia, el oficio de conciliadores. Finalmente, el capítulo cuarto (de seis artículos) contiene disposiciones transitorias sobre el cumplimiento de las funciones de los jueces de letras mientras se conformaban los partidos.

Complementando ese reglamento, el mismo 9 de octubre de 1812 se promulgó el Decreto CCII (202), en el cual se estableció cómo debía nombrarse a los magistrados de las audiencias y a los jueces de primera instancia, así como el juramento que debían prestar y ante cuál autoridad.

Por último, aunque fue emitido en otra fecha, me parece destacable el Decreto CCIV (204) del 23 de octubre de 1812, pues en éste se disponía que los magistrados del Supremo Tribunal de Justicia y de los tribunales especiales no podían atender comisión o encargo alguno, ni ocuparse en otra cosa más que despachar los asuntos a su cargo.

Así, se vedó cualquier actividad suya ajena a la jurisdiccional.

Como puede apreciarse, mediante las normas examinadas en estas líneas, se complementó la regulación constitucional, asignándose funciones y definiéndose la estructura para la operación de los órganos judiciales. Todo ello se hizo en procura de mantener debidamente separado el cumplimiento de la función jurisdiccional de otras tareas asignadas a otros órganos públicos. Es decir, se trataba de normas que establecían condiciones encaminadas a hacer realidad una aspiración estructural: que los jueces permanezcan ajenos a intromisiones en el cumplimiento de sus tareas. O sea, siempre se persiguió garantizar la vigencia efectiva de la independencia judicial.

## **6. ¿Se llegará a desconocer el legado del Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica y de la Constitución de Cádiz?**

De conformidad con lo expuesto en las líneas precedentes, se puede constatar que, desde el inicio de nuestra historia constitucional, el principio de independencia judicial ha sido considerado base esencial e indispensable para la adecuada convivencia social. No se trata de un enunciado vacío. Forma parte indisoluble de la idea misma de una Constitución. Sin su realización, no es posible hablar de un control del poder. Sin su materialización, desaparece un sistema de frenos y contrapesos. Su ausencia implica que no puede hablarse, en sentido normativo, de una ley fundamental. Los diputados en las Cortes de Cádiz se dieron cuenta de ello y los delegados que en 1821 optaron por la concordia patria, también.

Los poderes del Estado no tienen como razón de ser el apoyarse entre sí. Lo que les da sentido es el cumplimiento de sus funciones, que es para lo cual se les garantiza independencia. Cada órgano

constitucional debe materializar las tareas que le son propias, nada más, nada menos. Si bien las obstrucciones gratuitas de uno a otro son contrarias a la Constitución, también lo son las componendas.

El papel que la Constitución le asigna a todo el Poder Judicial es resolver los asuntos que conoce, en celoso apego al ordenamiento jurídico. No es su función llegar a acuerdos con otros poderes para “sacar adelante” al país. Tampoco lo es oponerse antojadizamente al trabajo de otras instituciones. Sencillamente, de lo que se trata es de decidir las causas de acuerdo a derecho, punto.

Todo tribunal y juzgado del país junto a la Corte Suprema de Justicia (resalto que la Sala Constitucional forma parte de esta) ejerce el Poder Judicial. El artículo 152 de la Constitución es letra viva. Entonces, todos los órganos jurisdiccionales gozan de independencia y ello es algo que vale la pena defender, tanto a lo interno como a lo externo<sup>39</sup>.

La aspiración de alcanzar o mantener un cargo no justifica el sacrificio de la independencia judicial en el altar del “todos” con que se nos hipnotiza para el beneficio de “algunos”.

Sólo preservando en la práctica cotidiana la separación de poderes y protegiendo los derechos individuales y sociales de un pueblo al que nos debemos, los jueces y las juezas estaremos cumpliendo la tarea constitucional que nos atañe: ejercer la jurisdicción para hacer justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Si, en cambio, escogiéramos el camino de “trabajar fuertemente en el apoyo entre los poderes de la república para lograr que nuestro

país progrese en todos los ámbitos”, considero que estaríamos destruyendo el camino trazado por los delegados que, reunidos en Cartago en 1821, procuraron conservar “libre, unida, segura y tranquila por un pacto de unión y concordia” a aquella Costa Rica que hoy ha cumplido doscientos años de autonomía, gracias, en buena parte, a una judicatura que ha sabido hasta ahora actuar con la independencia que se percibe amenazada.

## 7. Bibliografía

Real Academia Española. (2016). *Diccionario del español jurídico*. Obra dirigida por Santiago Muñoz Machado. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, España.

Aragón Reyes, Manuel. (1995). *Constitución y control del poder*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ciudad Argentina.

Blanco Valdés, Roberto. (2010). *El valor de la Constitución*. Madrid, España: Alianza Editorial.

Blanco Valdés, Roberto. (2010). *La construcción de la libertad*. Madrid, España: Alianza Editorial.

Breña, Roberto. (2013). *El imperio de las circunstancias. Las independencias hispanoamericanas y la revolución liberal española*. 1ª edición. El Colegio de México – Ciudad de México, México: Marcial Pons.

Covarrubias, José de. *Máximas sobre recursos de fuerza y protección. Con el método para introducirlos en los tribunales*. 3ª edición. Publicado por la viuda de Ibarra, hijos y compañía, en Madrid, España. Corregida y aumentada en algunas Cédulas, en 1788.

39 El artículo 5 del Código Procesal Penal es norma general, según mi parecer, y establece un mecanismo para denunciar las amenazas contra la independencia judicial.

García De Enterría, Eduardo. (2006). *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4ª edición. Madrid, España: Editorial Civitas – Thomson Reuters.

Gargarella, Roberto. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires, Argentina: Katz Editores.

Garrig, Carlos y Lorente, Marta. (2007). *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Jiménez Asencio, Rafael. (2016). *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.

Jiménez Quesada, Mario Alberto. (1992). *Desarrollo constitucional de Costa Rica*. 4ª edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Sáenz Carbonell, Jorge. (1985). *El despertar constitucional de Costa Rica*. San José, Costa Rica: Editorial Libro Libre.

Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín. (2011). *La teoría del Estado en las Cortes de Cádiz*. 2ª edición. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Vargas Araya, Armando. (2008). *El evangelio de don Florencio. Palabra, pensamiento y peregrinación de don Florencio del Castillo (1778-1834)*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.



# DON PABLO DE ALVARADO BONILLA: PRECURSOR INTELECTUAL DEL PACTO DE CONCORDIA

*M.Sc. Tomás Federico Arias Castro\**

## RESUMEN

El presente artículo analiza y describe los distintos pormenores, eventos e incidencias que se concatenaron alrededor de la figura histórica del político y médico costarricense, don Pablo de Alvarado Bonilla, quien, a pesar de ser el primer costarricense que se pronunció a favor de la gesta independentista y fue el artífice de nuestra primera norma constitucional propia, permanece hoy casi desconocido para la inmensa mayoría de la ciudadanía. Por tanto, al conmemorarse en el 2021 el bicentenario histórico de dicho proceso emancipador, así como de la emisión del primer estatuto constitucional costarricense, se expone su derrotero de vida para coadyuvar en la masificación de su eximia figura.

**Palabras clave:** historia, derecho, independencia, Constitución Política, autonomía, emancipación, libertad.

## ABSTRACT

The present article analyzes and describes the different details, events and incidents that converged around the historical figure of the Costa Rican politician and doctor Don Pablo de Alvarado Bonilla, who, despite being the first Costa Rican to speak out in favor of the independence movement and was the architect of our own first constitutional norm, remains today almost unknown to the vast majority of citizens. Thus, commemorating in 2021 the historical bicentennial of this emancipatory process, as well as the issuance of the first Costa Rican constitutional statute, exposes its life path to contribute to the massification of its exempt figure.

**Keywords:** history, law, independence, Political Constitution, autonomy, emancipation, freedom.

Recibido 1 de octubre 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

\* Doctorando en Derecho Constitucional, máster en Ciencias Políticas y licenciado en Derecho; docente de la Cátedra de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, de la Maestría en Diplomacia del Ministerio de Relaciones Exteriores, de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia, de la Universidad Escuela Libre de Derecho y de Historia de la Masonería de la Escuela de Estudios Generales de la Universidad de Costa Rica; presidente de la Editorial Costa Rica en representación de la Universidad de Costa Rica; presidente de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas; integrante de la Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas; académico de número de la Academia Morista Costarricense e integrante de la asociación “La Tertulia del 56” para la historia de la Campaña Nacional contra los Filibusteros (1856-1857) y de la Asociación de Genealogía e Historia de Costa Rica; integrante de la Sociedad de Amigos de la Academia Mexicana de la Historia y especialista en historia bilateral entre las repúblicas de Costa Rica y México con énfasis en las épocas del siglo XIX y la Revolución Mexicana. Correo: [tomas.crmx@gmail.com](mailto:tomas.crmx@gmail.com)

## 1.- Introito

La coyuntura histórica en la que actualmente se ha conmemorado el bicentenario del proceso independentista que desligó a la otrora provincia colonial de Costa Rica respecto del vínculo que poseía con la monarquía española ha hecho especial énfasis en los diversos personajes que concatenaron sus acciones y esfuerzos en nuestro territorio para alcanzar dicho objetivo. Esta circunstancia ha permitido también la reafirmación de una serie de opiniones y criterios sobre gran parte de dichos individuos, a quienes les correspondió la ostensible responsabilidad de sentar y organizar las bases primigenias del país que hoy, doscientos años más tarde, disfrutamos los costarricense con gran orgullo y valía.

Empero y, como suele suceder en algunas injustas ocasiones, existe una figura de nuestra historia decimonónica, quien, a pesar de haberse erigido como uno de los más determinantes participantes directos de la gesta autonomista de esta, no ha sido estudiado, ni referenciado, con la amplitud e interés que su prodigioso derrotero de vida haya merecido: don Pablo de Alvarado Bonilla.

Así, aunque su nombre se ha citado en algunos pocos artículos y folletos académicos en el siglo XX y no fue hasta el presente año cuando se publicó un libro sobre su vida y obra, ello apenas subsanó una parte alícuota de la desidia cívica que incompresiblemente se dio alrededor de su figura, ya que, como se expone de modo pormenorizado en este escrito, el multifacético y trascendental conjunto de actuaciones realizadas por de Alvarado a favor de Costa Rica en los más diversos campos es motivo suficiente para que se le haya otorgado el título de Benemérito de la

Patria o se le erigiera un monumento o estatua en su honor, o siquiera se diera el designio de una avenida o calle con su nombre. Mas lo cierto es que, para desdoro de nuestra realidad, ninguno de esos reconocimientos se le ha conferido, lo cual, desde todo punto de vista, resulta inaudito y oprobioso.

Por todo lo anterior, el presente artículo describe y contextualiza todas las incidencias políticas, jurídicas, profesionales, familiares y funcionales que Pablo de Alvarado desplegó en suelo costarricense, así como en el territorio guatemalteco (donde vivió por dos décadas), lo cual, no solo lo convirtió en el primer costarricense en particular y centroamericano en general que abogó de modo decisivo por la emancipación americana, sino también en el pionero propulsor de la historia constitucional de Costa Rica.

## 2. Orígenes y linaje

Los antecedentes genealógicos más remotos de la familia Alvarado se sitúan en la época medieval española y, propiamente, en localidad de Santander (Castilla) con la figura de Pedro de Secadura del Varado, quien fue el genearca de dicho apellido<sup>1</sup> y padre, a su vez, de Fernando Sánchez del Varado, el cual procreó a Juan Sánchez de Alvarado, este último quien fue el primero que modificó la grafía de su apellido<sup>2</sup>. Hijo del anterior fue Garci Sánchez de Alvarado (nacido hacia 1400), entre cuyos hijos, estuvo Juan de Alvarado y Bracamonte (nacido en 1425), quien, a su vez, fue el progenitor de Diego Gómez de Alvarado y Mexía de Sandoval (nacido en 1460), cuyos descendientes marcarían varias improntas.

1 Fernández Peralta, Álvaro. (1958). "La familia de Alvarado". *Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas*, n.º 5, p. 2.

2 Prado Sáenz, Eladio. (1929). "Apuntes genealógicos". *Revista de Costa Rica*, n.º 2, p. 39.

Así, fueron varios de los hijos del citado Diego, quienes estuvieron entre los primeros conquistadores españoles de Las Indias (antiguo nombre oficial de América), lo cual los convirtió en los fundadores de dicho apellido en ese continente. En este grupo, destacaron los hermanos Pedro, Gonzalo y Jorge de Alvarado y Contreras<sup>3</sup>, los cuales formaron parte de las primigenias expediciones a las islas de La Española (actual República Dominicana, 1510) y Cuba (1511), así como en el descubrimiento del territorio mexicano (marzo, 1517) y la isla de Cozumel (mayo, 1518).

Poco tiempo después, dicho trío de hermanos conoció al también conquistador hispano Hernán Cortés P.<sup>4</sup>, con quien establecieron gran amistad, siendo por ello parte del grupo de exploradores que viajaron de nuevo al territorio mexicano (1519) y que, tras dos años de intensos combates, lograron la conquista de la capital azteca de Tenochtitlán (1521)<sup>5</sup>, después de derrotar a las tropas comandadas por el gobernante mexicana Cuauhtémoc, lo que dio entonces paso, por orden de Cortés, a la fundación de la Ciudad de México<sup>6</sup> sobre la ruinas de la antigua metrópoli de dicho imperio mesoamericano.

Para 1523 y por encargo directo de Cortés, los hermanos Alvarado se dirigieron a los confines sureños de las regiones aztecas y, tras cruzarlas, se erigieron en los conquistadores de tres futuros territorios centroamericanos (Guatemala, El Salvador y Honduras). Se destaca la figura del antes citado Jorge de Alvarado (nacido en 1490), quien, entre otros cargos, fungió como gobernador y capitán general de Guatemala (1527-1529 y 1534-1535)<sup>7</sup>, siendo además el padre de Jorge de Alvarado y Estrada (nacido en 1530), quien, por su parte, fue el progenitor de Jorge de Alvarado y Villafañe (nacido en 1565) y este último fue el padre de Gil de Alvarado y Benavides (nacido en 1605, Santiago de Guatemala)<sup>8</sup>.

Al respecto, de Alvarado y Benavides es de especial importancia, pues fue el fundador de su apellido en el territorio colonial, Costa Rica<sup>9</sup>, al que arribó en 1628. Entre sus hijos estuvo Pedro de Alvarado y Vera Sotomayor (nacido en 1645, Cartago)<sup>10</sup>, quien, entre varios hijos, fue también el padre de uno nacido fuera del matrimonio, al cual llamó Gregorio de Alvarado y Azofeifa (nacido en 1670, Cartago, también conocido con el nombre de Antonio)<sup>11</sup>, quien, por su parte, fue el progenitor de Cayetano de Alvarado y Acosta (nacido en 1708, Cartago) y este último, a su vez, el padre de José Tomás de Alvarado y Guevara (nacido en 1734, Cartago).

3 Montúfar, José M. (1958). "Someras adiciones al estudio hecho por don Álvaro Fernández de Peralta, titulado La familia de Alvarado". *Revista Costarricense de Ciencias Genealógicas*, n.º 6, p. 63.

4 Pereyra Gómez, Carlos. (2006). *Hernán Cortés*. México D.F.: Editorial Porrúa, p. 58.

5 Thomas, Hugh. (2011). *La conquista de México*, México D.F.: Editorial Planeta Mexicana, , pp. 569-584.

6 Arias Castro, Tomás Federico. (15 de agosto de 2021) "1521-2021: cinco siglos de la conquista de Tenochtitlán", *Áncora (La Nación)*, pp. 22-23.

7 Fernández Peralta, Álvaro. (1955). "Los Alvarado". *Revista Costarricense de Ciencias Genealógicas*, n.º 2, pp. 42-43.

8 González Víquez, Cleto. (1921). "Orígenes de los costarricenses". *Revista de Costa Rica*, n.º 10, p. 274.

9 Vinatea Calderón Jorge y Fernández Castillo, Rodrigo. (2011). *Grandes familias de Costa Rica (historia, reseña, heráldica y biografía)*. San José: Prints Publicidad, p. 37.

10 Prado Sáenz, Eladio. (1929). "Apuntes genealógicos". *Revista de Costa Rica*, n.º 3, pp. 58-59.

11 González Víquez, Cleto. (1921). "Orígenes de los costarricenses". *Revista de Costa Rica*, n.º 2, p. 58 y "Orígenes de los costarricenses". *Revista de Costa Rica*, n.º 11-12, 1921, p. 336.

Ahora bien, de Alvarado y Guevara contrajo matrimonio en la ciudad de Cartago (diciembre, 1778) con la señorita María del Rosario Bonilla y Laya de Bolívar, lo que les permitió convertirse en padres de ocho hijos, y el nacimiento del cuarto de ellos se consignó así:

*[...] En la ciudad de Cartago en diez y seis de enero de mil setecientos ochenta y cinco años, yo el M.R.P. Fr. Francisco Antonio Mondragón con licencia del Sr. Cura Vicario don Antonio Ramón de Azofeifa, bauticé, puse óleo y crisma a Pablé de Jesús, hijo legítimo de don Tomás Alvarado y de doña María del Rosario Bonilla. Fueron sus padrinos el Presb. Juan José Oreamuno y doña Encarnación Sancho de Castañeda, a quienes advertí su obligación y para que conste lo firmo. Fr. Fco. Ant. Mondragón [...]*<sup>12</sup>.

Este infante estaría destinado a protagonizar una multivariada serie de eventos, cargos y acontecimientos de la más diversa índole en Costa Rica y allende a ella.

### 3. Los primeros avatares

Tras sus primeros años de niñez, Pablo de Alvarado cursó la educación básica en una de las rudimentarias escuelas que existían en la ciudad de Cartago, lo cual influyó de modo directo para que, ya en el siglo XIX, desempeñara su primera faceta pública.

En efecto, fue en marzo de 1803 y a la temprana edad de 18 años, cuando se le concedió aquiescen-

cia municipal para que abriera un centro escolar público en uno de los salones del orfanato de la Iglesia de La Soledad, ubicado en su ciudad natal<sup>13</sup>. Mas, no duró mucho en el ejercicio de dicha faceta, puesto que, con el probable afán de aumentar sus conocimientos, se trasladó a estudiar a suelo guatemalteco, donde recibió el apoyo y cobijo de su hermano José Antonio de Alvarado, quien, desde muchos años antes, vivía en ese territorio, donde además se había ordenado como sacerdote<sup>14</sup>.

Al respecto, cabe señalar sobre el destino geográfico de dicho viaje que, desde 1542, existía el llamado Reino de Guatemala, cuyas fronteras abarcaban la totalidad del actual istmo centroamericano (incluida la entonces, Provincia de Costa Rica) y la región mexicana de Chiapas, formando ello, a su vez, parte de una entidad superior denominada Virreinato de la Nueva España (fundado en 1535 y cuya capital era la ya citada Ciudad de México), el cual contenía dentro de su jurisdicción, además del Reino de Guatemala, a todo el presente territorio mexicano y la mitad del estadounidense. Asimismo, el reino guatemalteco poseía la condición concomitante de Real Audiencia y Capitanía General; es decir, la autoridad judicial y militar, respectivamente, de toda la región que implicaba.

Así, fue para 1807, cuando Pablo de Alvarado ingresó la Universidad de San Carlos Borromeo para cursar la carrera de Medicina<sup>15</sup>, lo cual repercutió ostensiblemente en su pensamiento y opiniones, ya que, fue ahí donde entró en contacto con diversas tesis, obras literarias e ideologías originadas en los siglos XVII y XVIII (la Ilustración, el Liberalismo, la Fisiocracia,

12 Archivo Histórico Arquidiocesano. *Libro de bautismos de Cartago*. N.º 13, f. 237, a. 15.

13 Blanco Segura, Ricardo. (1967). *Historia eclesiástica de Costa Rica*. San José: ECR, p. 215.

14 Arias Castro, Tomás Federico. (2021). “Los legados de la Provincia de Costa Rica ante el I Imperio Mexicano durante la coyuntura independentista (1821-1823)”. *Revista de Derecho Electoral* (Tribunal Supremo de Elecciones), n.º 32, pp. 8 y 11.

15 Arias Sánchez, Raúl. (2002). *Del protomedicato al Colegio de Médicos y Cirujanos (145 años de historia)*. San José: Editorial Porvenir, p.127.

el Enciclopedismo, etc.)<sup>16</sup> que pregonaban la necesaria ruptura de los antiguos nexos y atavismos que venían existiendo entre los individuos y las monarquías desde antaño, para así lograr entonces el alcance de las libertades y derechos que los seres humanos poseían de modo intrínseco. Estas doctrinas, por supuesto, fueron conocidas por de Alvarado de forma semiclandestina, dada la evidente censura previa para su lectura y difusión decretada por parte de las autoridades políticas y religiosas de Guatemala, en particular, y del continente americano, en general<sup>17</sup>.

Empero, de Alvarado se convirtió rápidamente en uno de los más contundentes defensores de las tesis de cita, lo cual se unió a una inesperada serie de hechos acontecidos en España que tuvieron profundos efectos en tierras americanas.

En 1808, el entonces emperador francés Napoleón Bonaparte invadió el territorio español con el fin de expandir sus campañas militares, por lo que provocó de seguido la dimisión del rey hispano Carlos IV y su posterior abdicación a favor de su hijo Fernando VII<sup>18</sup>, quien, sin embargo, no permaneció tampoco mucho tiempo en el trono, pues Napoleón también logró su renuncia y le entregó a continuación la corona de ese reino a su hermano José Bonaparte, quien fue entronizado con el nombre de José I.

La álgida situación antes descrita así como el evidente vacío de poder y legitimidad de la monarquía española avivaron en muchas regiones americanas los anhelos de quienes abogaban en

sigilo por las tesis autonomistas. Pero en paralelo, el miedo ante las cruentas represalias que ello podía ocasionar provocó también que dichas intenciones no se manifestaran en modo alguno.

Fue entonces cuando Pablo de Alvarado efectuó uno de los actos más audaces de su vida, pues, a pesar de conocer muy bien las posibles consecuencias de su objetivo, redactó y distribuyó un panfleto bajo el peculiar apelativo de *El Hispano-Americano*<sup>19</sup>, en cuyo contenido expuso un pormenorizado conjunto de consideraciones y argumentos relativos al nuevo *status quo* político que se había originado a raíz de los hechos acontecidos en suelo ibérico y cómo ello se decantaba ahora en el escenario perfecto para que los habitantes americanos asumieran su propio destino respecto a España.

Como obvio resultado, para el momento en que se masificó el conocimiento de dicho escrito, el militar español Antonio González de Mollinedo y S. (quien fungía en el triple cargo de gobernador, presidente de la audiencia y capitán general del Reino de Guatemala) dispuso el inmediato arresto del estudiante costarricense, quien, tras su detención en septiembre de 1808<sup>20</sup>, fue remitido a la cárcel principal de la metrópoli guatemalteca.

Al respecto, tan directas y sediciosas debieron de ser las manifestaciones hechas por de Alvarado que, para el 18 de septiembre siguiente, González de Mollinedo dirigió una carta a Tomás de Acosta y Hurtado de Mendoza (gobernador de Costa Rica desde 1797)<sup>21</sup>, en la que le indicó:

16 Montenegro, Wálter. (1956). *Introducción a las doctrinas político-económicas*. México D.F.: FCE, p. 23.

17 Meléndez Chaverri, Carlos. (1970). *La Ilustración en el antiguo Reino de Guatemala*. San José: EDUCA, pp. 141-149.

18 Pirenne, Jacques. (1973). *Historia universal*. Tomo V. Barcelona: Editorial Éxito, p. 171.

19 Malavassi Vargas, Guillermo y Gutiérrez Núñez, Pedro. (1992). *Diccionario biográfico de Costa Rica*, San José: UACA, p. 15.

20 Creedman, Theodore. (1973). "Guía de los personajes y hechos de la época de la Independencia". *Revista de Costa Rica*. n.º 2, p. 6

21 Estrada Molina, Ligia. (1965). *La Costa Rica de don Tomás de Acosta*. San José: ECR, pp. 123-132.

[...] En esta capital comenzaba a divulgarse un papel anónimo, con el título de *El Hispano-Americano*, que empieza: “infelices e incautos americanos, ya llegó el punto crítico [...]” y concluye: “después será nuestra paz, seguridad, gusto y libertad”, aunque su principal objeto es contra los franceses, contiene cláusulas que se han graduado de sediciosas; y su autor, que parece ser un estudiante de Costa Rica, se halla ya arrestado en la Real Cárcel de la Corte [...]<sup>22</sup>.

Fue así como de Alvarado estuvo prisionero por el resto de 1808 y los primeros meses de 1809<sup>23</sup> y, para el momento de su liberación, no se le permitió regresar a Costa Rica<sup>24</sup>, pues así lo petitionó expresamente el gobernador de Acosta a González de Mollinedo al considerar que su estadía en nuestro suelo ocasionaría resultados contraproducentes<sup>25</sup>.

Por todo lo anterior, el intrépido joven de Alvarado ha sido considerado con todo mérito, como el precursor de los procesos independentistas en el Reino de Guatemala<sup>26</sup>, así como el segundo a nivel de todo el Virreinato de la Nueva España, cuyo primer artífice fue el intelectual, militar, idealista

y rebelde irlandés Guillén de Lampart<sup>27</sup> (nacido con el nombre original de William Lamport), quien, tras su llegada al virreinato novohispano (1640), planificó una osada operación para incitar a sus pobladores a la ruptura y autonomía respecto de la corona española (1642)<sup>28</sup>. Empero, tras ser delatado, se le sometió al Tribunal del Santo Oficio de Ciudad de México<sup>29</sup>, cuyas autoridades lo tuvieron encarcelado por 17 años, hasta que se le ejecutó por medio de la hoguera en noviembre de 1659<sup>30</sup>.

#### 4. La coyuntura independentista

Poco después de su encarcelamiento, Pablo de Alvarado retomó con toda probabilidad sus estudios en la carrera de Medicina, así como su vida cotidiana en Guatemala, hasta que, una docena de años después, volvió a ser partícipe directo en una serie de acontecimientos que modificaron el panorama geopolítico de aquella coyuntura decimonónica.

Al respecto, cabe indicarse que los ya narrados hechos acaecidos en España desde 1808 provocaron el inicio, desde 1810, de una contundente lucha autonomista en la región mexicana del Virreinato

22 Fernández Guardia, Ricardo. (1935). *Cosas y gentes de antaño*, San José: Editorial Trejos, pp. 10-11.

23 Mora Chaverri, Elvis. (2021). “El primer grito de independencia lo dio un costarricense”. En: Rojas Jiménez, Miguel. *El 29 de octubre de 1821: acta única de la libertad y la independencia de Costa Rica*, San José: Editorial Alma Mater, pp. 121-123.

24 De La Cruz de Lemus, Vladimir. (2021). *La independencia de Costa Rica y Centroamérica*. San José: ECR, p. 66.

25 Zamora Guardia, Luis R. (2020). “Don Pablo Alvarado y Bonilla”. En: Sáenz Carbonell, Jorge F. y otro. *Los padres de la Constitución (los firmantes del Pacto de Concordia)*. San José: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto e Instituto del Servicio Exterior, p. 352.

26 Zaragoza Aguado, Mario. (1973). *Antecedentes de la independencia de Costa Rica*. San José: Instituto de Estudios Centroamericanos. Universidad de Costa Rica, p. 244.

27 Martínez Baracs, Andrea. (2012). *Don Guillén de Lampart: hijo de sus hazañas*, México D. F.: FCE, pp. 23-24.

28 Rosas, Robles, Alejandro y Molina Arceo, Sandra. (2013). *Érase una vez México* (tomo I), México D.F.: Editorial Planeta Mexicana, p. 178.

29 González Obregón, Luis. (2015). *Don Guillén de Lampart. (La Inquisición y la Independencia en el siglo XVII)*. México D.F.: Conaculta, pp. 67-70.

30 Rosas Robles, Alejandro. (2014). “Guillén de Lampart: enjuiciado por la Inquisición en el siglo XVII”. *Relatos e Historias en México*, n.º 65, pp. 58-61.

de la Nueva España, el cual pasó a ser conocido, en 1812, como Provincia de Nueva España, por la aprobación en suelo hispano y durante ese mismo año, de la conocida *Constitución Política de la Monarquía Española*<sup>31</sup> (comúnmente denominada como *Constitución de Cádiz*, la cual fue la primera norma de su tipo en la historia española, indiana y costarricense)<sup>32</sup>, pues en su contenido se dispuso eliminar el otrora andamiaje político-administrativo colonial de Las Indias y sustituirlo por nuevas figuras gubernativas. Este hecho también incidió en el Reino de Guatemala, el cual desapareció para dar origen a la ahora Provincia de Guatemala, aunado a lo cual, se crearon también la Provincia de San Salvador (actual El Salvador), la Provincia de Comayagua (actual Honduras) y la Provincia de Nicaragua-Costa Rica<sup>33</sup>, las cuales quedaron desligadas de la subordinación que poseían con el territorio guatemalteco.

No obstante, la anterior situación duró solo un bienio, pues en 1814, se derogó la *Constitución de Cádiz*, volviéndose, por ende, al antiguo *status quo* colonial imperante en Las Indias, hasta que, en 1820 y por restitución de la referida norma constitucional española, se implantó de nuevo el sistema organizacional que su texto disponía.

Fue así como la lucha emancipadora en la Provincia de Nueva España alcanzó sus objetivos

en septiembre de 1821 con la firma de la llamada *Acta de Independencia del Imperio Mexicano*<sup>34</sup>, con cuyo apelativo se reafirmó la ruptura de ese territorio con España. Pero, además, ello repercutió con ostensible fuerza en la adyacente Provincia de Guatemala, pues una de sus antiguas circunscripciones, la ahora erigida Provincia de Chiapas (límitrofe con la región mexicana de Oaxaca) dispuso también su separación de la corona española (8 de septiembre), y aconteció una idéntica actuación por parte de las autoridades guatemaltecas, pues rubricaron la denominada *Acta de Independencia de Guatemala*<sup>35</sup> (15 de septiembre), seguido de lo cual, dispusieron enviar copias de ello a las otras provincias del istmo para que adoptaran sus propias decisiones.

Estas circunstancias conllevaron entonces a las declaraciones de autonomía de San Salvador (21 de septiembre, actual El Salvador), Comayagua (28 de septiembre, actual Honduras) y Nicaragua (primero el 28 de septiembre y después el 11 de octubre)<sup>36</sup>. Hasta que, tras conocerse las incidencias de cita en Costa Rica (13 de octubre), se dispuso conformar una llamada *Junta de Legados de los Ayuntamientos*<sup>37</sup> con representantes de las principales ciudades (25 de octubre), para que se dilucidara nuestro futuro político. Esta entidad y los miembros del cabildo de la ciudad de Cartago firmaron de modo unánime, el lunes 29 de octubre de 1821<sup>38</sup>, la denominada *Acta de Independencia*

31 Herrera Brenes, Maureen. (2012). *De vasallos a ciudadanos: Bicentenario de la Constitución de Cádiz*, San José: MCJ, Archivo Nacional y Consejería Cultural de la Embajada de España en Costa Rica, p. 20.

32 Sáenz Carbonell, Jorge F. (1997). *Historia del derecho costarricense*. San José: Editorial Juricentro, p. 238.

33 Zelaya Goodman, Chester. (1971). *Nicaragua en la independencia*. San José: EDUCA, p. 28.

34 Martín Moreno. Francisco. (2011). *100 mitos de la historia de México*. Tomo I. Méx. D.F.: Santillana, p. 352.

35 Dym, Jordana. (2012). "Actas de Independencia: de la Capitanía General de Guatemala a la República Federal de Centroamérica". En: Díaz Arias, David y Viales Hurtado, Ronny. *Independencias, Estados y políticas en la Centroamérica del siglo XIX*. San José: CIHAC, pp. 7-8.

36 Meléndez Chaverri, Carlos. (1971). *Textos fundamentales de la independencia centroamericana*, San José: EDUCA, pp. 265-274.

37 Obregón Loría, Rafael. (1981). *Hechos militares y políticos*. Alajuela: MHCJS, p. 16.

38 Arias Castro, Tomás Federico. (2021). "Acta del 29 de octubre de 1821: independencia histórico-jurídica de Costa Rica". *Revista El Foro* (Colegio de Abogados), n.º 20, pp. 9-25.

de Costa Rica<sup>39</sup>, con lo cual se dio el rompimiento político-jurídico formal de nuestro territorio con la monarquía española, tras poco más de tres siglos y dos décadas de existencia de dicho nexo.

Así, fue precisamente para el momento en que los eventos independentistas se habían desatado en la Provincia de Guatemala, cuando Pablo de Alvarado reanudó su activismo político con gran ímpetu, y ahora su tierra natal fue la que se beneficiaría de modo directo a raíz de sus actuaciones y propuestas.

Apenas siete días después de la ya referida emancipación del territorio guatemalteco, de Alvarado, quien había comprendido sagazmente las implicaciones que ello podría significar para Costa Rica, redactó una carta para el ayuntamiento de Cartago (22 de septiembre), en la cual informó:

*[...] M. N. y L. Ayuntamiento. El 15 de este mes quedó ya independiente esta ciudad con toda la felicidad que deseaban todos los buenos patriotas [...] todas las Provincias que no sigan la voz general de la Independencia, serán voluntariamente tributarias de España y traidoras al común de las Provincias independientes [...] esa Provincia es preciso y de necesidad absoluta que se haga independiente [...] tal es el equilibrio en que se halla es Provincia, que si no renuncia y abandona al gobierno español, será perseguida y castigada por las otras provincias [...] la razón, el interés particular y general exigen la independencia de esa Provincia. Tengo el honor de hacerlo presenta así a V. S. como hombre, como americano, como cristiano, como ciudadano*

*de esa Provincia y como hijo de Cartago (...)*<sup>40</sup>. *(El subrayado es nuestro).*

La anterior misiva fue concomitante a otra más que de Alvarado también escribió, el mismo 22 de septiembre para el ayuntamiento de San José, en la cual indicó:

*[...] M. N. Ayuntamiento. Casi todas las Provincias de este reino y del de México están ya independientes [...] Esperamos todos los Costa-ricas habitantes en esta capital que V. S. hará que todas las ciudades, villas, pueblos y aldeas de esa Provincia juraran luego la independencia y harán una Junta provisional que dirija las operaciones de la Provincia, tanto interior como exteriormente. El cielo alumbré a V.S. y a toda la Provincia para que hagan lo que indico, como hombre americano, Costa-rica y cristiano, pues creo es lo mejor [...]*<sup>41</sup>. *(El subrayado es nuestro).*

El 22 de octubre siguiente, confeccionó una proclama titulada “A los costarricenses”, en cuyo contenido plasmó:

*[...] ¡Ciudadanos! El que habla es hijo de Cartago: ama a esa provincia más que todos sus habitantes [...] yo fui el primero en toda la monarquía española que caí en estas cárceles el quince de septiembre de ochocientos ocho por la libertad de la América. Soy hombre social, ciudadano por naturaleza y amantísimo de la verdad y de la justicia [...] ¿tendremos escrúpulo de separarnos de un rey y de un gobierno que sobre ser usurpador [...] nos han tratado tres siglos como a esclavos y nos*

39 Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas. (1979). *Acta de la Independencia absoluta de Costa Rica del gobierno español, 29 de octubre de 1821*. San José: Imprenta Nacional, p. 9.

40 Alvarado Bonilla, Pablo. (1936). “Cartas del ciudadano Pablo Alvarado”. *Revista de los Archivos Nacionales*, n.º 1-2, p. 35.

41 *Ibid.*, p. 36.

*han faltado a cuantos pactos hemos hecho? [...] ¡Ciudadanos! Abrid los ojos, velad, observad, y haced respetar vuestros derechos [...] ¡Ea! ¡valor! ¡tesón! ¡constancia! [...]!*<sup>42</sup>.  
(El subrayado es nuestro).

Todo lo cual, como puede fácilmente colegirse, fue parte decisiva de los distintos insumos documentales que de Alvarado puso a disposición de las autoridades de Costa Rica<sup>43</sup>, para que, no solo tomara la acertada decisión de conformar la pionera *Junta de Legados de los Ayuntamientos*, sino también, sobre todo, emitiera la determinante resolución de romper el nexo con España en octubre de 1821.

## 5.- El artífice constitucional

No obstante, todo lo precedente, la impronta más significativa y eximia que Pablo de Alvarado protagonizó en la historia de Costa Rica aconteció en los días inmediatamente posteriores a nuestra declaratoria de independencia. Este hecho poseyó especial relevancia para la historia jurídica de nuestra nación.

Al respecto y dada la nueva realidad normativa del territorio costarricense, fue a partir del 12 de noviembre de 1821, cuando la *Junta de Legados de los Ayuntamientos* fue sustituida por una

*Junta de Legados de los Pueblos*<sup>44</sup>, la cual se erigió entonces en el primer órgano político de la historia independiente de Costa Rica.

Entre los variados asuntos que esta entidad decidió durante sus 18 sesiones de existencia, estuvieron el debate y análisis de un peculiar documento que de Alvarado había remitido también desde Guatemala junto a sus cartas ya aludidas y que consistió en un proyecto para que nuestro territorio aprobara una norma constitucional propia<sup>45</sup>.

Así, la *Junta de Legados de los Pueblos* nombró, el 23 de noviembre, una comisión de cinco de sus integrantes para que, a partir de lo esbozado por de Alvarado, redactaran una propuesta formal, la cual fue presentada el 29 de noviembre siguiente por medio de un texto con 54 artículos<sup>46</sup>.

A continuación, fue el 1° de diciembre de 1821 cuando la *Junta de Legados de los Pueblos* aprobó el denominado *Pacto Social Fundamental Interino de la Provincia de Costa Rica*<sup>47</sup>, y dicho órgano se convirtió así en la primera Asamblea Nacional Constituyente de nuestra historia. Con esto, el pacto de cita se erigió en la primera norma constitucional del derrotero independiente de Costa Rica<sup>48</sup>, así como en la segunda de nuestro acervo histórico, tras la ya citada *Constitución de Cádiz*.

42 *Ibid.*, p. 38.

43 Fernández Guardia, Ricardo. (1971). *La Independencia*, San José: Comisión Nacional de Sesquicentenario de la Independencia de Centroamérica, p. 9.

44 Gutiérrez Núñez, Pedro. (1988). *Calendario histórico: 500 años historia de Costa Rica*, San José: UACA, p. 402.

45 Sáenz Carbonell, Jorge F. (2020). “La Junta de Legados de los Pueblos y el Pacto de Concordia”. En: Sáenz Carbonell, Jorge F. y otros. *Los padres de la Constitución (los firmantes del Pacto de Concordia)*. San José: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto e Instituto del Servicio Exterior, p. 27.

46 Iglesias Llorente, Francisco M. (2020). *Documentos relativos a la independencia*. Tomo II, San José: EUNED, pp. 44-55.

47 Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia de Centroamérica. (1971). *El Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de Concordia*. San José: Imprenta San Martín, pp. 7-17.

48 González Flores, Luis F. (2015). “Estudio histórico y comparativo de las Constituciones de Costa Rica”. En: Zeledón Cartín, Elías. *Luis Felipe González Flores textos históricos, educativos y biográficos: apuntes históricos*. Tomo I, pp. 408-409.

En ese sentido, dicha pionera figura se compuso de 56 artículos distribuidos en 7 capítulos (*De la provincia, De la religión, De los ciudadanos, Del Gobierno, De la elección del Gobierno, De la instalación de la junta y sus facultades y De las restricciones del Gobierno*)<sup>49</sup>, derivando su nombre de varias especificidades.

Con los apelativos de *pacto social*, se hizo alusión a la tesis filosófico-política del *contractualismo*<sup>50</sup> (surgida en Inglaterra (1651) a partir de la obra *Leviatán* del filósofo Thomas Hobbes) y según la cual, desde su origen antropológico, los seres humanos habían vivido en virulencia y caos colectivo (*estado de naturaleza*), ya que, por necesidad e instinto de sobrevivencia, el individuo optaba por sujetarse a una figura férrea de poder (*pacto*), lo cual creaba un orden coercitivo que permitía la convivencia humana (*Estado de sociedad*). Empero, el *contractualismo* se modificó con el pasar de los años por influencia de las tesis de la *Ilustración*, el *Liberalismo* y el *Enciclopedismo*, las cuales postularon que, desde su aparición, el ser humano había sido benévolo y pacifista (*Estado de naturaleza*), y con posterioridad, se transformó en un ser virulento, por lo que, para sobrevivir, los sujetos debían renunciar a sus intereses individualistas y establecer una doble relación sinalagmática de respeto (*pacto*), tanto entre los propios sujetos, como entre estos y el Estado, cuyas autoridades debían erigirse de modo legítimo, permitiendo así un modelo gubernativo democrático (*Estado de sociedad*)<sup>51</sup>. Todo esto fue condensado, en 1762, por el escritor y filósofo suizo Jean-Jacques

Rousseau en su célebre obra *Du contrat social (El contrato social)*, respecto de cuyo título, muy probablemente, se incorporaron los términos *pacto social* al nombre de nuestra primera norma constitucional.

Por otra parte, el vocablo *fundamental* representó el aspecto del pacto como estatuto superior jerárquico del entramado jurídico-político de nuestro territorio<sup>52</sup>. Asimismo, la condición de *interino* se plasmó para referenciar la provisionalidad de dicha norma hasta que se diera la instalación de la forma de gobierno definitiva que regiría en Costa Rica<sup>53</sup>, pues dicho aspecto no se había dilucidado todavía. Mientras, con la frase *Provincia de Costa Rica* se volvió a poner en vigencia el nombre tradicional que el territorio costarricense había poseído desde el siglo XVI<sup>54</sup>, y que se había suprimido, como ya se ha descrito, en 1820 por la *Constitución de Cádiz*.

Por último, dicha primera norma constitucional también ha sido tradicionalmente conocida con el nombre informal de *Pacto de Concordia*<sup>55</sup>, lo cual se fundamentó en dicha condición de armonía política y cuya palabra en específico se escribió tanto en el prefacio de dicho estatuto, como en el último párrafo de todo el texto en general.

Así, dos años más tarde y con profundo orgullo por lo que dicha norma constitucional había implicado para nuestro derrotero jurídico-político, fue el propio de Alvarado quien manifestó en una de sus cartas enviadas a las autoridades de Costa Rica que:

49 Peralta Quirós, Hernán. (1962). *Las Constituciones de Costa Rica*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, pp. 133-143.

50 Abbagnano, Nicola. (1963). *Diccionario de filosofía*. México D.F.: FCE, p. 237.

51 Jiménez Meza, Manrique. (2017). *Filosofía del derecho*. San José: Editorial Jurídica Continental, pp. 151-154.

52 Miranda Fonseca, Héctor. (2017). *La independencia jurídica de Costa Rica*. San José: Edinexo, p. 23.

53 Aguilar Bulgarelli, Oscar. (1988). *Evolución político constitucional de Costa Rica*. San José: Lehmann Editores. p. 21

54 Meléndez Chaverri, Carlos. (1992). *Reales cédulas relativas a la Provincia de Costa Rica (1540-1802)*. San José: Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas, pp. 109-122

55 Gutiérrez Gutiérrez, Carlos J. (1979). *El funcionamiento del sistema jurídico*, San José: Editorial Juricentro, p. 20.

[...] *sostuve tanto los Derechos de la Provincia, que la Asamblea toda convino en que era soberana y la que se había portado con más prudencia que todas, en medio de todas las revoluciones pasadas. Tanto honor ha dado a esa Provincia su Estatuto Político, sus tratados con las limítrofes, sus tropas, su Gobierno y su distancia de todas. Me glorío pues de haber enviado a tiempo los elementos de aquel sabio Estatuto, origen de tantos bienes, al Ayuntamiento de San José el año de 21[...]*<sup>56</sup>. (El subrayado es nuestro).

## 6.- El periplo federal

El mismo día en que entró en vigencia el *Pacto de Concordia*, fue también el último en que la dirección política de Costa Rica estuvo bajo la égida de la *Junta de Legados de los Pueblos*, la cual fue sucedida por una *Junta Interina*<sup>57</sup> que, a su vez, se mantuvo en activo hasta el 6 de enero de 1822, cuando inició funciones una *Junta Electoral*<sup>58</sup>.

Para el 10 de enero siguiente, el *Pacto de Concordia* fue modificado y resultó lo más significativa la unión político-jurídica de Costa

Rica al ya mencionado I Imperio Mexicano que se insertó en su texto<sup>59</sup>.

Asimismo, desde el 13 de enero, la *Junta Electoral* feneció sus labores, siendo sustituida por la ahora llamada *Junta Superior Gubernativa de Costa Rica*<sup>60</sup>.

Ya para el 1° de enero de 1823, entró en funciones una segunda *Junta Superior Gubernativa*, a la que le tocó afrontar una álgida situación por reiterados cuestionamientos que surgieron por nuestro nexo con México, por lo que se convocó entonces y por primera vez en nuestra historia, a un Congreso General de la Provincia<sup>61</sup> para que dicho asunto se dilucidara y, tras varios días de deliberaciones, dicho órgano eliminó el vínculo con el I Imperio Mexicano (8 de marzo).

A continuación, el Congreso General de la Provincia asumió el carácter de asamblea constituyente y derogó al *Pacto de Concordia* (19 de marzo)<sup>62</sup>, luego lo sustituyó, ese mismo día, con el *Primer Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica*<sup>63</sup> (tercera Constitución Política de nuestra historia), cuyo texto dispuso que la dirección política de nuestro país fuera asumida por una *Diputación Provincial*<sup>64</sup>, lo cual aconteció desde el 14 de marzo de 1823.

56 Alvarado Bonilla. (1936), *op. cit.*, p. 50.

57 Obregón Quesada, Clotilde. (1999). *Nuestros gobernantes*. San José: EUCR, p. 25.

58 Sáenz Carbonell, Jorge F. (1985). *El despertar constitucional de Costa Rica*. San José: Asociación Libro Libre, p. 171.

59 Arias Castro, Tomás Federico. (2021). “La Provincia de Costa Rica y el I Imperio Mexicano durante el trienio histórico independentista de 1821-1823”. *Revista Costarricense de Política Exterior*, n.º 36, pp. 7-35.

60 Zeledón Matamoros, Marco T. (1946). *Digesto constitucional de Costa Rica*. San José: Colegio de Abogados, p. 11.

61 Díaz Arias, David. (2019). “La vida política: 1808-2000”. En: VEGA JIMÉNEZ, Patricia, *Historia contemporánea de Costa Rica (1808-2010)*. San José: Fundación MAPFRE, ECR y EUNED, p. 22.

62 Arias Castro, Tomás Federico. (2021). “Bicentenario del Pacto de Concordia: origen histórico-jurídico de la unión entre la Provincia de Costa Rica y el I Imperio Mexicano”. *Revista Orígenes* (Asociación de Genealogía e Historia de Costa Rica), n.º 7, pp. 7-44.

63 Fournier Acuña, Fernando. (1978). *Historia del derecho*. San José: Editorial Juricentro, p. 215.

64 Bonilla Serrano, Harold. (1979). *Los presidentes*. Tomo I. San José: ECR y EUNED, p. 35.

Empero, esta última entidad gobernó apenas por dos semanas, debido a su defenestración tras la *Guerra de Ochomogo*, cuyos hechos se erigieron, entre el 29 de marzo y el 16 de abril, en la primera guerra civil y el primer golpe de Estado acaecidos en nuestra nación<sup>65</sup>.

Por lo anterior, un nuevo Congreso General de la Provincia asumió las riendas del gobierno tras el fin de la *Guerra de Ochomogo*, procediendo, el 16 de mayo siguiente, a poner en vigencia al denominado *Segundo Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica*<sup>66</sup> (cuarta noma fundamental de nuestro derrotero jurídico), cuyo contenido dispuso que el mando político fuera asignado a una tercera *Junta Superior Gubernativa*, cuyos trabajos principiaron también desde ese mes de mayo.

Fue entonces al poco tiempo, cuando Pablo de Alvarado volvió a fungir con gran relevancia en varios sucesos de nuestro pasado, ya que, en junio de 1823, se creó en suelo guatemalteco un Congreso regional, cuyo fin era agrupar a los otrora territorios del extinto Reino de Guatemala y que, tras asumir la condición de asamblea nacional constituyente, determinó que dicho agrupamiento se denominara como *Provincias Unidas del Centro de América* (julio, 1823)<sup>67</sup>.

Costa Rica recibió una invitación para esta propuesta, por lo que nuestra *Junta Superior Gubernativa* dispuso el envío de cuatro

representantes, los cuales fueron escogidos en septiembre y, en virtud de lo cual, de Alvarado resultó electo como uno de ellos<sup>68</sup>, además de su hermano y ya citado presbítero José A. de Alvarado y los también sacerdotes Juan de los S. Madriz C. y Luciano Alfaro.

Para octubre de 1823, de Alvarado, quien se había graduado como médico el 7 de agosto de ese año en la ya citada Universidad de San Carlos Borromeo<sup>69</sup>, recibió en la capital guatemalteca el designio como legado por Costa Rica y se incorporó el 20 de ese mes a la entidad constituyente<sup>70</sup>. En ese sentido, tan honroso fue para él dicha escogencia que, en una carta enviada en noviembre de 1823 a la *Junta Superior Gubernativa* y con el título de “Al Gobierno de Costa Rica”, narró:

*[...] Agradezco sobre todo lo más digno de gratitud, las expresiones llenas de afecto y confianza con que tenéis la bondad de honrarme, dándome el parabién de la elección hecha en mi [...] Mi júbilo crece sin medida cuando leo que mi querida Provincia lo tuvo también por mi elección. ¡Oh Patria amada! tenéis razón. No os engañéis. Podéis prometeros de la voluntad ilimitada con que siempre he procurado vuestra prosperidad; pero no de mis luces, pues que son tan pocas que me avergüenzo de verme tan obligado por las circunstancias a aceptar vuestros altos poderes y sin fuerzas ningunas para*

65 Fernández Guardia, Ricardo. (1984). *Cartilla histórica de Costa Rica*, San José: Librería, Imprenta y Litografía Lehmann, p. 79.

66 Sáenz Carbonell, Jorge. (2008). *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica*, Heredia: Ediciones Chico, p. 482.

67 Zeledón Matamoros, Marco T. (1941). *Reseña histórica del régimen constitucional de Costa Rica*, San José: Imprenta Nacional, p. 1.

68 Arias Sánchez, Raúl. (2003). *Médicos y cirujanos en la historia de Costa Rica: de la Colonia al liberalismo*. San José: Ministerio de Salud, pp. 137-139.

69 Obregón Quesada, Clotilde. (1989). *Carrillo: una época y un hombre*, San José: ECR, p. 125.

70 Townsend Escurra, Andrés. (1973). *Las provincias unidas de Centroamérica: fundación de la república*, San José: ECR, p. 78.

*desempeñarlos con una sabiduría igual a mi voluntad. No obstante, está el cielo de parte de vos y él ha de alentarme por protegeros [...]»<sup>71</sup>. (El subrayado es nuestro).*

Sin embargo, desde el 29 de octubre no ejerció más su puesto representativo, pues cumplió con una directriz emanada desde nuestro territorio, en la que se le indicaba que no reanudara sus funciones hasta que los cuatro diputados costarricenses estuvieran presentes<sup>72</sup>. Esto aconteció en febrero de 1824, cuando nuestra fracción estuvo completa, y durante el mes de marzo siguiente, se formalizó la pertenencia de Costa Rica al ente regional centroamericano.

Comenzó así un intenso período de eventos y acciones protagonizadas por de Alvarado a lo interno de la asamblea constituyente regional, pues, dadas sus contundentes posiciones ideológicas, tuvo constantes enfrentamientos dialécticos contra varios opositores políticos. Esta divergencias se originaron desde su primera experiencia parlamentaria de 1823 y respecto de las cuales, el propio de Alvarado explicitó sus pormenores al indicar:

*[...] Los serviles han procurado desacreditarme [...] para que mi pluma no pueda triunfar de las maquinaciones de ellos [...] Es verdad que la Asamblea echa mano a cada instante de todas las injurias y malos tratamientos que puede para oscurecer las razones de los liberales y enmudecernos de todos los modos posibles. En verdad que así es; pero nosotros sufrimos con paciencia todos estos males y muchos más que fueran,*

*por no retirarnos y disolver el Congreso, que es lo que quieren ellos, para que entremos en una anarquía sangrienta y nos sojuzgue [...]»<sup>73</sup>. (El subrayado es nuestro).*

A pesar de ello, de Alvarado fue uno de los diputados que más se distinguió por sus diversas improntas, destacándose por su reiterada lucha para la derogatoria de la esclavitud en la región centroamericana, la instalación de un cuño o fábrica de monedas en nuestro territorio y la creación de un Obispado en Costa Rica para separarnos de la Diócesis de León<sup>74</sup>. Además, el 22 de noviembre de 1824, fue uno de los rubricantes de la *Constitución Política de la República Federal de Centroamérica*<sup>75</sup>, la cual se convirtió en la quinta norma fundamental de nuestra historia por la unión política que teníamos con los otros cuatro Estados centroamericanos.

Empero, dicha norma constitucional tuvo dos importantes efectos en Costa Rica, cuyas autoridades habían cambiado apenas dos meses antes. En ese sentido, después de la instalación de un nuevo Congreso Constituyente (6 de septiembre), la tercera *Junta Superior Gubernativa* había desaparecido tras el inicio del mandato del maestro Juan Mora Fernández como nuestro primer jefe de Estado interino (8 de septiembre).

Por ello, después de la entrada en vigencia de la *Constitución Política de la República Federal de Centroamérica*, en su texto, se dispuso que sus cinco Estados parte contaran además con su propio estatuto constitucional, lo que, para el caso costarricense, conllevó a la emisión, en

71 Alvarado Bonilla. (1936), *op. cit.*, pp. 42-43.

72 Obregón Loria, Rafael. (1979). *Costa Rica en la independencia y la federación*. San José: ECR, p. 160.

73 Alvarado Bonilla, *op. cit.*, 1936, p. 50.

74 Aguilar Bulgarelli, Óscar. (2021). *El ciudadano Pablo Alvarado Bonilla (el patriota olvidado)*. San José: Progreso Editorial, pp. 240-242.

75 Obregón Quesada, Clotilde. (2007). *Las Constituciones de Costa Rica*. Tomo II. S. José: EUCR, p. 62.

enero de 1825, de la *Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica*<sup>76</sup> (quinta norma de su tipo de nuestro acervo histórico). Mientras, en marzo de ese año, Mora Fernández dejó su interinato y fue electo como jefe de Estado titular, y fungió como tal desde el mes de abril siguiente.

Ahora bien, de regreso a Guatemala, fue a partir del 6 de febrero de 1825, cuando Pablo de Alvarado empezó a fungir como diputado del primer Congreso Federal bicameral<sup>77</sup>, instaurado según fue establecido en la norma constitucional centroamericana de 1824. En esta coyuntura, se convirtió en el principal artífice de una determinante decisión que ese órgano adoptó a favor de los intereses costarricenses: la legitimación y reconocimiento de la unión del Partido de Nicoya a nuestro país<sup>78</sup>.

Así, dicha decisión voluntaria que esa región había tomado el 25 de julio de 1824<sup>79</sup> fue remitida en septiembre de ese año a las autoridades regionales centroamericanas para que se pronunciaran al respecto, en razón de que el gobierno de Nicaragua había emitido una serie de diatribas contra dicho acto, y el 30 de marzo de 1825, el Congreso Federal reconoció el ligamen entre el Partido de Nicoya y Costa Rica de modo provisional y supeditado a una posterior ratificación<sup>80</sup>. Desde este momento, de Alvarado se afanó a conseguir tal aquiescencia<sup>81</sup>; pero tuvo

que enfrentar fortísimos obstáculos contra ello, pues según sus propias palabras:

*[...] He sostenido con tal ardor los derechos de mi Patria, que los serviles me han aborrecido de muerte y han tratado de aterrorizarme, avergonzarme, enfurecerme, insultarme, aburrirme y arrojarme del Congreso [...] He protestado contra el Congreso más de veinte veces, porque me ha oprimido, interrumpido e incomodado de la manera más descarada, por impedirme el que hable, porque lo que quieren los serviles es tener cómplices y no patriotas exaltados por su Patria y contrarios a sus miras infames [...] He instado cinco veces porque se despache el asunto de la agregación de Nicoya a nuestro Estado y los secretarios responden que no aparece el expediente [...]*<sup>82</sup>. (El subrayado es nuestro).

No obstante, el ahínco desplegado por de Alvarado conllevó a que el 9 de diciembre de 1825, el Congreso Federal concediera su respaldo formal a la unión entre ambos territorios, lo cual, además, fue resellado por esa misma entidad en marzo de 1826, con lo que el Partido de Nicoya quedó adscrito a Costa Rica de modo perenne<sup>83</sup>. Precisamente en el 2021, está a tres años de conmemorar el bicentenario de tan relevante efeméride.

76 Brenes Córdoba, Alberto. (1923). *Historia del derecho*, San José: Tipografía Lehmann, p. 323.

77 Cavallini Quirós, Ligia. (1985). *Don Pablo Alvarado Bonilla*, San José: Imprenta Nacional, p. 19.

78 Loaiza, Norma. (15 de septiembre de 1973). "Pablo Alvarado Bonilla: precursor de nuestra Independencia". *Alfa. La Nación*, pp. 57-58.

79 Jaén Contreras, Julio C. (2008). *De la anexión al rescate del Partido de Nicoya*. Liberia: Municipalidad de Liberia, p. 77.

80 Sibaja Chacón, Luis F. y Zelaya Goodman, Chester. (1974). *La anexión de Nicoya*. San José: Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas, pp. 70-71.

81 Secretaría de Gobernación. (1924). *Guanacaste: libro conmemorativo del centenario de la incorporación del Partido de Nicoya a Costa Rica (1824-1924)*. San José: Imprenta María v. de Lines, p. 369.

82 Alvarado Bonilla, *op. cit.*, 1936, pp. 60-62.

83 Meléndez Chaverri, Carlos. (1978). *Documentos fundamentales siglo XIX*. San José: ECR, pp. 12-13.

Ya para julio de 1825, de Alvarado fue reelecto por el Gobierno de Costa Rica como nuestro representante ante el Congreso Federal centroamericano, en cuyo cargo siguió en la defensa y los intereses costarricenses. Pero el 30 de junio de 1826 y debido a una serie de querellas internas, se suspendieron las labores de dicho órgano, con lo cual también de Alvarado feneció su representación<sup>84</sup>.

## 7.- Regreso al terruño

Tras poco más de tres décadas de salir de su patria, Pablo de Alvarado emprendió el regreso a Costa Rica en 1827<sup>85</sup>, poseyendo no solo el amplio prestigio que había conseguido por sus honrosos accionares políticos, sino también el destacado hecho de ser el primer costarricense que ostentaba el título profesional de médico<sup>86</sup>.

Sin embargo y contrario a lo que había sido la tónica en Guatemala, de Alvarado no reanudó su activismo político en suelo costarricense, dedicándose en exclusiva a varias actividades relacionadas al ejercicio de la Medicina<sup>87</sup>. Así, tras domiciliarse en la ciudad de Cartago y por los próximos lustros, atendió a números pacientes (tanto en sus casas, como en su propio hogar), desempeñó múltiples encargos médicos para distintas autoridades gubernativas y colaboró en asuntos de políticas públicas sobre sanidad y salud.

Este derrotero se impactó drásticamente cuando aconteció el fortísimo *Terremoto de San Antolín*

(septiembre, 1841), pues casi toda la ciudad cartaginesa sufrió una tremenda devastación, incluida la casa del galeno de Alvarado, la cual quedó en ruinas, por lo que, tras el estupor inicial, se dedicó a reedificar su domicilio durante el resto de ese año.

Ya para 1842, fue partícipe directo de un acontecimiento político que tuvo profundas repercusiones en nuestro país. En efecto, tras invadir a Costa Rica y defenestrar por un oprobioso golpe de Estado al gobernante Lic. Braulio Carrillo C. (abril), así como perpetrar todo tipo de vejámenes y abusos contra la población costarricense durante los cinco meses de un ilegítimo y espurio mandato, el militar hondureño, Gral. Francisco Morazán Q. fue atacado por una furibunda tropa de nuestros soldados a partir del 11 de septiembre y, después de tres días de refriegas, Morazán y varios de sus oficiales huyeron a Cartago para refugiarse en la casa del comandante Pedro Mayorga (máxima autoridad castrense de esa ciudad), quien le había ofrecido su apoyo. No obstante, después de que Morazán arribó al domicilio de cita, se enteró de que Mayorga le había quitado el respaldo, así como de la inminente llegada de un batallón, bajo el liderazgo del Cap. José Castro, para capturarlo.

Así tras arrestar a Morazán y a sus acompañantes militares ese día 14 de septiembre, el Cap. Castro ordenó, hacia las 6.00 p. m., que fueran engrillados para evitar cualquier escape<sup>88</sup>, momento en que ocurrió algo inesperado. Para el instante en que el jurista y militar guatemalteco, Gral. José M.

84 Cavallini Quirós, Ligia. (1972). "Don Pablo Alvarado Bonilla: prócer de nuestra independencia. *Revista de Costa Rica*, n.º, p. 66.

85 Álvarez Araya, Óscar. (2021). *Ideas y personajes de Costa Rica durante el período de la independencia*, San José: Academia de Centroamérica, p. 53.

86 Blanco Odio, Alfredo. (1997). *Los médicos en Costa Rica*, San José: Imprenta Mundo Gráfico, p. 61.

87 Sáenz Carbonell, Jorge F. (2021). "Diccionario de los principales personajes de la época de la independencia de Costa Rica". *Revista Costarricense de Política Exterior*, n.º 35, pp. 81-82.

88 Cordero Croceri, José R. (1993). *La leyenda negra de Morazán*, Tegucigalpa: Ediciones Morazanistas. p. 45.

González de Saravia D. fue encadenado, comenzó a convulsionar de modo violento y sufrió números estertores, por lo que falleció casi de inmediato<sup>89</sup>.

De esta forma, dicho individuo había fungido desde antaño como uno de los oficiales de más estima y confianza para Morazán, desempeñándose incluso como su ministro general desde el inicio del golpista mandato que ejercieron en Costa Rica<sup>90</sup>, ya que, ante la circunstancia de verse engrillado, prefirió suicidarse por medio de la ingesta de un veneno<sup>91</sup>.

Fue así cuando Pablo de Alvarado, quien había llegado al hogar de Mayorga desde el mediodía para curar a Morazán por una herida en su mejilla izquierda<sup>92</sup>, trató por todos los medios de salvarle la vida a González de Saravia, lo cual resultó infructuoso, y permaneció entonces el resto de la noche y durante la madrugada siguiente para el cuidado médico de los arrestados. Este grupo fue trasladado a la ciudad de San José y, en cuanto a Morazán y tras varias deliberaciones, se ordenó su fusilamiento, el cual se aplicó el 15 de septiembre en la esquina suroeste de la Plaza Mayor (actual Parque Central de la capital)<sup>93</sup>.

No obstante, la participación de Pablo de Alvarado en estos hechos tuvo otro aspecto más, lo cual sirvió para refrendar la grandeza de su persona, ya que, cuando el cadáver de González de Saravia iba a ser enterrado, los personeros religiosos de Cartago indagaron primero sobre los pormenores de dicha muerte, pues estaba prohibido conceder sepultura eclesiástica si había un suicidio de

por medio. Para este asunto, se convocó a de Alvarado para que rindiera su testimonio, tanto en su calidad de médico, como de testigo directo de los eventos en cuestión, y respecto de lo cual indicó:

*[...] a primera vista le pareció que era muerte violenta natural, proveniente de la mala conformación de alguno de los tres órganos de que depende la vida o de algún trastorno que ha padecido alguno de los órganos del pecho y del abdomen, por el grande susto que recibió cuando le intimaron que le iban a echar grillos, pues es una cosa muy corriente en los autores de las disecciones anatómicas el encontrar estos trastornos de las vísceras; y poco después de haber visto que estaba consumada ya la muerte del finado Saravia, a quien le vio unas gotas de sangre en la nariz en los últimos momentos de su muerte de la vida orgánica de todo su sistema, llegó el capitán de la división josefina señor Castro a la mesa junto a la cual estaba parado, cerca de la candela, enseñándole un vasito de cristal como de dos pulgadas cúbicas, que tenía por inscripción en francés “media dracma de estricnina” y le dijo “vea el vasito en que estaba el veneno con que se acaba de matar Saravia”. Y le preguntó que donde lo había hallado y le contestó que lo había encontrado a los pies del muerto Saravia y le añadió que allí estaba un pedazo de testamento. Se puso a leerlo y le causó risa los disparates que contenía en sus tres primeras clausulas [...]*

89 Guier Sáenz, Enrique. (1982). *El general Francisco Morazán*. San José: UACA, p. 154.

90 Grub Ludwig, Ud. *Diccionario cronológico y genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821-1998)*. Obra inédita, p. 59.

91 Jiménez Solís, Jorge. (1999). *Francisco Morazán: su vida y su obra*. Managua: Programa textos escolares nacionales, p. 139.

92 Castro Y Tosi, Norberto. (1975). “Los Alvarado de Estrada”. *Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas*, n.º 22, p. 129.

93 Arias Castro, Tomás Federico. (19 de septiembre de 2021). “El otro 15 de septiembre y el fusilamiento de Francisco Morazán”. *Áncora, La Nación*, pp. 20-21.

*De lo que infirió que el desgraciado Saravia se había vuelto demente en los momentos precedentes a su muerte y que tal vez tendría la estricnina a la mano y la tomaría [...]»<sup>94</sup>. (El subrayado es nuestro).*

Así, como puede verse, en un acto de humanidad para que se inhumara eclesiásticamente el cadáver del fallecido González de Saravia, de Alvarado deliberadamente desvirtuó la causa suicida de dicha muerte (la cual, recuérdese, él presenció) y brindó varios alegatos para fundamentarla como una afección física o un asunto psíquico. Este dictamen surtió el efecto esperado, pues el cuerpo del militar guatemalteco se enterró en el cementerio de la ciudad Cartago. Esto presentó todavía una significancia más rutilante, pues el Gral. González de Saravia era el nieto del ya mencionado militar español Antonio González de Mollinedo y S.<sup>95</sup>, quien, como ya se ha descrito, fue la autoridad superior jerárquica del Reino de Guatemala que ordenó la detención y confinamiento de Pablo de Alvarado en 1808 por la publicación del libelo *El hispano-americano*.

## 8.- Las últimas improntas

Los últimos años de vida de Pablo de Alvarado se mantuvieron incólumes respecto a su labor como médico. Por eso, incluso, por el resto de 1842, le correspondió dirigir un nosocomio temporal en la ciudad de Cartago para atender a numerosos heridos (de ambos bandos), por la rebelión contra el malogrado mandato del Gral. Francisco Morazán.

Asimismo, tras la inauguración (1844) de la pionera Universidad de Santo Tomás (creada en 1843), de Alvarado resultó escogido como uno de sus socios y catedráticos examinadores (1845)<sup>96</sup>; pero por razones desconocidas, no aceptó ninguno. Fue entonces, en esa misma época, cuando se trasladó a vivir a la ciudad de Alajuela, donde falleció a los 66 años, el 31 de mayo de 1851, y se consignó de la siguiente manera:

*[...] En la provincia de Alajuela a primero de junio de mil ochocientos cincuenta y uno se dio sepultura eclesiástica en el campo santo de dicha iglesia al señor bachiller empírico en Medicina don Pablo de Alvarado adulto, soltero, h. l. de los finados don Tomás Alvarado y doña Josefa Bonilla. Recibió los Santos Sacramentos y lo firmo. Lorenzo Montenegro [...]»<sup>97</sup>.*

De modo lamentable y casi inaudito, su figura e improntas se fueron diluyendo paulatinamente de la memoria cívica del país, hasta que, ya en el siglo XX, el célebre historiador, diplomático y literato, Ricardo Fernández Guardia, fue el primer autor que rememoró parte de sus accionares, cuando publicó, en 1935, su obra *Cosas y gentes de ataño*, en la que incluyó un capítulo titulado *El ciudadano Pablo*<sup>98</sup>.

De seguido y con motivo de los 150 años de nuestra declaratoria de autonomía, en 1971, se declaró a Pablo de Alvarado prócer de dicha gesta por parte de la *Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia de*

94 Fernández Guardia, Ricardo. (1943). *Morazán en Costa Rica*. San José: Editorial Lehmann, pp. 102-103.

95 Ortega, Miguel. (1988). *Morazán: laurel sin ocaso*. Tomo II. Tegucigalpa: Fundación Morazánica, p. 618.

96 Fernández Esquivel, Franco. (2008). *Crónicas y tradiciones de Cartago*. Cartago: Uruk Edit., p. 169.

97 Archivo Histórico Arquidiócesano. *Libro de defunciones de Alajuela*, n.º 4, f. 26, a. 160.

98 Arias Castro, Tomás Federico. (2 de febrero de 2020). “Ricardo Fernández Guardia: a siete décadas de su muerte”. *Ancora, La Nación*, p. 4.

*Centroamérica y la Academia de Geografía e Historia de Costa Rica*<sup>99</sup>, y luego se colocó un busto de su efigie en el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica.

Mientras, en el 2006, el catedrático e historiador Óscar Aguilar B. presentó una propuesta para su benemeritazgo ante la Oficina de Iniciativa Popular de la Asamblea Legislativa<sup>100</sup>, la cual recibió en el 2007 el respaldo para convertirse en Proyecto Legislativo bajo el numeral 16 616. No obstante, dicha idea no se materializó. Pero, en el 2021, la Municipalidad de Cartago le concedió a de Alvarado el título de hijo predilecto de dicho cantón, y se develó además un retrato suyo en la sede central de ese gobierno local.

Así, al estarse conmemorando en el 2021 el eximio aniversario de nuestra gesta autonomista, lo anteriormente expuesto sirve para recordar el egregio cúmulo de hechos que Pablo de Alvarado Bonilla realizó a lo largo de su vida, los cuales, sin lugar a duda alguna, le permiten erigirse como una de las personas más significativas que han existido en la historia costarricense, cuyo proceso de independencia, en general, así como su historia constitucional, en particular, lo conceptúan como uno de sus más valiosos precursores.

## 9. Conclusiones

Como se pudo constatar a lo largo de todo lo antes expuesto, los hechos y acciones efectuados por don Pablo de Alvarado B. se destacaron por la aguerrida y leal forma con la que actuó en todas las etapas de su vida, lo cual, en algunas ocasiones, le produjo consecuencias adversas por las insidias de sus opositores; pero, la mayoría de las veces, también obtuvo un amplísimo cúmulo de satisfacciones y triunfos en lo personal que, de modo concomitante, supo direccionar con gran talento a favor de los intereses de Costa Rica.

Así, para el momento crucial en que nuestro territorio afrontó los primeros y decisivos pasos para su condición como país independiente, de Alvarado fue quien, con gran visión acerca de lo vital de dicha encrucijada, encausó todo su trabajo y conocimiento para que nuestra nación contara con los elementos necesarios que impidieran la adopción de decisiones nefastas. Aunado a lo anterior, remitió la hoja de ruta que propició la sabia decisión de nuestros antepasados de colocar el futuro de Costa Rica bajo un marco de constitucionalidad, cuyos réditos se erigen hoy en día en uno de los pilares fundamentales del modelo democrático sobre el que se asienta nuestro entramado institucional.

Por lo anterior, esperamos que este escrito sirva para redimensionar la figura de don Pablo de Alvarado bajo los parámetros de reconocimiento cívico y honra nacional que merece desde antaño, colocándolo en el sitio que la historia costarricense les tiene asignado a sus principales y más rutilantes personajes.

99 Robert Luján, Enrique. (1979). “Genealogía de Pablo de Alvarado”. En: *Anales de la Academia de Geografía e Historia de Costa Rica (1977-1978)*. San José: Imprenta Nacional, p. 31.

100 (20 de junio de 2007). “Benemeritazgo de la patria al doctor Pablo Alvarado Bonilla”. *La Gaceta*, n.º 118.

## 10. Bibliografía

Abbagnano, Nicola. (1963). *Diccionario de filosofía*. México D.F.: FCE.

Aguilar Bulgarelli, Óscar. (1988). *Evolución político constitucional de Costa Rica*. San José: Lehmann Editores,

\_\_\_\_\_. (2021). *El ciudadano Pablo Alvarado Bonilla (el patriota olvidado)*. San José: Progreso Editorial.

Alvarado Bonilla, Pablo. (1936). “Cartas del ciudadano Pablo Alvarado”. *Revista de los Archivos Nacionales*, n.º 1-2.

Álvarez Araya, Óscar. (2021). *Ideas y personajes de Costa Rica durante el período de la independencia*. San José: Academia de Centroamérica.

Archivo Histórico Arquidiocesano. *Libro de bautismos de Cartago*, n.º 13.

\_\_\_\_\_. *Libro de defunciones de Alajuela*, n.º 4.

Araya Pochet, Carlos. (2005). *Historia del derecho constitucional costarricense*, San José: EUNED.

Arias Castro, Tomás Federico. “Historia de las relaciones diplomáticas entre la República de Costa Rica y los Estados Unidos Mexicanos”. *Revista Costarricense Política Exterior*, n.º 35, 2021.

\_\_\_\_\_. (2021). “La Provincia de Costa Rica y el I Imperio Mexicano durante el trienio histórico independentista 1821-1823”. *Revista Costarricense Política Exterior*, n.º 36.

\_\_\_\_\_. (2021). “Los legados de la Provincia de Costa Rica ante el I Imperio Mexicano durante la

coyuntura independentista (1821-1823)”. *Revista de Derecho Electoral* (Tribunal Supremo de Elecciones), n.º 32.

\_\_\_\_\_. (2021). “Bicentenario del Pacto de Concordia: origen histórico-jurídico de la unión entre la Provincia de Costa Rica y el I Imperio Mexicano”. *Revista Orígenes* (Asociación de Genealogía e Historia de Costa Rica), n.º 7.

\_\_\_\_\_. (2021). “Acta del 29 de octubre de 1821: independencia histórico-jurídica de Costa Rica”. *Revista El Foro* (Colegio de Abogados), n.º 2.

\_\_\_\_\_. (2021). *Los firmantes del Acta de Independencia*. San José: Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, (coautoría).

\_\_\_\_\_. (2 de febrero de 2020). “Ricardo Fernández Guardia: a siete décadas de su muerte”. *Áncora, La Nación*.

\_\_\_\_\_. (21 de julio de 2021). “Erijamos un monumento a la independencia”. *La Nación*.

\_\_\_\_\_. (15 de agosto, 2021). “1521-2021: cinco siglos de la conquista de Tenochtitlán”. *Áncora, La Nación*.

\_\_\_\_\_. (19 de septiembre, 2021). “El otro 15 de septiembre y el fusilamiento de Francisco Morazán”. *Áncora, La Nación*.

Arias Sánchez, Raúl. (2002). *Del protomedicato al Colegio de Médicos y Cirujanos (145 años de Historia)*. San José: Editorial Porvenir.

\_\_\_\_\_. (2003). *Médicos y cirujanos en la historia de Costa Rica: de la Colonia al liberalismo*. San José: Ministerio de Salud.

(20 de junio, 2007). “Benemeritazgo de la patria al doctor Pablo Alvarado Bonilla”. *La Gaceta*, n.º 118.

Blanco Odio, Alfredo. (1997). *Los médicos en Costa Rica*. San José: Imp. Mundo Gráfico.

Blanco Segura, Ricardo. (1967). *Historia eclesiástica de Costa Rica*. San José: ECR.

Bonilla Serrano, Harold. (1979). *Los presidentes*. Tomo I. San José: ECR y EUNED.

Brenes Córdoba, Alberto. (1923). *Historia del derecho*. San José: Tipografía Lehmann.

Castro Y Tosi, Norberto. (1975). “Los Alvarado de Estrada. *Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas*, n.º 22.

Cavallini Quirós, Ligia, (1972). “Don Pablo Alvarado Bonilla: prócer de nuestra Independencia. *Revista de Costa Rica*, N.

\_\_\_\_\_. (1985). *Don Pablo Alvarado Bonilla*. San José: Imp. Nacional.

Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas. (1979). *Acta de la Independencia absoluta de Costa Rica del gobierno español (29 de octubre de 1821)*. San José: Imprenta Nacional.

Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia de Centroamérica. (1971). *El Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de Concordia*. San José: Imprenta San Martín.

Cordero Croceri, José R. (1993). *La leyenda negra de Morazán*. Tegucigalpa: Ediciones Morazanistas.

Creedman, Theodore. (1973). “Guía de los personajes y hechos de la época de la independencia. *Revista de Costa Rica*, n.º 2

De La Cruz de Lemus, Vladimir. (2021). *La independencia de Costa Rica y Centroamérica*. San José: ECR,

Díaz Arias, David. (2019). “La vida política: 1808-2000”. En: Vega Jiménez, Patricia, *Historia contemporánea de Costa Rica (1808-2010)*. San José: MAPFRE, ECR y EUNED.

Dym, Jordana. (2012). “Actas de Independencia: de la Capitanía General de Guatemala a la República Federal de Centroamérica”. En: Díaz Arias, David y Viales Hurtado, Ronny. *Independencias, Estados y políticas en la Centroamérica del siglo XIX*. San José: CIHAC.

Estrada Molina, Ligia. (1965). *La Costa Rica de don Tomás de Acosta*. San José: ECR.

Fernández Esquivel, Franco. (2008). *Crónicas y tradiciones de Cartago*. Cartago: Uruk Editores.

Fernández Guardia, Ricardo. (1935). *Cosas y gentes de antaño*. San José: Edit. Trejos.

\_\_\_\_\_. (1943). *Morazán en Costa Rica*, San José: Edit. Lehmann.

\_\_\_\_\_. (1971). *La independencia*. San José: Comisión Nacional de Sesquicentenario de la Independencia de Centroamérica.

\_\_\_\_\_. (1984). *Cartilla histórica de Costa Rica*. San José: Librería, Imprenta Lehmann.

Fernández Peralta, Álvaro. (1955). “Los Alvarado”. *Revista Costarricense de Ciencias Genealógicas*, n.º 2.

\_\_\_\_\_. (1958). “La familia de Alvarado”. *Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas*, n.º 5.

Fournier Acuña, Fernando. (1978). *Historia del derecho*, San José: Editorial Juricentro,

GONZÁLEZ FLORES, Luis F. (2015). “Estudio histórico y comparativo de las Constituciones de Costa Rica”. En: Zeledón Cartín, Elías. *Luis Felipe González Flores textos históricos, educativos y biográficos: apuntes históricos*. Tomo I.

González Obregón, Luis. (2015). *Don Guillén de Lampart (La Inquisición y la independencia en el siglo XVII)*. México D.F.: CONACULTA.

González Viquez, Cleto. (1921). “Orígenes de los costarricenses”. *Revista de Costa Rica*, n.º 2, 10 y 11-12.

Grub Ludwig, Udo. *Diccionario cronológico y genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821-1998)*. Obra inédita.

Guier Esquivel, Jorge E. (1968). *Historia del derecho*. Tomo II. San José: ECR.

Guier Sáenz, Enrique. (1982). *El general Francisco Morazán*. San José: UACA.

Gutiérrez Núñez, Pedro. (1988). *Calendario histórico: 500 años historia de Costa Rica*, San José: UACA.

Gutiérrez Gutiérrez, Carlos J. (1979). *El funcionamiento del sistema jurídico*. San José: Editorial Juricentro.

Herrera Brenes, Maureen. (2012). *De vasallos a ciudadanos: Bicentenario de la Constitución de Cádiz*. San José: MCJ, Archivo Nacional y Consejería Cultural de la Embajada de España en Costa Rica.

Iglesias Llorente, Francisco M. (2020). *Documentos relativos a la independencia*. Tomo II. San José: EUNED.

Jaén Contreras, Julio C. (2008). *De la anexión al rescate del Partido de Nicoya*, Liberia: Municipalidad de Liberia.

Jiménez Meza. Manrique. (2017). *Filosofía del derecho*, San José: Editorial Jurídica Continental.

Jiménez Solís, Jorge. (1999). *Francisco Morazán: su vida y su obra*. Managua: Programa textos escolares nacionales.

Loaiza, Norma. (15 de septiembre de 1973). “Pablo Alvarado Bonilla: precursor de nuestra Independencia”. *Alfa, La Nación*.

Malavassi Vargas, Guillermo y Gutiérrez Núñez, Pedro. (1992). *Diccionario biográfico de Costa Rica*, San José: UACA.

Martín Moreno, Francisco. (2011). *100 mitos de la historia de México*. Tomo I. Méx. D.F.: Santillana.

Martínez Baracs, Andrea. (2012). *Don Guillén de Lampart: hijo de sus hazañas*. México D.F.: FCE.

Meléndez Chaverri, Carlos. (1970). *La Ilustración en el antiguo Reino de Guatemala*. San José: EDUCA.

\_\_\_\_\_. (1971). *Textos fundamentales de independencia centroamericana*, San José: EDUCA.

\_\_\_\_\_. (1978). *Documentos fundamentales siglo XIX*. San José: ECR.

\_\_\_\_\_. (1992). *Reales cédulas relativas a la Provincia de Costa Rica (1540-1802)*. San José: Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas.

Miranda Fonseca, Héctor. (2017). *La independencia jurídica de Costa Rica*. San José: Edinexo.

Montenegro, Wálter. (1956). *Introducción a las doctrinas político-económicas*. México D.F.: FCE.

Montúfar, José M. (1958). “Someras adiciones al estudio hecho por don Álvaro Fernández de Peralta, titulado La familia de Alvarado”. *Revista Costarricense de Ciencias Genealógicas*, n.º 6.

Mora Chaverri, Elvis. (2021). “El primer grito de independencia lo dio un costarricense”. En: Rojas Jiménez, Miguel. *El 29 de octubre de 1821: acta única de la libertad y la independencia de Costa Rica*. San José: Editorial Alma Mater.

Obregón Loría, Rafael. (1979). *Costa Rica en la Independencia y la Federación*. San José: ECR.

\_\_\_\_\_. (1981). *Hechos militares y políticos*, Alajuela: MHCJS.

Obregón Quesada, Clotilde. (1989). *Carrillo: una época y un hombre*. San José: ECR.

\_\_\_\_\_. (1999). *Nuestros gobernantes*. San José: EUCR.

\_\_\_\_\_. (2007). *Las Constituciones de Costa Rica*. Tomo II. San José: EUCR.

Ortega, Miguel. (1988). *Morazán: laurel sin ocaso*. Tomo II. Tegucigalpa: Fundación Morazánica.

Peralta Quirós, Hernán. (1962). *Las Constituciones de Costa Rica*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

\_\_\_\_\_. (1972). *El Pacto de Concordia*, San José: Librería e Imprenta Lehman.

Pereyra Gómez, Carlos. (2006). *Hernán Cortés*. México D.F.: Editorial Porrúa.

Pirenne, Jacques. (1973). *Historia Universal*. Tomo V. Barcelona: Editorial Éxito.

Prado Sáenz, Eladio. (1929). “Apuntes genealógicos”. *Revista de Costa Rica*, n.º 2 y 3.

Robert Luján, Enrique. (1979). “Genealogía de Pablo de Alvarado”. En: *Anales de la Academia de Geografía e Historia de Costa Rica (1977-1978)*. San José: Imprenta Nacional.

Rosas Robles, Alejandro. (2014). “Guillén de Lampart: enjuiciado por la Inquisición en el siglo XVII”. *Relatos e Historias en México*, n.º 65.

Rosas, Robles, Alejandro y MOLINA ARCEO, Sandra. (2013). *Érase una vez México*. Tomo I. México D.F.: Editorial Planeta Mexicana.

Sáenz Carbonell, Jorge F. (1985). *El despertar constitucional de Costa Rica*. San José: Asociación Libro Libre.

\_\_\_\_\_. (1997). *Historia del derecho costarricense*, San José: Editorial Juricentro.

\_\_\_\_\_. (2008). *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica*. Heredia: Edis. Chico.

\_\_\_\_\_. (2020). “La Junta de Legados de los Pueblos y el Pacto de Concordia”. En: SÁENZ CARBONELL, Jorge F. y otros. *Los padres de la Constitución (los firmantes del Pacto de Concordia)*. San José: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto e Instituto del Servicio Exterior.

\_\_\_\_\_. (2021). “Diccionario de los principales personajes de la época de la Independencia de Costa Rica”. *Revista Costarricense de Política Exterior*, n.º 35.

(1924). Secretaría de Gobernación, *Guanacaste: libro conmemorativo del centenario de la incorporación del Partido de Nicoya a Costa Rica (1824-1924)*. San José: Imprenta María v. de Lines.

Sibaja Chacón, Luis F. y ZELAYA GOODMAN, Chester. (1974). *La anexión de Nicoya*, San José: Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas.

Thomas, Hugh. (2011). *La conquista de México*. México D.F.: Editorial Planeta Mexicana.

Townsend Ecurra, Andrés. (1973). *Las provincias unidas de Centroamérica: fundación de la república*, San José: ECR.

Vinatea Calderón, Jorge y Fernández Castillo, Rodrigo. (2011). *Grandes familias de Costa Rica (historia, reseña, heráldica y biografía)*. San José: Prints Publicidad.

Zamora Guardia, Luis R. (2020). “Don Pablo Alvarado y Bonilla”. En: Sáenz Carbonell, Jorge F. y otros. *Los padres de la Constitución (los firmantes del Pacto de Concordia)*. San José: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto e Instituto del Servicio Exterior.

Zaragoza Aguado, Mario. (1973). *Antecedentes de la independencia de Costa Rica*. San José: Instituto de Estudios Centroamericanos (Universidad de Costa Rica).

Zelaya Goodman, Chester. (1971). *Nicaragua en la independencia*, San José: EDUCA.

Zeledón Matamoros, Marco T. (1941). *Reseña histórica del régimen constitucional de Costa Rica*. San José: Imprenta Nacional.

\_\_\_\_\_. (1946). *Digesto constitucional de Costa Rica*. San José: Colegio de Abogados.



# LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LOS PRIMEROS AÑOS DE LA INDEPENDENCIA

*Dra. Vilma Alpizar Matamoros\**

## RESUMEN

La Administración de Justicia en la época absolutista era rudimentaria, en una Costa Rica donde no había abogados que se ocuparan de esa labor. Con la independencia, esta tarea se complicó, ya que no teníamos dónde apelar en segunda y tercera instancia, lo cual antes hacíamos ante Guatemala. Esta opción, aunque era casi ilusoria, debido a la distancia y los costos, por lo menos brindaba la oportunidad de que se revisaran en ciertos casos las sentencias que se dictaban en nuestro país. Esto llevó a la implementación de soluciones creativas para remediar esta falencia, la más importante, la creación de la Corte Suprema de Justicia que, junto con la presencia de abogados extranjeros y nuestros primeros graduados, llenaron ese gran vacío en un proceso no exento de dificultades y ensayos.

**Palabras claves:** organización judicial española, sistema de apelación, la Constitución de Cádiz, el Pacto de Concordia, jueces letrados, la Corte Suprema de Justicia.

## ABSTRACT

The administration of justice in the absolutist era was rudimentary, in a Costa Rica where there were no lawyers to take care of that work. With independence, this work was complicated since we had no where to appeal in the second and third instance, which we used to do before Guatemala. This option, although it was almost illusory, due to the distance and the costs, at least provided the opportunity to have the sentences handed down in our country reviewed in certain cases. This led to the implementation of creative solutions to remedy this shortcoming, the most important of which was the creation of the Supreme Court of Justice, which, together with the presence of foreign lawyers and our first graduates, filled this great void in a process not without difficulties and trials.

**Keywords:** spanish judicial organization, appeals system, the Constitution of Cádiz, the Pact of Concord, legal judges, the Supreme Court of Justice.

Recibido: 4 de octubre 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

---

\* Licda. en Derecho por la Universidad de Costa Rica; doctora en educación con énfasis en mediación pedagógica por la Universidad de La Salle; profesora en el grado y posgrado en la Universidad de Costa Rica y en la Universidad Estatal a Distancia; directora de la Revista Judicial del Poder Judicial. Correo [valpizar@yahoo.com](mailto:valpizar@yahoo.com)

## Preámbulo

Los acontecimientos que llevaron a la independencia de nuestro país y a la promulgación del Pacto de Concordia quizá sean una parte de la historia patria, de la cual los y las costarricenses tenemos menos conocimiento.

Hay que tener en consideración que, con la Constitución de Cádiz de 1812<sup>1</sup>, los virreinos y los reinos habían desaparecido, por ende, ya no existía el reino de Guatemala, y la provincia pasó a ser la unidad básica de división política de la monarquía<sup>2</sup>, subordinada directamente a Madrid.

De acuerdo con la Constitución en cada provincia, había un jefe político superior, al que correspondía el gobierno político de la circunscripción y una serie de funciones administrativas. A su vez, las provincias se dividían en partidos con un jefe político subalterno, subordinado al jefe político superior. Existía, también, un cuerpo colegiado denominado Diputación Provincial formado por siete vocales propietarios y tres suplentes, además del intendente y el jefe político superior<sup>3</sup>.

Debido a esta nueva organización, Costa Rica pasó a ser un partido de la provincia de Nicaragua y Costa Rica, el cual tenía su capital en León, y le correspondió elegir a dos vocales para conformar la diputación provincial, debido a su escasa población, lo que hizo que su participación resultara a todas luces insatisfactoria, ya que rara vez se atendieron las solicitudes de ayuda o solución a los problemas

costarricenses y menos que el voto de estos representantes tuviera algún peso.

Sin embargo, hubo tres aspectos en los que continuamos dependiendo de Guatemala: en lo militar y lo hacendario, ya que el jefe político superior de Guatemala siguió siendo capitán general y superintendente general, y en lo judicial, ya que la audiencia de Guatemala se mantuvo como único tribunal existente con competencia en segunda y tercera instancia.

En 1814, regresa a reinar Fernando VII, después de ser liberado por los franceses, y se restablece el absolutismo monárquico hasta 1820, cuando nuevamente vuelve a ponerse en vigencia la Constitución de Cádiz. En esta etapa, se establecen diputaciones provinciales en Comayagua, Ciudad Real, Chiapas y San Salvador, con lo cual prácticamente se segregan estos territorios de Guatemala<sup>4</sup>.

Como señala don Jorge Sáenz Carbonell, en los seis años en que no estuvo vigente la Constitución de Cádiz (1814-1820), hubo, en nuestro país, ciertos signos de desarrollo gracias al comercio con Panamá, exportación de café en pequeña escala, descubrimiento y explotación de las minas del Aguacate, fomento de la instrucción pública por medio de la incipiente Casa de Enseñanza de Santo Tomás, leves aumentos en la producción y explotación de tabaco. La población de San José fue la más favorecida por estos pequeños avances, hasta colocarla en situación de competir con la propia capital<sup>5</sup>.

1 La Constitución de Cádiz estuvo vigente de 1812 a 1814. En 1814, Fernando VII retorna al absolutismo monárquico, se deja sin efecto la Constitución, volviendo al régimen institucional anterior para en 1820 volver a poner en vigencia nuevamente la carta constitucional.

2 Ver Sáenz Carbonell, Jorge. (2012). *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica: ordenamientos indígenas, derecho indiano y derecho Nacional*. 1ª. ed. San José, C.R.: Editorial Isolma, p. 276.

3 *Ibidem*, p. 278.

4 Este hecho se dio el 14 de mayo de 1821, cuando la monarquía permitió el establecimiento de estas diputaciones provinciales en lo que antes eran las intendencias. Como Costa Rica no era intendencia, no resultó favorecida con esta disposición.

5 Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. (1985). *El despertar constitucional de Costa Rica*. San José: Asociación Libro Libre, p. 143.

En esta segunda etapa de vigencia de la Constitución de Cádiz, los órganos más fortalecidos fueron los ayuntamientos, creados en todos los pueblos y cuyos miembros se elegían popularmente. Las poblaciones como San José, Alajuela, Heredia, Ujarrás entre otras, catalogadas como pueblos de mestizos, se vieron favorecidas al adquirir autonomía y no depender más de la ciudad cabecera.

El punto negativo era que volvíamos a estar bajo el dominio de la Diputación Provincial de León Nicaragua, quien intervino en el comercio con Panamá y en otras actividades que habían propiciado un pequeño avance en lo económico y social.

Recordemos que, para 1821, la figura del gobernador había desaparecido desde hacía bastante tiempo, y la máxima autoridad en Costa Rica en lo militar, político y administrativo era el jefe político subalterno, cargo que ocupaba don Juan Manuel de Cañas Trujillo, mientras que en Nicaragua se encontraba el jefe político superior, don Miguel González Saravia, y el capitán general y jefe político superior de Guatemala era Gabino Gaínza.

México había iniciado su proceso de independencia desde 1810 con el famoso Grito de Dolores. Después de muchos acontecimientos, los líderes de la fuerza insurgente al mando de Vicente Guerrero y las fuerzas del jefe político superior (antes virrey), don Agustín de Iturbide, iniciaron un entendimiento que culminó el 24 de febrero de 1821 con la firma del Plan de Iguala o Pacto de Triguarante: religión, unión y libertad<sup>6</sup>.

*Juan de O'Donojú, nombrado entonces como nuevo Jefe Político Superior, firmó con Iturbide el llamado Tratado de Córdoba en agosto de 1821, según el cual reconocía a México su independencia de España y de acuerdo al Plan de Iguala, un príncipe de la familia reinante sería coronado como emperador<sup>7</sup>.*

Esto provocó la formación de una Junta de Regencia y la anexión de una serie de diputaciones provinciales del sur del actual México y de Centroamérica, entre ellas Guatemala que declaró su independencia y la anexión al Imperio Mexicano el 15 de setiembre de 1821.

En este proceso, cabe la pena destacar que, en 1808, un estudiante costarricense que estudiaba medicina en la Universidad de San Carlos de Guatemala, don Pablo Alvarado Bonilla, fue la primera persona detenida y encarcelada por participar en movimientos de independencia y al que le cabe el apelativo de prócer de la independencia<sup>8</sup>.

Como señala don Vladimir de la Cruz y comparten muchos historiadores, desde entonces y hasta 1821, Pablo Alvarado Bonilla se convirtió en un agitador y organizador de la causa independentista centroamericana. Su lucha fue conocida en Costa Rica, y el gobernador Tomás de Acosta llegó a solicitar a las autoridades guatemaltecas que no enviaran a Pablo Alvarado a Costa Rica.

Pablo Alvarado reconoció en un documento elaborado por él mismo que fue:

6 Obregón Quesada, Clotilde. *Las Constituciones de Costa Rica*. Volumen I, p. 11.

7 *Ibidem*, p. 11.

8 Zamora Guardia, Luis Roberto. (2020). Don Pablo Alvarado y Bonilla. Inspirador del Pacto de Concordia. En: *Los padres de la Constitución: los firmantes del Pacto de Concordia et al.*, San José, CR: MREC. Instituto Manuel María Peralta, , p. 351.

*El primero de toda la monarquía española que caí en estas cárceles el quince de setiembre de mil ochocientos ocho, por la Libertad de América*<sup>9</sup>.

El acta que contiene la decisión de Guatemala, considerada como el Acta de Independencia de Centroamérica, ordenó que debía ser comunicada a las provincias que constituían la Capitanía General. El 21 de septiembre, El Salvador confirmó su independencia, el 28 lo hicieron Honduras y Nicaragua ambiguamente, primero, con su decisión “hasta que se aclararen los nubados del día” no sin dejar de manifestar que Guatemala todavía se creía soberana y, el 11 de octubre, la declararon de manera definitiva así como su anexión al Imperio Mexicano.

El Acta de Guatemala detonó la independencia que cada pueblo y provincia de Centroamérica definieron en los días siguientes a su conocimiento. El 26 de octubre, el Partido de Nicoya acordó “que se proclame y jure pública y solemnemente la Independencia Absoluta del Gobierno Español”<sup>10</sup>.

En la madrugada del 29 de octubre, se supo en Cartago que, el 11 de octubre, la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica había proclamado en León la independencia absoluta de España y la unión al Imperio Mexicano<sup>11</sup>.

Ese mismo 29 de octubre, el Ayuntamiento de Cartago, reunido en cabildo extraordinario y con

asistencia de los legados de los ayuntamientos que se encontraban en ese momento ahí, acordó proclamar la independencia absoluta del Gobierno español y la unión al Imperio Mexicano<sup>12</sup>, y se acordó “que se publique, proclame y jure solemnemente el jueves 1° de noviembre la Independencia Absoluta del Gobierno Español”<sup>13</sup>. Se ordenó jurar este acuerdo en las distintas comunidades y ayuntamientos, lo que se realizó en los días siguientes hasta mediados de noviembre.

Esta acta declaraba la independencia del Gobierno español, pero también se nos desligaba de la Diputación Provincial de León, Nicaragua que, a la postre, era lo que más interesaba a los costarricenses en ese momento. En ella, se acordó:

*1° Que se publique, proclame y jure solemnemente, el jueves 1° de noviembre la Independencia absoluta del Gobierno Español. 2° Que absolutamente se observarán la Constitución y leyes que promulgue el Imperio Mexicano; en firme concepto de que en la adopción de este plan consiste la felicidad y verdaderos intereses de estas Provincias*<sup>14</sup>.

Como señala don Jorge Sáenz Carbonell, en el libro *Los padres de la Constitución. Los firmantes del Pacto de Concordia*<sup>15</sup>, al declarar la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica la independencia y anexión al imperio

9 De La Cruz de Lemus, Vladimir. *La independencia se declaró el 29 de octubre de 1821*. En: [https://www.larepublica.net/noticia/la\\_independencia\\_se\\_declaro\\_en\\_octubre\\_de\\_1821](https://www.larepublica.net/noticia/la_independencia_se_declaro_en_octubre_de_1821)

10 *Ibidem*

11 Cabe anotar que los representantes de Costa Rica votaron a favor de esa decisión.

12 Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. *Los padres de la Constitución*, pp. 6 y 7.

13 Acta de independencia del 29 de octubre de 1821.

14 Acta de independencia del 29 de octubre de 1821.

15 Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. *Los padres de la Constitución*, p. 7

mexicano el 11 de octubre, los firmantes del Pacto de Concordia<sup>16</sup> habían acordado también que, conforme al artículo 15 del Plan de Igualdad, las autoridades constituidas quedaban en el ejercicio de sus funciones, lo que significaba que el coronel Cañas Trujillo continuaría en su cargo de jefe político subalterno, por lo que no tenía mayor sentido que los legados de los pueblos se reunieran.

Sin embargo, hay que resaltar que Cañas no gozaba de muchas simpatías. Aunado a esto, el hecho de que Costa Rica, quien se había desempeñado como provincia desde el siglo XVI, siguiera subordinada a León resultaba un hecho molesto y humillante, por lo que no resultó extraño que el Ayuntamiento de San José tomara el 30 de octubre un acuerdo, donde insistía que debía conformarse una Junta Gubernativa Provisional, ni que, pese a que el Ayuntamiento de Cartago había proclamado la independencia en los mismos términos que León, decidiera continuar con la reunión de los legados de los pueblos, argumentando que era beneficioso que estuvieran reunidos, ya que no habían desaparecido del todo los nublados del día<sup>17</sup>.

### **Hacia nuestra primera Constitución en vida independiente**

El 12 de noviembre de 1821, se reunió por primera vez la Junta de Legados de los Pueblos, la cual funcionó hasta el 1° de diciembre de 1821, fecha en que se emitió nuestra primera Constitución en la vida independiente, el Pacto Fundamental Interino de Costa Rica, conocido como Pacto de Concordia.

Esta opción tomada por los costarricenses nos libró de luchas intestinas como las que se

produjeron en diferentes países de Centroamérica y permitió que, en forma más serena y no motivada por la euforia de los acontecimientos, se tomaran decisiones trascendentales para el futuro de nuestro país. Es quizá la primera decisión autónoma que hace Costa Rica y donde libremente deciden cómo gobernarse.

En la primera sesión, se nombró como presidente interino al presbítero Nicolás Carrillo y, en esta misma sesión, se conoció también la renuncia de Juan Manuel de Cañas Trujillo como jefe político subalterno, renuncia que fue providencial, ya que evitó que eventualmente se produjeran choques con la junta de gobierno o la posible injerencia de León o Guatemala en nuestro país.

Las primeras sesiones de la Junta Gubernativa Provisional, constituida con carácter de gobierno provisional de Costa Rica, discurrían resolviendo asuntos de gobierno, dejando de lado la creación de un plan de gobierno.

Como es bien conocido, la idea de formular un texto constitucional provisional emanó de Pablo Alvarado y Bonilla. En vista de que el plan de gobierno no se concretaba, el 19 de noviembre, el Ayuntamiento de San José decidió nombrar a dos legados extraordinarios a fin de hacer las explicaciones y aclaraciones necesarias para la formación del Pacto de Concordia por medio del plan de gobierno provisional, y nombró al licenciado Rafael Barroeta Castilla, abogado salvadoreño, residente en Costa Rica desde hacía varios años, y a don Juan Mora Fernández, como delegados extraordinarios. Estos delegados llevaron consigo un proyecto de plan de gobierno que había redactado una comisión nombrada por el Ayuntamiento de San José y que, desgraciadamente, no se puede determinar en cuánto coincide con los lineamientos de Pablo

16 Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. *Los padres de la Constitución*, p. 7.

17 *Ibidem*, p. 8.

Alvarado. Este accionar de San José, sin lugar a dudas, fue el hecho más determinante para que se emitiera el Pacto de Concordia.

Como señala don Jorge Sáenz, al aceptarse la iniciativa josefina por parte de la Junta Gubernativa de formar un pacto de concordia por medio de un plan provisional de gobierno,<sup>18</sup> la junta de legados estaba asumiendo el carácter de asamblea constituyente y decidió que, como lo habían indicado los legados extraordinarios, el objeto “primero y preferente” de sus labores sería redactar un texto constitucional.

La junta, entonces, nombró una comisión conformada por don Juan de los Santos Madriz, don José Santos Lombardo, el licenciado Rafael Barroeta, don Juan Mora Fernández y don Joaquín de Iglesias para que redactara el proyecto constitucional que presentó a la junta el 29 de noviembre<sup>19</sup>.

El primero de diciembre, se volvió a reunir la junta de legados, y ahí se discutió, adicionó y reformó, y resultó al final un texto de 58 artículos y siete capítulos que contenían el proyecto redactado en San José. Además se nombró a los siete miembros y tres suplentes de la Junta Gubernativa Interina.

El Pacto organizó y evitó un vacío de poder, dejó vigentes artículos de la Constitución de Cádiz, entre ellos, gran parte de la sección judicial y copió la estructuración de una Diputación para Costa Rica, tal como estaba establecido en la carta gaditana.

## La Administración de Justicia

La Administración de Justicia española era caótica. Las funciones judiciales estaban atribuidas a una serie de órganos que, a la vez, cumplían funciones de carácter administrativo, tales como las Reales Audiencias, el Consejo de Indias, el de Castilla. Y coexistía una gran cantidad de legislaciones, incluyendo en ellas el derecho foral, en fin una heterogénea colección de normas de diversas épocas, llenas de anacronismos y contradicciones. En América, coexistían también el derecho indiano y el de Castilla, el cual regía con carácter subsidiario.

*La probidad de muchos tribunales era dudosa y frecuentemente se irrespetaban las leyes que debían regir su actividad; los litigios eran por regla general extremadamente largos, contribuyendo a ello los frecuentes roces entre la justicia ordinaria y las llamadas jurisdicciones especiales (eclesiástica, militar, mercantil, señorial etc.) que seguían existiendo pese al esfuerzo centralizador del absolutismo borbónico<sup>20</sup>.*

La Constitución de Cádiz, en su título V, creó un Supremo Tribunal de Justicia que sustituyó al Consejo de Indias, cuyos magistrados eran elegidos por el rey de ternas emanadas del Consejo de Estado y a los que se les garantizaba estabilidad en sus cargos. De acuerdo con este nuevo modelo, la función judicial correspondía a los tribunales, y la jurisdicción ordinaria, en sus diversas instancias, correspondía a los alcaldes de los pueblos, los juzgados de letras y las audiencias<sup>21</sup>.

18 *Ibidem*, p. 29

19 Obregón Quesada, Clotilde. *Las Constituciones de Costa Rica*. Volumen I, p. 13.

20 Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. *El despertar constitucional*, p. 96.

21 Artículos 242 a 279, *Constitución de Cádiz*. En Obregón Quesada Clotilde, *op. cit.*, pp. 67 a 71.

*La idea base de toda la normativa sobre esta materia fue la de crear un Poder Judicial independiente, que contrarrestara los abusos en la aplicación de las leyes, y así se consagró en el artículo 242 de la Constitución<sup>22</sup>.*

Con la Constitución de Cádiz, se crearon las diputaciones provinciales, las cuales asumieron las funciones administrativas, fiscales y de control político, y se mantuvo la Audiencia de Guatemala como único tribunal existente con competencia en segunda y tercera instancia, dividida en dos salas, una de segunda instancia y otra de tercera instancia. La cuarta instancia que se otorgaba como una gracia le había correspondido por mucho tiempo al Consejo de Indias, con la Constitución sería al Supremo Tribunal de Justicia.

El hecho de que a Costa Rica le correspondía apelar ante la Real Audiencia y Cancillería de Guatemala, tomando en cuenta la distancia y el costo que eso implicaba, provocaba que fuera sumamente difícil ejercer este derecho, lo cual se evidencia con las palabras de don José Cecilio del Valle:

*El hijo de Cartago despojado de su propiedad, no puede pedir que se le ampare en ella sin caminar 400 leguas atravesando el partido de Costa Rica, la provincia de León, la de Comaiagua, la de San Salvador, y la de Guatemala.*

*¿Como es posible amar, ò como puede imaginarse que el interés sude en hazer*

*productiva una propiedad que la mala fé puede arrebatat y el dueño no encuentra en 100 leguas en torno un Tribunal que lo ampare?<sup>23</sup>.*

En Costa Rica, los alcaldes ordinarios, identificados con las denominaciones de primero y segundo, eran jueces legos, es decir, sin formación profesional en Derecho, los cuales administraban justicia en primera instancia en materia civil y penal. Aunque el gobernador también tenía ciertas facultades en ese ámbito y recibía el título de Justicia Mayor<sup>24</sup>. Se podían apelar sus sentencias ante el ayuntamiento local, sin ulterior recurso, si la cuantía del asunto era de 60 000 mil maravedíes o menos. Si era mayor, le correspondía a la Real Audiencia de Guatemala, formada por magistrados denominados oidores y un fiscal, todos profesionales en Derecho y, dependiendo del caso, podía actuar como tribunal de primera, segunda y tercera instancia.

La Audiencia conocía en **primera instancia**:

- Los casos de Corte<sup>25</sup>, civiles o penales, de cuantía superior a 10 000 y, ante la audiencia, si excedía de esa suma, así como de apelación contra sentencias penales.

**En segunda instancia**, la audiencia conocía:

- Contra fallos de primera instancia contra juicios civiles de cuantía superior a 60 000 maravedíes, así como de sentencias penales.

22 Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. *El despertar constitucional*, p. 97.

23 Del Valle, José Cecilio. (1969). *El amigo de la patria*. Tomo segundo. Edición preconmemorativa del sesquicentenario de la independencia de Centro América. Guatemala: Editorial José de Pineda Ibarra, p. 167.

24 Sáenz CARBONELL, Jorge Francisco. (2006). *Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*. 1ª. ed., San José, C.R.: Editorama, p. 1.

25 Casos de Corte eran pleitos de viudas, huérfanos o personas miserables; procesos en que los reos o demandados eran funcionarios de cierta jerarquía (corregidores, alcaldes ordinarios etc.) y causas penales sobre muerte segura, forzamiento de mujer, tregua quebrantada, casa quemada, camino quebrantado, traición a leve desafío.

- Los recursos de injusticia notoria, llamado también recurso de nulidad contra fallos de primera instancia por violación a formalidades sustanciales del proceso, tanto en lo penal como en lo civil.
- Del recurso de fuerza (auto de legos) contra resoluciones de tribunales eclesiásticos que interferían con la jurisdicción ordinaria.

#### **En tercera instancia:**

- De los recursos de súplica o de suplicación. Esta instancia se abría como una gracia o merced.

#### **La cuarta instancia:**

Ante la sentencia de tercera instancia (sentencia de revista), existía la posibilidad del recurso de segunda suplicación, el cual era de conocimiento del Consejo de Indias, si la cuantía del proceso era superior a seis mil pesos ensayados<sup>26</sup>. Esta instancia también era una merced y no un derecho. Si lo concedía el monarca, pasaba su conocimiento al Consejo de Indias, formado por abogados y con sede en Castilla.

Por medio del decreto n.º 201 del 9 de octubre de 1812, se reglamentaron detalladamente la Administración de Justicia en lo civil y lo penal y ciertos aspectos de la organización y funcionamiento de las audiencias y tribunales inferiores.

La audiencia estaba formada por un regente, nueve ministros o magistrados y dos fiscales. En cada partido, debía haber un juez letrado (abogado) que conociera en primera instancia en lo civil

y en lo penal, pero mientras no lo nombraran, los alcaldes ordinarios de las poblaciones continuarían ejerciendo esa función<sup>27</sup>.

Para ese entonces, el ordenamiento jurídico de nuestro país estaba conformado por una gran cantidad de normas de distintas épocas y diverso origen. Además de la Constitución de Cádiz, regían leyes de las Cortes españolas, la Recopilación de Indias y demás leyes indianas, la Recopilación castellana de 1567, las Partidas y diversas leyes del ordenamiento castellano, reales decretos, disposiciones de la Real Audiencia de Guatemala y de la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica, regulaciones municipales, derecho consuetudinario criollo e indígena, etc.<sup>28</sup>.

Esto provocó que en los años posteriores a la independencia:

*La ausencia de un sistema de principios generales, el casuismo de la inmensa mayoría de las normas vigentes y las enormes dimensiones del ordenamiento hacía sumamente difícil la correcta aplicación del derecho. La situación era especialmente grave en Costa Rica, donde los libros eran muy caros, se carecía de bibliotecas y no hubo imprenta sino hasta 1830. Como si eso fuera poco, el contenido de algunas fuentes estaba totalmente alejado de la realidad costarricense, “[...] Incluso el lenguaje arcaico y alambicado de algunos textos podía resultar un escollo. Para peores, se contaba con un número escasísimo de graduados en Derecho y la enseñanza formal de este apenas se iniciaba rudimentaria y tímidamente en la Casa de Enseñanza de Santo Tomás<sup>29</sup>.*

26 Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. (2012). *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica: ordenamientos indígenas, derecho indiano y derecho nacional*. 1ª. ed. San José, C.R.: Editorial Isolma, pp. 176 y 177.

27 *Ibidem*, p. 279.

28 *Ibidem*, ver p. 292.

29 *Breve historia del derecho costarricense*, p. 267.

El Pacto de Concordia no introdujo mayores innovaciones en el campo judicial. Mantuvo las instituciones creadas por el régimen constitucional de 1812. La Junta Superior Gubernativa asumió las funciones que le correspondían a la audiencia de Guatemala en lo protectivo, según señalaron el artículo 24 y siguientes del Pacto, pero no en lo judicial, por lo que no podía conocer de los recursos de apelación ni de súplica ni ejercer las demás funciones que, en materia judicial, le habían correspondido a la audiencia.

*Artículo 24. La Junta reasumirá la autoridad superior de capitania y superintendencia general, mando político, diputación provisional y de audiencia, en cuanto lo protectivo, no en lo judicial. Y en consecuencia podrá expedir y dictar todas las providencias que demande la libertad, seguridad y buena administración de la provincia en sus respectivos atributos, conforme a este Pacto y a la Constitución española y leyes vigentes, en lo que a él no se opongan.*

*Artículo 41. En lo judicial, la Junta, como tribunal de protección únicamente, hará que los jueces constitucionales administren pronta y rectamente justicia conforme a la Constitución española y leyes existentes, singularmente la de 9 de octubre de 1812.*

*Artículo 42. Para que no haya lesión ni atraso en la administración de justicia, la Junta determinará las competencias de jurisdicción y los recursos de agravio y de fuerza.*

*Artículo 43. En los casos que litigue un pueblo con otro, o un particular como actor contra un pueblo, la Junta señalará*

*el juez constitucional inmediato que como imparcial deba conocer en la causa.*

El problema que se planteó fue en relación con la segunda instancia que hasta entonces había sido de conocimiento de los órganos judiciales de Guatemala. El reconocimiento de la competencia de estos habría significado un retroceso en las pretensiones autonomistas de Costa Rica. Se tuvo que recurrir a soluciones provisionales, ya que establecer un tribunal competente en la provincia era prácticamente imposible por la carencia de abogados y además por las dificultades de orden fiscal que representaría la creación de tal órgano<sup>30</sup>.

*Artículo 44. Para los casos de apelación en grados de segunda instancia, por no poder establecer por ahora la provincia un tribunal competente, ínter que lo hay se observará: 1o. Que en lo criminal, la sentencia de pena grave, como destierro, mutilación o cosa semejante, queda suspendida y custodiado el reo, considerándose la detención en parte de la condena; mas si la sentencia recayese por atentarse contra el Gobierno de la provincia o la Independencia americana, se ejecutará con previo conocimiento de la Junta, y también, en todo caso, las penas correccionales o no afflictivas gravemente. 2o. Que en lo civil, si la apelación tuviere lugar en ambos efectos, afiance la parte de quien o contra quien se reclame, y si en uno solo, la parte recipiente.*

También se crearon soluciones prácticas como continuar aplicando una ley del 23 de octubre de 1812, la cual disponía que, antes de interponer una demanda, debía efectuarse ante el alcalde constitucional correspondiente un trámite prejudicial oral de conciliación, conocido con

30 En 1821, el único abogado que existía en Costa Rica era don Rafael Barroeta y Castilla, de origen salvadoreño. Posteriormente, en 1823, llegaron a la provincia otros abogados centroamericanos como don Nicolás de Espinoza y la primera generación de abogados costarricenses, graduada en León. El primero en trabajar en nuestro país fue don Manuel Aguilar, ya que el primer abogado costarricense, don José María Zamora y Coronado, nunca trabajó en nuestro país.

el nombre de juicio en terminación verbal. El alcalde, en unión de dos “hombres buenos”, uno por cada parte, oía a estas y después el dictamen de aquellos, y ocho días más tarde, proponía una fórmula de conciliación<sup>31</sup>. Solamente si las partes no se conformaban con esta, podían iniciar un juicio civil o penal, según correspondiera.

Históricamente, la mediación no es algo novedoso o moderno, pues no es extraño encontrar la intervención del “hombre bueno”, mediador, que resolvía los problemas vecinales en el municipio. La solución dada por el mediador era asumida por las partes en conflicto como la más justa y, por ello, se ejecutaba de acuerdo con su dictado.

*Este hombre bueno, no siempre tenía que ser el mismo individuo, pues en función de la cuestión que se tratara debía de ser una persona experta e imparcial. Así por ejemplo, cuando se trataba de asuntos relacionados con el campo: linderos, zonas de paso, riegos, servidumbres [...] etc., el mediador era un agricultor de reconocido prestigio en la comunidad. Por el contrario, cuando la cuestión estaba relacionada con conflictos urbanos: medianerías, aguas, divisiones [...] etc., este hombre bueno solía ser un albañil valorado por las partes. Cuando se trataba de operaciones de compra-venta: una finca, una casa, un mulo [...] etc. en las que alguna de las partes no había cumplido las condiciones del trato, en la mayoría de los casos no escritas, la figura del “hombre bueno” era asumida por el corredor de la operación, que resolvía de acuerdo con*

*lo hablado y sellado con un apretón de manos. También se resolvían de esta forma asuntos familiares como testamentos, herencias y otros<sup>32</sup>.*

Costa Rica tuvo mucha actividad jurídica en los años posteriores a la independencia, pero en el campo del derecho público, partiendo de la emisión del Pacto de Concordia, su sanción el 10 de enero de 1822, las discusiones sobre las ideas anexionistas a México, Colombia e, incluso, a León, los dos Estatutos Políticos de 1823 entre otros.

Pero en el derecho privado, en la vida diaria del costarricense, no hubo cambios sustanciales, por lo que se siguió utilizando la misma legislación española que se venía usando antes de 1821 y, en especial, Las Siete Partidas. No fue hasta 1841 cuando por primera vez se emitió un código en Costa Rica, el Código General o Código de Carrillo.

Cabe indicar que al sobrevenir la independencia, varias provincias centroamericanas decidieron darse una organización judicial propia. Una de ellas fue Nicaragua, quien estableció en la ciudad de León una Corte territorial de Justicia, según el modelo de la Ley Reglamentaria del 9 de octubre de 1812<sup>33</sup>. Esta ley reglamentaba las audiencias y los juzgados de primera instancia, fue emitida por las Cortes de Cádiz y, según esta, las audiencias territoriales estaban integradas por nueve ministros o magistrados, dos fiscales y un regente, el cual era su presidente titular y efectivo, y se dividían en dos salas, una de segunda instancia y otra de tercera<sup>34</sup>.

31 Sáenz CARBONELL, Jorge Francisco. (2016e). *Breve historia del derecho costarricense: ordenamientos indígenas, derecho indiano y derecho nacional*. 1ª. Edición. San José, C. R.: ISOLMA, pp. 305 y 319.

32 El “hombre bueno”, génesis de la figura del mediador en <https://www.amediar.info/el-hombre-bueno- genesis-de-la-figura-del-mediador/> consultado el 14 de octubre de 2021.

33 Decreto n.º 201 del 9 de octubre de 1812, de las Cortes de Cádiz.

34 *Ibidem*.

El 9 de septiembre de 1823, por intermedio de don Mariano Montealegre Bustamante, considerado como nuestro primer diplomático costarricense, se suscribió con León el Tratado Montealegre-Solís,<sup>35</sup> el cual fue conocido y aprobado por la Junta Gubernativa de Costa Rica, el 24 de septiembre de 1823<sup>36</sup> y que, en lo que interesa en el tema judicial, se disponía:

*5° Que Costa Rica se obliga a reconocer; en lo judicial a los Tribunales de Justicia de esta capital en cuanto a. la segunda y tercera instancia, sin que se le apliquen las leyes del Imperio.*

Adicionalmente, Costa Rica debía contribuir económicamente para los gastos que generaba.

Desgraciadamente, los primeros años de la independencia en Nicaragua fueron muy turbulentos, y los roces entre las diferentes poblaciones los hizo caer en una sangrienta guerra civil, la primera de la historia nicaragüense<sup>37</sup>. Esto provocó que el tratado en cuanto al aspecto judicial por lo menos no se llegara a aplicar, amén del inminente ingreso a la Federación Centroamericana.

En Costa Rica, el Segundo Estatuto Político del 16 de mayo de 1823 había dispuesto en su

artículo 34 que la Junta Superior Gubernativa podría establecer un juez letrado, cuyas funciones se regirían por la Ley de Tribunales de 1812<sup>38</sup>.

Recordemos que, hasta ese entonces, la justicia en Costa Rica había sido impartida en primera instancia por alcaldes de las poblaciones, sin ninguna preparación especializada en materia jurídica. Por el contrario, los jueces letrados debían ser profesionales en Derecho y, como en Costa Rica no los había, era necesario recurrir a abogados de otras provincias.

El 16 de junio de 1824, la Junta Superior Gubernativa dispuso que se estableciera en San José un juzgado de letras<sup>39</sup> y “[...] con previos informes de la idoneidad, integridad, patriotismo y desinterés que concurren en el ciudadano Simeón Guerrero de Arcos, ministro de la Corte Territorial de Justicia de León [...]” lo designó como primer titular de ese juzgado, agregándole la cartulación en la cabecera de su residencia y, en forma interina, la auditoría de guerra<sup>40</sup>.

Para don Jorge Sáenz, en circunstancias ordinarias, ningún magistrado habría dejado su cargo para servir en un juzgado de inferior jerarquía en una provincia remota y pobre, como Costa Rica. Pero la situación de Nicaragua era caótica, y don José Simeón decidió renunciar a la

35 Sáenz Carbonell Jorge Francisco. (1960). *Mariano Montealegre Bustamante: primer diplomático de Costa Rica*. Jorge Fco. Sáenz Carbonell. San José, Costa Rica: MREC, Instituto Manuel María de Peralta, 2020, p. 103.

36 Don Mariano Montealegre Bustamante, nacido en 1783 en la ciudad de Guatemala y radicado en San José en 1809, fue el primer diplomático de Costa Rica, a la que representó con gran acierto en 1823 ante los gobiernos de León y Granada de Nicaragua, en días muy azarosos y complicados para toda Centroamérica.

37 Zelaya, Chester. (1971). *Nicaragua en la independencia*. 1ª ed. San José, EDUCA, pp. 199 y ss.

38 Obregón Quesada, Clotilde, *op. cit.* volumen I, p. 133, artículos 23, 33 y 38.

39 Acta de la Junta Superior Gubernativa de Costa Rica del 13 de mayo de 1824, art. 3º. Su texto figura en IGLESIS, Francisco M. *Documentos relativos a la independencia*. Vol. III. San José: tipografía Nacional, 1ª. ed., 1899-1902, pp. 285-287. Citado por Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. (Diciembre 2011). Don José Simeón Guerrero de Arcos y Cervantes. Primer presidente del Poder Judicial de Costa Rica. En *Revista Judicial*. Costa Rica. n.º 102, pp. 55 a 64.

40 *Ibid* vol. III p. 286.

magistratura y aceptar el modesto destino que le ofrecían las autoridades costarricenses<sup>41</sup>. De hecho, algunos abogados centroamericanos migraron a Costa Rica por los problemas políticos que enfrentaban sus países.

Sin embargo, con el ingreso a la Federación Centroamericana, se emitió la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, aprobada en 1825, y esta dispuso crear para el Estado una Corte Superior de Justicia como tribunal de segunda y tercera instancia, cuyo presidente y fiscal debería ser abogado o letrado como se decía entonces. A los demás miembros se les exigía cierta posición económica o ser profesor de alguna ciencia<sup>42</sup>.

En la elección popular<sup>43</sup> de los magistrados, prácticamente ninguno de los postulados obtuvo la mayoría necesaria, y el 7 de abril de 1825, el Congreso Constituyente tuvo que elegir como presidente del Alto Tribunal al abogado nicaragüense, don Manuel Barberena, quien residía en León. Sin embargo, el licenciado Barberena no aceptó el cargo, y el 2 de julio de 1825, la Asamblea Legislativa convocó a elecciones para reemplazarlo. El 1° de agosto, como otra vez, ninguno de los postulados obtuvo mayoría, la cámara nombró como presidente de la Corte a don José Simeón Guerrero de Arcos y Cervantes, quien fue el primer presidente de la Corte Superior de Justicia.

Fue sumamente difícil instalar a la Corte, ya que la mayoría de quienes eran elegidos como magistrados rehusaban el cargo, con un pretexto

u otro y, ante esta situación, la Asamblea dispuso que, el domingo 1° de octubre, se instalara la Corte con los individuos que hubiera presentes. El 5 de diciembre de 1826, se emitió la ley mediante la cual se aprobaba el Reglamento interior de la Corte Suprema de Justicia<sup>44</sup>.

Durante largo tiempo, la Corte continuó incompleta, pues aún faltaban por elegir a un fiscal en propiedad y un magistrado lego. Para octubre de 1827, a solo un año de su inauguración, el alto tribunal se hallaba disuelto, como lo indicó el Ejecutivo a la Asamblea en su mensaje del 1° de marzo de 1828. Esto ocurría ya sea porque los nombrados aceptaban otros cargos o no ocupaban su puesto o bien por abandono del cargo como ocurrió con el mismo José Simeón Guerrero, quien a la postre fue tres veces presidente de este tribunal. Todo esto aunado a los problemas salariales y a que sus miembros eran de elección popular y debían renovarse por tercios cada dos años contribuyó a la inestabilidad en la conformación de este órgano en sus primeros años.

En los años posteriores, el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema de Justicia no careció de problemas y, en el Decreto de Bases y Garantías de 1841, sobresalieron varias modificaciones, como ejemplo: se modificó el nombre a Cámara Judicial, se eliminó el nombramiento por elección popular y se estableció que estarían en su cargo mientras durara su buen desempeño. El requisito de ser abogado se estableció en la Constitución de 1859.

41 Sáenz Carbonell, Jorge Francisco y otros. (2001). *Las Primeras Damas de Costa Rica*. 1ª. ed. San José, Instituto Costarricense de Electricidad, p. 198.

42 Sáenz Carbonell, Jorge Francisco y otros. *El despertar constitucional de Costa Rica*, pp. 286 y Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, artículo 90.

43 Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, artículo 88. En Obregón Quesada, Clotilde, *op. cit.*, volumen II.

44 Ver Jorge Francisco. *Don José Simeón Guerrero de Arcos y Cervantes*, *op. cit.*, pp. 55 a 64.

Entre aciertos y desaciertos, en esta primera etapa constitucional, que don Carlos José Gutiérrez denominó “época del ensayo”, el Poder Judicial no escapó a esta experimentación, donde se establecían novedades o se volvía a modelos anteriores.

Es importante señalar que nuestro primer abogado, don José María Zamora y Coronado, graduado en la Universidad de San Carlos en Guatemala, nunca regresó al país después de graduado, por lo que:

*Durante casi veinte años, Barroeta fue el único profesional en derecho radicado en Costa Rica. Sin embargo, en el decenio de 1810 empezaron a producirse algunos cambios en el panorama intelectual. En 1814 se inauguró en la población de San José una Casa de Enseñanza, que en 1815 fue puesta bajo la advocación de Santo Tomás y que años más tarde fue la primera institución local donde se enseñó derecho, y el 24 de agosto de 1816 se inauguró en León de Nicaragua la Real Universidad de la Inmaculada Concepción, que atrajo a sus aulas a varios jóvenes costarricenses. Don Manuel Aguilar Chacón, años después Jefe de Estado de Costa Rica, fue el primer costarricense que se graduó como licenciado en leyes en León, en 1821, es decir, justamente el año en que Centroamérica se separó de la Monarquía Española<sup>45</sup>. También se graduó en el claustro leonés otro futuro gobernante de Costa Rica, don Braulio Carrillo Colina<sup>46</sup>.*

Evidentemente, debido a que el país contaba con profesionales graduados en Derecho y que otros órganos del Estado costarricense maduraban, se logró darle mucha más estabilidad al Poder Judicial que, poco a poco, se fue adaptando a los cambios y necesidades de la sociedad costarricense.

## CONCLUSIONES

En esta conmemoración del Bicentenario de nuestra independencia, resulta de suma importancia conocer el proceso y las decisiones que nos llevaron a la independencia y al país que hoy tenemos.

Es indudable la importancia que tuvo el Pacto de Concordia, ya que organizó y evitó un vacío de poder, y como señala doña Clotilde Obregón:

*[...] tuvo la ventaja de ser un instrumento claro y sencillo para los costarricenses, fue lo que permitió tener estabilidad durante todo el año 1822, algo que México al dejar vigente toda la Constitución de Cádiz no tuvo y tampoco tuvo por otras razones, el resto de Centroamérica<sup>47</sup>.*

Los costarricenses eligieron el camino de la conciliación y no el de la lucha, incluso cuando Heredia y Barba no aceptaron el Pacto y decidieron permanecer unidos a León, o con nuestro efímero episodio de la guerra de Ochomogo que duró un día.

45 Sobre don Manuel Aguilar, ver Villegas Arce, Miguel, 2011, pp. 165-176.

46 Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. Los abogados en la formación y consolidación del Estado costarricense. En: *Juristas de la independencia*. José María Pérez Collados (ed. lit.), Samuel Rodríguez Barbosa (ed. lit.). Madrid, España: Editorial Marcial Pons, p. 208.

47 Obregón Quesada, Clotilde, *op. cit.*, p. 18.

Este vistazo a la organización de la Administración de Justicia en los primeros años de la independencia denota la importancia que para el costarricense tenía este tema, y nos hace reflexionar sobre los problemas que hoy en día están más vigentes que nunca.

El sistema de nombramiento de los magistrados sigue siendo un tema cuestionado en nuestros días y será un punto que deberá revisarse y mejorarse sin mucha dilación.

La independencia judicial, entendida como el derecho de la ciudadanía de acudir ante un tribunal independiente, imparcial y legal refleja la importancia del Poder Judicial dentro de la estructura del Estado de derecho. Es una realidad universalmente reconocida que solo la existencia de tribunales imparciales e independientes puede garantizar, en último término, el respeto a las leyes y el imperio de la justicia, aunque:

La independencia judicial no proviene solo del diseño legal e institucional que se adopte, sino de la conciencia del juez<sup>48</sup>.

Los hombres y mujeres hoy en día estamos llamados a luchar por nuestra institucionalidad, por la democracia y por una buena y confiable Administración de Justicia que dé credibilidad a la ciudadanía.

## BIBLIOGRAFÍA

**Fernández Guardia, Ricardo.** (1971). *La independencia*. 3ª. ed. San José, C. R. Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia de Centroamérica.

**Sáenz Carbonell, Jorge Francisco.** (2012). *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica: ordenamientos indígenas, derecho indiano y derecho nacional*. 1ª. ed. San José, C.R.: Editorial Isolma.

\_\_\_\_\_ (1985). *El despertar constitucional de Costa Rica*. San José: Asociación Libro Libre.

\_\_\_\_\_ (2020). *La junta de legados de los pueblos y en Pacto de Concordia en: Los Padres de la Constitución: los firmantes del Pacto de Concordia et al.* San José, CR: MREC. Instituto Manuel María Peralta.

\_\_\_\_\_ (2006). *Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*. 1ª. ed., San José, C.R., Editorama.

\_\_\_\_\_ (2016). *Breve historia del derecho costarricense: ordenamientos indígenas, derecho indiano y derecho nacional*. 1ª. Edición, San José, C.R.: ISOLMA.

\_\_\_\_\_ (2020). *Mariano Montealegre Bustamante: primer diplomático de Costa Rica*. Jorge Fco. Sáenz Carbonell. San José, Costa Rica: MREC, Instituto Manuel María de Peralta.

\_\_\_\_\_ (Diciembre 2011). Don José Simeón Guerrero de Arcos y Cervantes. Primer presidente

48 Pásara, Luis. "La independencia judicial: una reconsideración". En *Boletín Electrónico de la Asociación de Egresados y Graduados de la PUCP*. <<http://www.peru21.com/comunidad/Columnistas/html/pasaraIndex.html>>.

del Poder Judicial de Costa Rica. En *Revista Judicial*. Costa Rica, n.º 102, pp. 55 a 64.

\_\_\_\_\_ (2001). *Las Primeras Damas de Costa Rica*. 1ª. ed. San José, Instituto Costarricense de Electricidad, p. 198.

\_\_\_\_\_ Los abogados en la formación y consolidación del Estado costarricense. En: *Juristas de la independencia*. José María Pérez Collados (ed. lit.), Samuel Rodríguez Barbosa (ed. lit.). Madrid, España: Editorial Marcial Pons.

\_\_\_\_\_ (2017). *José María Zamora: primer abogado costarricense*. San José, Costa Rica, MREC, Instituto Manuel María de Peralta.

Obregón Quesada, Clotilde. (editora). (2007). *Las Constituciones de Costa Rica*. Volumen I y II, 1ª. edición. San José, C. R.: Editorial UCR.

Peralta, Hernán G. (1972). *El Pacto de Concordia*. 4ª. Edición San José, Costa Rica: Antonio Lehmann, Librería, Imprenta y Litografía Ltda.

Villegas Arce, Miguel A. (2011). El primer litigante: don Manuel Aguilar Chacón, primer abogado costarricense que ejerció la profesión en el país. En *Antología de Historia del Derecho II*. 1ª ed., Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Zaragoza Aguado, Mario. (1974). Antecedentes de la independencia de Costa Rica. En: *Anuario de Estudios Centroamericanos*. Volumen 1. Universidad de Costa Rica. San José, <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/anoario/article/view/3047>. Consultado el 8 de abril de 2021.

Decreto n.º 201 del 9 de octubre de 1812, de las Cortes de Cádiz.

Zelaya, Chester. (1971). *Nicaragua en la independencia*. 1ª ed. San José, EDUCA.

Acta de la Junta Superior Gubernativa de Costa Rica del 13 de mayo de 1824, art. 3º. Su texto figura en Iglesias, Francisco M. Documentos relativos a la independencia. 1ª. ed. San José, tipografía Nacional, 1899-1902. Vol. III, pp. 285-287. Citado por Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. (Diciembre 2011). Don José Simeón Guerrero de Arcos y Cervantes. Primer presidente del Poder Judicial de Costa Rica. En *Revista Judicial*. Costa Rica. n.º 102, pp. 55 a 64.

Del Valle, José Cecilio. (1969). *El amigo de la patria*. Tomo segundo. Edición preconmemorativa del sesquicentenario de la independencia de Centro América. Guatemala: Editorial José de Pineda Ibarra.

## SITIOS DE INTERNET

*El “hombre bueno”, génesis de la figura del mediador* en:

<https://www.amediar.info/el-hombre-bueno- genesis-de-la-figura-del-mediador/> consultado el 14 de octubre de 2021.

Pásara, Luis: “La independencia judicial: una reconsideración”. En *Boletín Electrónico de la Asociación de Egresados y Graduados de la PUCP*. <<http://www.peru21.com/comunidad/Columnistas/html/pasaraIndex.html>>.

De La Cruz de Lemus, Vladimir. *La independencia se declaró el 29 de octubre de 1821*. en: <https://www.larepublica.net/noticia/la-independenciasedeclaroenoctubrede1821> Consultado el 10 de octubre de 2021.

## DOCUMENTOS

Acta de Independencia del 29 de octubre de 1821.



---

*Reseña de Libros  
e Investigaciones*

---



## RESEÑA DE LIBROS

### HISTORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Autores: Jorge Francisco Sáenz Carbonell y Mauricio Masís Pinto.



Este libro presenta un cuidadoso y excelentemente documentado compendio de la manera en que Costa Rica ha venido construyendo su modelo judicial y resulta particularmente importante es en este sentido, la ordenación del material alrededor de la figura de los Presidentes, no por aparecer mi nombre entre ellos, sino porque eso permite al lector aquilatar tanto los diferentes estilos de cada uno, sino comprobar cómo enfrentaron y resolvieron en su momento las necesidades que las circunstancias les

plantearon conforme fue creciendo y haciéndose más complicado el Estado costarricense y como resultado el Poder Judicial. Una obra sistemática con la historia del Poder Judicial desde sus orígenes hasta hoy, sirve para que además de conocer, aunque a grandes pinceladas, lo ocurrido en materia de administración de justicia durante nuestra vida independiente, podamos establecer cuál ha sido la contribución de los jueces en el desarrollo de las instituciones del país; en especial su aporte al afianzamiento de la democracia como sistema de vida, circunstancia que nos caracteriza a los costarricenses en nuestro entorno. Extracto de la presentación de esta obra realizada por el ex magistrado Luis Paulino Mora Mora en el año 2006. Puede descargarse gratuitamente en la siguiente dirección:

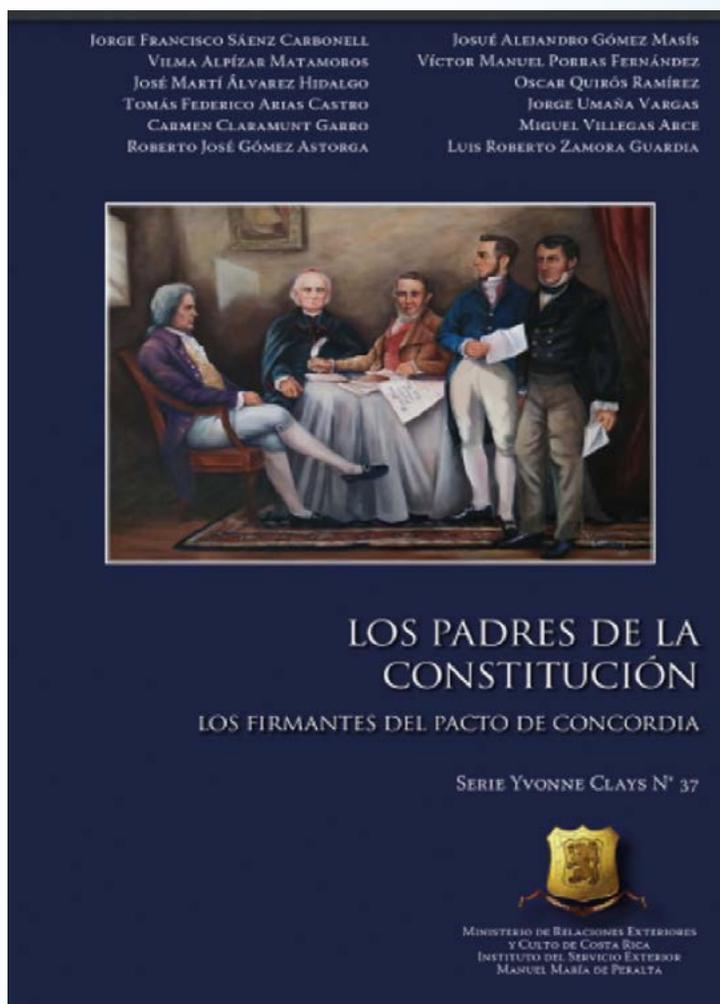
[https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2106/historiadelacortesupremac\\_rica.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2106/historiadelacortesupremac_rica.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

## LOS PADRES DE LA CONSTITUCIÓN. Los firmantes del Pacto de Concordia.

Obra colectiva. Editor: Jorge Francisco Sáenz Carbonell.

La celebración en 2021 del bicentenario de la separación de Costa Rica de la Monarquía Española trae consigo la evocación de un hecho igualmente bicentenario y no menos importante y trascendental en nuestra historia: la aprobación y emisión por la Junta de Legados de los Pueblos del Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de Concordia, el 1º de diciembre de 1821.

En el marco de las celebraciones del bicentenario de la Independencia, y con el ánimo de poner de relieve la importancia del bicentenario del Pacto de Concordia, en la conciencia de que marcó como texto constitucional el camino de libertad y democracia que en lo sucesivo buscaría seguir Costa Rica, el Instituto de Servicio Exterior Manuel María de Peralta decidió conformar un grupo de investigadores para estudiar las vidas y aportes de los firmantes del histórico documentos. En este grupo han participado personas docentes y egresadas de las Maestría en Diplomacia que se imparte en el Instituto, así como profesores y profesoras de la cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las personas integrantes de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas. Descargable gratuitamente con solo indicar el nombre de la obra en un buscador.



---

*Personas que  
colaboraron  
en este número*

---



## PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO

**Dr. FERNANDO CRUZ CASTRO.** Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, magistrado de la Sala Constitucional, doctor en Derecho Penal por la Universidad Complutense de Madrid. Realizó estudios de posgrado en Criminología, Instituto de Criminología, Universidad Complutense. Es bachiller y egresado de la Escuela de Ciencias Políticas de la Universidad de Costa Rica, ex presidente del Tribunal de Casación Penal. Fue fiscal general del Ministerio Público (1983-1986). Es profesor de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

**Dr. FRANCISCO CHACON BRAVO.** Dr. en derecho, ex-Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, profesor universitario. Correo electrónico: franciscochaconbravo@yahoo.com

**Dr. JORGE SAENZ CARBONELL.** Licenciado en Derecho y doctor en Educación, catedrático de la Universidad de Costa Rica, profesor de la Facultad de Derecho y del Sistema de Estudios de Posgrado de esa universidad. Autor de numerosos libros sobre temas históricos y jurídicos. Actualmente es coordinador de la cátedra de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: vladimirpaley@yahoo.com

**M.Sc. DAVID FALLAS REDONDO.** El autor se desempeña actualmente como juez del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Anteriormente, ejerció como juez del Tribunal Contencioso Administrativo. Además, es docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de esa misma universidad Correo electrónico: dafare@gmail.com

**Dr. MAURICIO CASTRO MÉNDEZ** es Doctor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, en el Área de Derecho Laboral, M.Sc. en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UNED y Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Desarrolló estudios en la maestría de derecho del trabajo y en la maestría de filosofía en la Facultad de Derecho de la UBA, la maestría de derecho del trabajo y seguridad social de la Universidad de La República, Uruguay. Se graduó del Curso de Expertos Latinoamericanos en Relaciones Laborales de la Universidad de Castilla La Mancha, España. Cursó el Programa Individualizado de Postgrado en Derecho del Trabajo Universidad de Navarra, España y ha sido profesor invitado del Instituto Kellogg de la Universidad de Notre Dame. Es docente de la Facultad de Derecho donde coordina la Cátedra de Derecho Laboral Colectivo y es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. Sus estudios se enfocan en el derecho laboral colectivo, relaciones laborales y cadenas de valor. Su tesis doctoral, aprobada con calificación de sobresaliente, se encuentra en prensa bajo el título Legitimación, conflicto y disciplinamiento laboral. La construcción de modelos de representación colectiva, Un análisis comparado de varios países de Iberoamerica (Fundación Electra, Uruguay). Sus últimas publicaciones son Hacia una tipología de relaciones de trabajo (Revista de la Sala Segunda, 2021), Relaciones laborales complejas: El proceso de producción de la piña en la zona norte de Costa Rica (Estado de la Nación, 2020), El Derecho de Huelga en Costa Rica a partir de la Reforma Procesal Laboral (Tirant Lo

Blanch, México, 2019) Modelos de representación colectiva. Comparación de varios países de Iberoamérica (Revista Derecho de las Relaciones Laborales, Lefevre y Revista de Derecho Laboral Actualidad. Rubinzal-Culzoni, 2019) y La Reforma Procesal Laboral de Costa Rica. Guía para los trabajadores y las trabajadoras (OIT, 2017). Correo electrónico: mauricio.castromendez@ucr.ac.cr

**M.Sc. 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 trabajo en el Poder Judicial. Ex coordinadora del Programa de Justicia Restaurativa. Máster en Derecho Penal. Especialista en Derecho Penal Juvenil, Resolución Alternativa de Conflictos y Justicia Restaurativa. Facilitadora y formadora en justicia juvenil restaurativa. Co Redactora de la Ley de Justicia Restaurativa. Autora de diferentes artículos sobre la justicia restaurativa. Correo electrónico: lourdes@espinachrueda.com

**Lic. FEDERICO TORREALBA NAVAS.** Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Coordinador de la Cátedra de Derecho de la Contratación Privada.

**M.Sc. TOMAS FEDERICO ARIAS CASTRO.** Doctorando en Derecho Constitucional, máster en Ciencias Políticas y licenciado en Derecho. Docente de la Cátedra de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, de la Maestría en Diplomacia del Ministerio de Relaciones Exteriores, de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia, de la Universidad Escuela Libre de Derecho y de Historia de la Masonería de la Escuela de Estudios Generales de la Universidad de Costa Rica. Presidente de la Editorial Costa Rica en representación de la Universidad de Costa Rica, Presidente de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, integrante de la Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas, Académico de Número de la Academia Morista Costarricense e integrante de la asociación “La Tertulia del 56” para la historia de la Campaña Nacional contra los Filibusteros (1856-1857) y de la Asociación de Genealogía e Historia de Costa Rica. Integrante de la Sociedad de Amigos de la Academia Mexicana de la Historia y especialista en historia bilateral entre las repúblicas de Costa Rica y México con énfasis en las épocas del siglo XIX y la Revolución Mexicana. Correo tomas.crmx@gmail.com

**M.Sc. FRANK HARBOTTLE QUIRÓS.** Doctorando en Derecho y Máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Licenciado en Derecho con honores de la Universidad de Costa Rica. Especialista en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en el Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana, Georg-August Universität Göttingen, Alemania. Posgrado en Control de Constitucionalidad y Convencionalidad de los Derechos, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Ha publicado varios libros, artículos en obras colectivas y más de treinta artículos en revistas especializadas en Costa Rica, España, Nicaragua, Perú, Uruguay, Paraguay, Chile, Brasil y México. Correo electrónico: frankharbottle@gmail.com

**M.Sc. BRISA CAMPBELL ARGUELLO.** Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR), Máster en Criminología por la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica (UNED). Doctoranda en Derecho en la Universidad de Costa Rica (UCR). Jueza en el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José. Correo electrónico brisacampbell1@gmail.com

**M.Sc. MARIA ELENA CARVAJAL DUARTE.** Licenciada en Derecho. Especialista en Derecho Notarial y Registral. Máster en Administración de Justicia -Enfoque Sociojurídico- con Énfasis en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Mediadora / Negociadora / Conciliadora, certificada por la DINARAC y MTSS de Costa Rica. Doctoranda en Derecho en la Universidad de Costa Rica (UCR). Abogada y Notaria Pública. Correo electrónico [ecarvajalnotariapublica@gmail.com](mailto:ecarvajalnotariapublica@gmail.com)

**M.Sc. ARLENY FERNANDEZ ZÚÑGA** Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR). Máster en Administración de Justicia -Enfoque Sociojurídico- con Énfasis en Relaciones Familiares por la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Mediadora / Negociadora / Conciliadora certificada por la DINARAC de Costa Rica. Doctoranda en Derecho en la Universidad de Costa Rica (UCR). Jueza de Pensiones Alimentarias de Cartago. Correo electrónico [arlefer04@gmail.com](mailto:arlefer04@gmail.com)

**M.Sc. MARIA FERNANDA SOTO ALFARO.** Magíster en Derechos Humanos de la Universidad Estatal a Distancia con graduación de honor y tesis aprobada con distinción. Cuenta con la especialidad en el Programa de Formación Inicial de Aspirantes a la Judicatura (FIAJ) de la Escuela Judicial Costa Rica, donde obtuvo el primer promedio de su generación (2015-2016). Licenciada en Derecho con Énfasis en Formación de Jueces por la Universidad de Costa Rica, Sede de Occidente, San Ramón. Actualmente se desempeña como jueza de la república. Correo electrónico: [mafersoto15@hotmail.com](mailto:mafersoto15@hotmail.com)

**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. Su carrera profesional inicia en el año 2008 como Fiscal en la Fiscalía Especializada de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios. Desde el 2013, es juez de la República y ha desempeñado su cargo en varios tribunales del país, actualmente en Juzgados de la provincia de Heredia. A partir del 2015 es profesor de Derecho en la Universidad Hispanoamericana. Correo electrónico: [mfmarin@Poder-Judicial.go.cr](mailto:mfmarin@Poder-Judicial.go.cr)

**M.L. IRENE ROJAS RODRÍGUEZ.** Magister litterarum en Literatura Latinoamericana; licenciada en Filología. Fue docente en la Universidad de Costa Rica: en la Escuela de Filología, Lingüística y Literatura, impartió clases de Latín y Griego, Literatura Griega, Literatura Latina, Literatura en Lengua Latina; en las Escuela de Estudios Generales: Comunicación y Lenguaje; en la Escuela de Tecnologías en Salud: Terminologías Médicas; en la Escuela de Ingeniería Civil: Comunicación Técnica. Ha publicado artículos en la Revista de Filología, la Revista Káñina y la Revista Estudios de la Universidad de Costa Rica. Es filóloga en la Escuela Judicial. Correo electrónico: [textus711@gmail.com](mailto:textus711@gmail.com)

**Dr. CESAR HINES CESPEDES.** Doctor en Derecho Público, exprofesor de la Universidad de Costa Rica y de la Escuela Libre de Derecho, consultor nacional e internacional en Derecho Público, comentarista en temas jurídicos, conferencista, abogado litigante. Correo electrónico [cesarhines.136@gmail.com](mailto:cesarhines.136@gmail.com)

**M.Sc. MARIO DE JESUS JIMÉNEZ AGUILAR** Máster en Administración de Justicia Penal, Universidad Nacional de Costa Rica. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Juez Contralor propietario, Centro Judicial de Interceptación de las Comunicaciones CJIC; correo electrónico [mjimenezag@poder-judicial.go.cr](mailto:mjimenezag@poder-judicial.go.cr).

**Lic. PEDRO CHÁVES CORRALES.** Licenciado y notario, Profesor en la Universidad de Costa Rica, Especialista en derecho comercial, correo pchaves@bufetechaves.com

**M.Sc. 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

**Dra. VILMA ALPIZAR MATAMOROS.** Licda. en Derecho por la Universidad de Costa Rica; doctora en educación con énfasis en mediación pedagógica por la Universidad de La Salle; profesora en el grado y posgrado en la Universidad de Costa Rica y en la Universidad Estatal a Distancia; directora de la Revista Judicial del Poder Judicial. Correo valpizar@yahoo.com

# 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**





