

Poder Judicial

Nº 133

ISSN 2215-2385

Revista Judicial

REVISTA JUDICIAL

ISSN 2215-2385

Nº 133

Diciembre 2022

DIRECTORA

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

CONSEJO EDITORIAL

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

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

MSc. Raymond Porter Aguilar
Juez del Tribunal Penal de San José

MBa. Xinia Fernández Vargas
Secretaría Técnica de Género.

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

SUPLENTES

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

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
Nº133
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/

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

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

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

SUMARIO

PRESENTACION 7

I. ARTICULOS 9
POSIBILIDADES Y OPCIONES LEGALES PARA EL RECONOCIMIENTO Y REGISTRO DE LAS "OTRAS MEDIDAS EFICACES DE CONSERVACIÓN BASADAS EN ÁREA" (OMEC´S) EN COSTA RICA
MSc. Jorge Cabrera Medaglia 11

LA POSESIÓN NO ES UN HECHO SINO UN DERECHO PARA NUESTRO CÓDIGO CIVIL
Dr. Francisco Chacón Bravo 33

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICO-LECTORAL DE LOS SACERDOTES: UNA APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL
Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano 45

LA INCIDENCIA DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES EN LA APRECIACIÓN PROBATORIA: ¿UNA "MANZANA DE LA DISCORDIA" EN EL PROCESO CIVIL COSTARRICENSE?
Dr. Luis Mariano Argüello Rojas 61

RAZONAMIENTOS DEDUCTIVOS, INDUCTIVOS Y ABDUCTIVOS: CONCEPTUALIZACIÓN Y APLICACIÓN EN EL DERECHO
MSc. Frank Harbottle Quirós 83

LOS TRIBUNALES DE DERECHO PROPIO Y LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO PARTE DE SU DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. CASO BRIBRIS Y CABÉCARES DE TALAMANCA
MSc. Pablo Amador Villanueva 101

¿REPRESIÓN Y/O PREVENCIÓN PARA CONTRARRESTAR LA VIOLENCIA Y LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS (INDÍGENAS)?
MSc. Adán Carmona Pérez 115

LA SENTENCIA ORAL ANÁLISIS COMPARATIVO EN LAS MATERIAS CIVIL, LABORAL, FAMILIA Y AGRARIA
MSc. Diamantina Romero Cruz 129

ALGUNOS TÓPICOS DEL PROCESO ALIMENTARIO SEGÚN EL CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA
MSc. José Miguel Fonseca Vindas 149

NOCIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y HOSPITALARIA
MSc. María Angélica Fallas Carvajal
MSc. Mario Felipe Marín Cascante 165

SISTEMA JUDICIAL Y OPINIÓN PÚBLICA
Lic. José Mario Achoy Sánchez 195

¿PUEDE ALGUIEN CAMBIAR SU NOMBRE? PROCESO NO CONTENCIOSO DE CAMBIO DE NOMBRE
Dra. Lizeth Álvarez Salas 205

II. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA 235

PRINCIPIO DE DEBIDA DILIGENCIA
MSc. Mauren Roxana Solís Madrigal 237

III. ENTREVISTA 265

ENTREVISTA CON EL MAGISTRADO DON ORLANDO AGUIRRE GÓMEZ, PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 267

IV. RESEÑA DE LIBROS 275

V. PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTA EDICIÓN 279

VI. NORMAS DE PUBLICACIÓN 283

PRESENTACION

Con mucho orgullo presentamos a su consideración la Revista Judicial número 133, última del año 2022.

Presentamos este número gracias a la colaboración de excelentes profesionales que desean compartir sus investigaciones por este medio. Cada artículo lleva horas de estudio y reflexión para poder publicar un artículo de calidad sobre diversos temas.

En el contenido hallarán artículos en el ámbito del derecho ambiental, civil, procesal, derecho electoral, sobre aspectos relacionados con la temática indígena, alimentos en el nuevo Código Procesal de Familia, lógica jurídica, contencioso administrativo, sobre el sistema judicial y la opinión pública, y responsabilidad médica y hospitalaria.

En el aparte de comentarios de jurisprudencia incluimos un estudio jurisprudencial sobre el principio de debida diligencia, desarrollado de forma seria y profunda.

En la entrevista tuvimos el honor de contar con la bondad de don Orlando Aguirre Gómez, presidente de la Corte Suprema de Justicia. En esta conversación don Orlando nos cuenta parte de su vida, de cómo fue su acercamiento al Poder Judicial, de los proyectos que pretende desarrollar durante su gestión y sobre los retos que enfrenta actualmente este poder del estado. En una forma sencilla y directa nos cuenta sobre estos temas y de verdad agradecemos profundamente su deferencia al concedernos parte de su tiempo para exponer su pensamiento.

En la parte de los libros recomendamos dos libros de nuestros articulistas que sin duda son material muy valioso para los estudiosos del derecho.

Como siempre los invitamos a escribir en nuestra revista y al final de esta edición encontrarán las normas de publicación.

Gracias y esperamos que estos artículos sean de mucha utilidad.

Dra. Vilma Alpízar Matamoros
Directora Revista Judicial

Volver al índice

Artículos

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 133, págs 11 - 32 ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

POSIBILIDADES Y OPCIONES LEGALES PARA EL RECONOCIMIENTO Y REGISTRO DE LAS "OTRAS MEDIDAS EFICACES DE CONSERVACIÓN BASADAS EN ÁREA" (OMEC´S) EN COSTA RICA

MSc. Jorge Cabrera Medaglia *

RESUMEN

El presente artículo aborda el concepto y criterios para la determinación y registro de las denominadas "Otras Medidas Eficaces para la Conservación Basadas en Área (OMECs). Introduce las principales fuentes del derecho constitucional ambiental, instrumentos y procesos internacionales y de las leyes y reglamentos que pueden justificar el reconocimiento y registro de estas figuras. Finalmente, concluye sobre la oportunidad de contar con un marco normativo que establezca los criterios, requisitos, procedimientos y efectos derivados del reconocimiento y registro de estas.

Palabras clave: biodiversidad, áreas protegidas, Convenio sobre Diversidad Biológica, Ley de Biodiversidad, OMECs.

ABSTRACT

This article discusses the concept and criteria for the determination and registration of the so-called "Other Area-based Effective Conservation Measures (OMECs). It introduces the main sources of environmental constitutional law, international instruments and processes, and laws and regulations that can justify the recognition and registration of these figures. Finally, it concludes on the opportunity of having a regulatory framework that establishes the criteria, requirements, procedures and effects derived from the recognition and registration of these figures.

Keywords: biodiversity, protected areas, Convention on Biological Diversity, Biodiversity Law, OMECs.

Recibido: 22 de enero de 2022 Aprobado: 17 de agosto de 2022

---

* Profesor de derecho ambiental en los cursos de grado y posgrado (especialidad y maestría) de la Universidad de Costa Rica. Posee varias maestrías en derecho. Es Investigador del Centro de Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible (CISDL) con sede en Montreal y consultor internacional en temas de derecho ambiental. Miembro de la Lista de Árbitros Ambientales del DR-CAFTA. Ha escrito numerosos artículos y varios libros en estas materias tanto dentro como fuera del país. Correo electrónico: jorgecmedaglia@hotmail.com
La preparación de esta investigación, como parte de un proyecto más comprensivo, ha sido apoyada por la Fundación Pro-Parques y la Asociación Costa Rica por Siempre.

Volver al índice

Acrónimos:

CDB: Convenio sobre Diversidad Biológica
AC: Área de Conservación
AMPR: Área Marina de Pesca Responsable
ASP: Área Silvestre Protegida
CGR: Contraloría General de la República
EIA: evaluación de impacto ambiental
INCOPESCA: Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura
ILB: Ley de Biodiversidad
LF: Ley Forestal
LOA: Ley Orgánica del Ambiente
LCVS: Ley de Conservación de la Vida Silvestre
MINAE: Ministerio de Ambiente y Energía
OMECs: Otras Medidas Eficaces de Conservación basadas en Áreas.
PGR: Procuraduría General de la República
PNE: Patrimonio Natural del Estado
RL: Reglamento a la Ley de Biodiversidad.
SETENA: Secretaría Técnica Nacional Ambiental
SINAC: Sistema Nacional de Áreas de Conservación
SC: Sala Constitucional

I. INTRODUCCIÓN. JUSTIFICACIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS OMEC´S EN EL MARCO JURÍDICO NACIONAL

La alarmante pérdida a nivel global de la diversidad biológica y el avance del cambio climático, evidenciados en numerosos informes y reportes de organizaciones internacionales, han dado lugar a replantear el papel de la naturaleza para hacer frente a los retos ambientales, sociales y económicos asociados a esta.

Han tomado especial fuerza las iniciativas para identificar y promover las llamadas "Soluciones Basadas en la Naturaleza" y para emplear herramientas e instrumentos novedosos con el fin de incrementar la conservación de los recursos naturales y potenciar su papel estratégico para el desarrollo sostenible.

Por supuesto, las áreas silvestres protegidas (ASP) han sido uno de los mecanismos por excelencia para lograr la conservación *in situ* de la biodiversidad y asegurar la prestación de sus servicios ecosistémicos.

Desde la creación del icónico Parque Nacional Yellowstone en los Estados Unidos, reconocido como una de las primeras áreas protegidas declaradas por un gobierno en 1872, pasando por los esfuerzos pioneros del país en la creación del sistema de parques nacionales- luego ampliado a otras categorías de manejo- en los años 60 y 70, ha emergido otro tipo de esquemas destinados a generar efectos positivos similares a los derivados de las áreas protegidas en sentido estricto.

Desde la década pasada, se ha puesto gran atención en otras formas diferentes, pero complementarias de protección y uso del territorio, llamadas "Otras Medidas Eficaces de Conservación Basadas en el Área" (conocidas como OMECs).

En el 2010, al acordarse el Plan Estratégico de la Biodiversidad a nivel mundial y las denominadas Metas de Aichi en la Conferencia de las Partes (COP) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CBD) en Nagoya, Japón, la Meta 11 demandaba que para el 2020 al menos el 17 por ciento de las zonas terrestres y el 10 por ciento de las marinas se conservarían mediante sistemas de áreas protegidas administradas de forma eficaz y equitativa, ecológicamente representativas

Volver al índice

y conectadas y así como por medio de otras medidas eficaces de conservación basadas en el área (es decir las OMECs).

Este reconocimiento a la función de estas nuevas modalidades para alcanzar objetivos y propósitos globales condujo, luego de un proceso técnico y científico, que el Convenio en su Conferencia de las Partes n.º 14 acordara definir en qué consistían las OMECS y, más aún, presentar algunos criterios para su identificación y posterior registro internacional.

De esta forma, la Decisión 8/14 adoptada en la COP 14 en el año 2018 define por primera vez estas acciones de la siguiente manera:

> *una zona delimitada geográficamente que no sea un área protegida y que esté gobernada y gestionada de manera tal de lograr en forma sostenida resultados positivos y duraderos para la conservación de la diversidad biológica in situ, con funciones y servicios asociados de los ecosistemas y, donde proceda, valores culturales, espirituales, socioeconómicos y otros valores pertinentes a nivel local.*

Asimismo, se invita a los países y a otras organizaciones para que apliquen la orientación voluntaria sobre las OMEC que se incorpora en los anexos de la citada Decisión y que presenten información sobre estas al Centro Mundial de Vigilancia de la Conservación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, con el fin de que sean incluidas en su base de datos mundial.

Las OMECs que van más allá de las tradicionales ASP permiten implementar acciones con resultados prácticos de suma relevancia, tales como la conectividad biológica, la prestación de servicios ecosistémicos diversos -como el hídrico-, el amortiguamiento de áreas protegidas, la participación del sector privado (productivo) y la sociedad civil en la conservación, para mitigar y adaptarse al cambio climático y, en general, visibilizan y difunden actividades realizadas fuera de las áreas protegidas.

En tiempos de escasez de recursos financieros y dificultades por parte del Gobierno para ejercer funciones de control, protección y gestión apropiada sobre las ASP, estas figuras pueden jugar un papel nada despreciable en la conservación y el uso sostenible de la naturaleza. A diferencia de lo que pueda pensarse, las OMEC´s no requieren ser establecidas por el Estado y, por el contrario, en la mayoría de los casos, se trataría de identificarlas y potenciarlas como mecanismos para avanzar hacia objetivos nacionales y globales.

Cumplidos los criterios para ser considerada una de ellas, (un área geográficamente delimitada que no constituye una ASP, gobernada y gestionada eficazmente, con resultados positivos y duraderos para la conservación *in situ* de la biodiversidad y que presta servicios ecosistémicos asociados y contienen valores espirituales, culturales, socioeconómicos y otros), identificar y reportar las OMEC´s contribuirían a mejorar el conocimiento de las acciones que efectivamente inciden sobre la biodiversidad, y reconocer sus aportes y los distintos modelos de gobernanza.

En nuestro país, preliminarmente, podría pensarse en una serie de áreas que serían reportadas y monitoreadas como OMEC´s, si voluntariamente lo desean y cumplen los criterios mencionados. Entre ellas podrían citarse: los corredores biológicos; las reservas privadas (no declaradas asp); las áreas de pesca responsable; las reservas de la biósfera (sus componente fuera de asp); los polígonos de pesca y otras áreas de retiro o restricción; los terrenos gestionados por las ASADAS para el suministro de agua a comunidades; las propiedades bajo pago por

Volver al índice

servicios ambientales o esquemas similares; los territorios indígenas; las tierras de entidades estatales, municipalidades, universidades; fincas agropecuarias demostrativas, entre otras.

Aún con su lenguaje condicional y exhortativo, la Decisión 8/14 obliga al país a considerar este tipo de acciones; en primer lugar, por su valor ecológico y aporte al desarrollo socioeconómico; en segundo lugar, si finalmente los compromisos internacionales negociados en el contexto del l Marco Global Post 2020 de la Biodiversidad, a ser adoptado en el año 2022 en la COP 15 del CBD, incluyen la meta de conservar el 30 por ciento de la biodiversidad terrestre y marina para el 2030, la cual se podrá alcanzar no solo con los sistemas de áreas protegidas, sino también valorando y estimando a las OMECs.

En este orden de ideas, el presente artículo contiene un diagnóstico del marco legal aplicable a las OMECs. Para comprender a cabalidad el enfoque incluido en este artículo, debe precisarse que, con la terminología de OMECs como tal, no se cuenta con disposiciones legales identificadas. Sin embargo, es posible realizar un análisis de la normativa constitucional, convencional (instrumentos internacionales), legal y reglamentaria que justificaría la regulación de las OMECs. Este se presenta a continuación.

A. Constitución Política de la República[1]

> *ARTÍCULO 6º.- El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en sus aguas territoriales en una distancia de doce millas a partir de la línea de baja mar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios del Derecho Internacional. Ejerce además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de doscientas millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios.*

El artículo 50 es de vital importancia, ya que reconoce el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y constituye la base del modelo de desarrollo sostenible del país:

> *ARTÍCULO 50.- El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes. Toda persona tiene el derecho humano, básico e irrenunciable de acceso al agua potable, como bien esencial para la vida. El agua es un bien de la nación, indispensable para proteger tal derecho humano. Su uso, protección, sostenibilidad, conservación y explotación se regirá por lo que establezca la ley que se creará para estos efectos y tendrá prioridad el abastecimiento de agua potable para consumo de las personas y las poblaciones.*

1 Asamblea Constituyente. Constitución Política de la República de Costa Rica. (1949). Véase: http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC

Volver al índice

De conformidad con la numerosa jurisprudencial constitucional[2], este artículo constituye la base del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y ha permitido establecer la existencia de un modelo de desarrollo democrático sostenible.

El voto 10450-2013 que declara inconstitucional la pesca de arrastre del camarón autorizada por la Ley de Pesca y Acuicultura plantea que el concepto de desarrollo contemplado en la Constitución responde al de "desarrollo sostenible democrático" en los siguientes términos:

> *[...] se infieren los siguientes principios centrales de la Pesca y Acuicultura en los Estados del Istmo Centroamericano: el principio de desarrollo sostenible y más específicamente el principio de desarrollo sostenible democrático, los principios de prevención y precaución, el principio de solidaridad y de justicia social, y el principio de responsabilidad en la actividad pesquera y de acuicultura. En virtud del primero, le corresponde a Costa Rica (actividad pública y privada relacionada con la Pesca) entre otras acciones, utilizar las artes o métodos de pesca que permitan aprovechar racionalmente los recursos marinos presentes, sin comprometer el pleno desarrollo de las generaciones futuras. Para lograrlo, deben hacer uso de los principios precautorio y preventivo, en aras de los cuales se tiende a disminuir o incluso eliminar el riesgo que para el logro de ese objetivo pueda ocasionar una actividad económica como la pesca del camarón por arrastre; para ello, deben atender a los conocimientos científicos disponibles y en caso de ausencia, considerar las medidas precautorias necesarias para garantizar a las generaciones futuras el pleno desarrollo. En la realización de esta actividad económica se tiene que tener presente la erradicación de la pobreza, por tanto la distribución justa del ingreso proveniente de la actividad, la eliminación de discriminaciones fundadas en el género, y la generación de empleo decente donde se garantice la calidad de vida del sector (principio de solidaridad y justicia social).*
>
> *La unión del primero y del tercer principio, es lo que esta Sala denomina " principio del desarrollo sostenible democrático", a partir cual no solo se trata de garantizar el aprovechamiento de los recursos existentes por las presentes generaciones, y de asegurar la subsistencia de las futuras, sino que para lograrlo, también se debe asegurar que el acceso a esos recursos y a la riqueza generada por las actividades económicas relacionadas con la pesca y acuicultura se distribuya equitativamente en la Sociedad, de modo que alcance al mayor número posible de personas y permita el progreso solidario de las familias que componen ese sector social y productivo. La responsabilidad es el principio que garantiza la efectiva aplicación de los otros.*

Asimismo, es relevante lo preceptuado por el artículo 89 que dispone sobre la obligación estatal de proteger las **bellezas naturales (artículo 89)**.

Otras normas constitucionales son relevantes desde la perspectiva de la protección ambiental y del reconocimiento del derecho a la salud:

2 Véase para un abordaje comprensivo de esta, Peña, Mario (ed.). (2016). El derecho al ambiente en la Constitución Política. Alcances y Límites. Maestría en Derecho Ambiental. Universidad de Costa Rica. En especial, el artículo de Cabrera Medaglia, Jorge. Las sentencias de la Sala Constitucional y su impacto sobre el origen y evolución del derecho constitucional ambiental en Costa Rica.

Volver al índice

La vida humana es inviolable-fundamento constitucional del derecho a la salud (art. 21). 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 (art. 46). La explotación racional de la tierra en los contratos de aparcería rural (art. 69).

Estas disposiciones constitucionales resultan la base para el desarrollo de un sistema de reconocimiento y registro de las OMECs que funcione como un mecanismo para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad como acciones que contribuyen al cumplimiento de los artículos 50 y 89 de nuestra carta magna.

B. Convenios y procesos internacionales relevantes

Los tratados internacionales una vez ratificados (e, inclusive, instrumentos no ratificados según sea el caso concreto) resultan de aplicación directa de conformidad con el sistema constitucional establecido y generan responsabilidades y obligaciones para el Estado en su conjunto independientemente de la forma como en lo interno se hayan distribuido las competencias para su cumplimiento (votos 2485-94, 6240-93 y 1250-99, entre otros).

Igualmente, según el voto 23789-2020 relacionado con las obligaciones derivadas de la Convención de Minamata sobre Mercurio, si un tratado internacional contempla un compromiso determinado, el Estado debe materializar una conducta dirigida a alcanzarlo, y todo esfuerzo en contrario resultaría en "una actuación que pondría en mal predicamento al mismo ante la comunidad internacional".

1. Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB)

La Convención sobre la Diversidad Biológica es posiblemente el convenio de alcance multilateral más relevante desde el punto de vista de la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad. Constituye uno de los acuerdos multilaterales ambientales de más alto perfil político.

El objetivo de este convenio es conservar la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante un acceso adecuado de los recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes (art. 1).

El CDB fue ratificado a nivel legislativo mediante la Ley 7416 de 1994. Posee tres objetivos a saber: la conservación, la utilización sostenible de la biodiversidad y la justa y equitativa distribución de beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos (art. 1). Este Convenio establece una serie de obligaciones o medidas generales a los Estados a efectos de la conservación y la utilización sostenible (art. 6), destacando la elaboración de estrategias nacionales o planes de acción y la **integración,** si es posible y según proceda, de la conservación y utilización de la diversidad biológica en planes, programas y políticas sectoriales e intersectoriales. Al resultar un convenio de carácter marco, sus disposiciones se han implementado mediante acciones nacionales especialmente a nivel de las estrategias nacionales de biodiversidad y sus planes de acción.

Adicionalmente, el convenio requiere la identificación y seguimiento de los componentes de la biodiversidad (art. 7) y prevé que, en la medida de lo posible y según proceda, cada parte deberá emprender acciones orientadas a la conservación *ex situ,* incluidas para rehabilitar o restaurar ecosistemas degradados y, en el caso de que identifique un efecto adverso sobre la biodiversidad, reglamentará u ordenará los

Volver al índice

procesos y actividades (art. 8, incisos f y l respectivamente).

Dentro de la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica, los Estados contratantes deben cumplir con una serie de medidas (artículo 10):

a. **Integrar** el examen de la conservación y la utilización sostenible de los recursos biológicos en los procesos nacionales de adopción de decisiones;
b. Adoptar medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica.
c. Proteger la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible;
d. Prestar ayuda a las poblaciones locales para preparar y aplicar medidas correctivas en las zonas degradadas donde la diversidad biológica se ha reducido; y
e. Fomentar la cooperación entre sus autoridades gubernamentales y su sector privado en la elaboración de métodos para la utilización sostenible de los recursos biológicos.

Entre las disposiciones de interés del CDB, se pueden citar:

1. Las obligaciones generales de conservación y uso sostenible de la diversidad biológica contempladas, fundamentalmente, en sus artículos 6 al 10. En particular, se trata de acciones relativas a la identificación y seguimiento (art. 7); conservación *in situ* (art. 8) y conservación y uso sostenible de los componentes de la diversidad biológica (art. 10)[3].
2. El establecimiento y cumplimiento de estrategias nacionales de biodiversidad.
3. Los programas temáticos y transversales de trabajo[4]. Los programas consideran usualmente objetivos, objetivos operacionales, metas, actividades sugeridas y medios de ejecución e involucran actividades de investigación y monitoreo de los diferentes componentes de la biodiversidad.
4. El enfoque por ecosistemas constituye el principal marco de acción bajo la Convención y se encuentra además reconocido de esa forma en los diferentes programas de trabajo temáticos y transversales. La V Conferencia de las Partes adoptó el *Enfoque por ecosistemas y sus principios*, así como las *Guías o lineamiento operativos para los principios*[5]. La Decisión VII/ 11 contempla el perfeccionamiento y la elaboración del enfoque por ecosistemas con base en la evaluación de la experiencia de las partes en su ejecución.
5. Lineamientos de uso sostenible. Por último, en el contexto del CBD, en la VII Conferencia de las Partes (Decisión VII/12), se adoptaron los Principios de Addis Abeba sobre Uso Sostenible, para facilitar la implementación del artículo 10 del Convenio. Aunque se trata de un acercamiento bastante general al tema, estos Principios pueden

3 Otros artículos son también relevantes, como por ejemplo, investigación y capacitación (art. 12); educación y conciencia pública (art. 13); evaluación de impacto ambiental (art. 14); intercambio de información (art. 17) y cooperación científica y técnica (art. 18).

4 Los programas de trabajo son extensos y detallados. Pueden verse en el sitio web del Convenio www.biodiv.org

5 Cfr. Decisión V/6.

Volver al índice

resultar de valor para orientar algunas acciones específicas relacionadas con las OMECs. Los Lineamientos contemplan: principios prácticos, motivos y directrices operacionales.

6. En el marco de la CBD, las Conferencias de las Partes han tomado diferentes decisiones, destacando las asumidas en la COP XIV. Así la Decisión 14/08 Sobre OMECs adoptada en la Conferencia de las Partes n.º 14 del Convenio sobre Diversidad Biológica contempla la definición, criterios y otras disposiciones complementarias para el reconocimiento, gestión y registro de las OMECS. De esta forma, la Decisión 8/14 adoptada en la COP 14 en el año 2018 define por primera vez estas acciones de la siguiente manera: “una zona delimitada geográficamente que no sea un área protegida y que esté gobernada y gestionada de manera tal de lograr en forma sostenida resultados positivos y duraderos para la conservación de la diversidad biológica *in situ*, con funciones y servicios asociados de los ecosistemas y, donde proceda, valores culturales, espirituales, socioeconómicos y otros valores pertinentes a nivel local”. Asimismo, se invita a los países y a otras organizaciones para que apliquen la orientación voluntaria sobre las OMEC que se incorpora en los anexos de la citada Decisión, y presenten información sobre estas al Centro Mundial de Vigilancia de la Conservación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente para ser incluidas en su base de datos mundial.
7. En el 2010, en la Décima Conferencia de las Partes en Nagoya, se adoptaron el Plan Estratégico de la Biodiversidad 2011-2020 y las llamadas Metas de Aichi. Particularmente, a partir de dicho momento, en el seno del Convenio y sus diferentes órganos, se han realizado múltiples actividades relacionadas con la generación de información, especialmente indicadores con el propósito de medir los avances en el cumplimiento del Plan y de las Metas. Actualmente, en el seno del Convenio, se discute la adopción de un nuevo Marco Global de la Biodiversidad Post 2020 que contiene referencias a las OMECS. Convention on Biological Diversity (cbd.int)

2. OTROS CONVENIOS INTERNACIONALES.

Existen otros convenios internacionales que contemplan disposiciones generales sobre la conservación de especies o ecosistemas basados en áreas geográficas delimitadas; entre ellas, sin ser exhaustivos, se mencionan algunas de estas:

- **Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional (Ramsar)**

En su artículo 1, la Convención define a los humedales de manera que se comprenden en su concepto a los manglares.

Cada parte deberá designar los humedales adecuados del territorio que se incluirán en la lista de zonas húmedas de importancia internacional (“La Lista”). La selección de los humedales que se inscriban en “La Lista” debe basarse en su interés internacional desde el punto de vista ecológico, botánico, zoológico, limnológico o hidrológico (art. 2). Los Estados deberán elaborar y aplicar sus planes de gestión de forma que favorezcan la conservación de las zonas húmedas inscritas en “La Lista” y, siempre que sea posible, la explotación racional de los humedales en su territorio (art. 3).

Se deberá fomentar la conservación de los humedales y las aves acuáticas, creando reservas naturales

Volver al índice

en los humedales, estén inscritos en " La Lista" o no. Se promoverán asimismo la investigación y el intercambio de datos y publicaciones relativas a los humedales, su fauna y flora. Se esforzarán en aumentar las poblaciones de aves acuáticas y la formación de personal competente para la gestión de estos ecosistemas (art. 4).

Con respecto a la cooperación, se indica que se consultará a las partes sobre el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la Convención, especialmente en el caso de humedales que se extiendan por más de un territorio nacional o cuando una cuenca hidrográfica sea compartida entre varias partes. Al mismo tiempo, se esforzarán en coordinar y apoyar activamente sus políticas y reglamentos actuales y futuros relativos a la conservación de los humedales, su flora y fauna (art. 5).

- **Convención para la protección de flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de los países de América**

Esta Convención fue firmada en Washington en 1940 y su objetivo fue salvar de la extinción a todas las especies y géneros de la flora y fauna nativos de América y preservar las formas geológicas espectaculares y los lugares de belleza extraordinaria o de valor estético, histórico o científico. Si bien se enfocó en áreas silvestres protegidas como los parques nacionales, puede ser entendida como un instrumento más amplio de conservación de lugares/sitios para conservar la biodiversidad.

- **Convenio de Protección del Patrimonio Mundial Natural y Cultural**

Fue firmado en Francia en 1972 y su objetivo fue establecer un sistema eficaz de protección del patrimonio natural y cultural de valor excepcional organizado, y revalorizar lo más activamente posible el patrimonio cultural y natural de una manera permanente y según métodos científicos y modernos.

Dentro de las obligaciones de este convenio, se encuentran las siguientes:

Adoptar una política general encaminada a atribuir una función en la vida colectiva al patrimonio cultural y natural.

Adoptar medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio.

Presentar al Comité Intergubernamental del Patrimonio Mundial Cultural y Natural el inventario de los bienes del patrimonio cultural y natural nacional susceptibles de inscripción en la "Lista de Patrimonio Mundial".

- **Convención sobre Especies Migratorias o CMS vigente del 1 de noviembre de 1983**

La Convención de Especies Migratorias o CMS ha sido ratificada por Costa Rica.

Constituye un tratado ambiental marco que se presenta como una plataforma para la conservación y el uso sostenible de especies migratorias, incluyendo marinas y los lugares que habitan. La Convención reúne a los Estados por los cuales transitan las especies migratorias -los denominados Estados del área de distribución- y configura la base jurídica de las medidas de conservación adoptadas a lo largo del área de distribución migratoria. La CMS realiza sus labores por medio de planes de ordenación y conservación que reconocen el uso sostenible.

El Apéndice I enumera las especies en peligro que requieren medidas de conservación por parte de las autoridades nacionales. El Apéndice II se reserva a especies en un estado desfavorable de

Volver al índice

conservación que podrían verse beneficiadas por acuerdos internacionales, con el fin de incrementar su estado de conservación y las posibilidades de supervivencia.

Además de que la Convención definió las obligaciones para todos los países miembros a fin de proteger las especies del Apéndice I, estableció un marco para la concertación de acuerdos regionales para contribuir a la conservación de determinadas especies migratorias.

Todo Estado que se adhiere a la Convención se compromete a conferir una efectiva y estricta protección a los animales incluidos en el Apéndice I, conservar y restaurar los hábitats importantes, mitigar los obstáculos a su migración y neutralizar otros factores que podrían suponer un peligro, como la caza no reglamentada.

La CMS promueve acciones concertadas entre los Estados del área de distribución de las especies del Apéndice II (o que se encuentren en ambos apéndices) a efectos de mejorar el estado de conservación de aquellas. Para alcanzar ese objetivo, la Convención invita a los Estados miembros del área de distribución para que adopten acuerdos multilaterales o regionales jurídicamente vinculantes u otros instrumentos, como Memorando de Entendimiento (MoU) o planes de acción. Dichos instrumentos prescriben medidas de conservación y ordenación prácticas y uniformes que deberán aplicar las partes, así como otros Estados no partes de la CMS, miembros del área de distribución que decidan participar.

Esta forma de operar convierte a la Convención en un marco extremadamente útil y versátil para la realización de acciones internacionales basadas en acuerdos adaptados a las necesidades regionales. Los acuerdos pueden variar desde tratados jurídicamente vinculantes a instrumentos menos formales como los memorando de entendimiento y pueden ajustarse a las particularidades de las respectivas regiones. Los acuerdos concertados bajo su auspicio están basados en planes de ordenación y conservación concretos.

Como características de estos instrumentos merecen destacarse las siguientes:

- Se aplican a la protección de los hábitats e incluyen los mares y océanos.
- Se pueden negociar entre miembros de la Convención y no miembros que sean parte del área de distribución de la especie.
- Son flexibles en su contenido. Se pueden incluir diferentes medidas de conservación y uso, tales como estudios de evaluación de las interacciones con seres humanos; aplicación de medidas de emergencia; delimitación de áreas protegidas; reducción de las interacciones con las actividades pesqueras; promoción de las actividades de avistamiento de ballenas como una utilización no consuntiva, etc.

En el contexto de estos acuerdos, se han desarrollado planes de acción que responden a las características específicas de los problemas que afectan a las especies migratorias y que pueden abordar algunos aspectos, por ejemplo: la contaminación, la pesca ilegal, actividades acuáticas, contaminación por fuentes terrestres, captura accidental en redes de arrastre, exportación de especies vivas, etc.

La CMS promueve igualmente investigaciones y proyectos de conservación sobre especies migratorias.

- **Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Protocolo de Kioto y Acuerdo de París**

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Protocolo de Kioto y el Acuerdo de París son parte del ordenamiento

Volver al índice

jurídico internacional relacionado con el cambio climático, el cual posee implicaciones para la gestión de las OMECs como mecanismos para la mitigación y adaptación al cambio climático.

Según el artículo 2, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático tiene por objetivo:

> *lograr, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención, la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible.*

Los compromisos específicos derivados de la Convención son:

- Presentar inventarios de emisiones de gases de efecto invernadero por fuente y su absorción por sumideros y actualizar periódicamente.
- Fortalecer programas nacionales y o regionales para mitigar el cambio climático y adaptarse a sus potenciales efectos.
- Fortalecer la investigación científica y técnica, la observación del sistema climático y fomentar el desarrollo de tecnologías, prácticas y procesos para controlar, reducir y prevenir las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero.
- Promover programas de educación y sensibilización pública acerca del cambio climático y sus efectos.

Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención marco, las partes contratantes pusieron en marcha un proceso de negociación para establecer un instrumento legalmente vinculante que estableciera compromisos específicos para alcanzar la meta de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (llevar al 2000 las emisiones al nivel de 1990). Este proceso condujo al Protocolo de Kioto, el cual fue aprobado el 11 de diciembre de 1997 y entró en vigencia el 16 de febrero de 2005.

El compromiso derivado del Protocolo obliga a limitar las emisiones conjuntas de seis gases de efecto invernadero respecto al año base de 1990 para tres gases (CO_2, CH_4, N_2O) y 1995 para los otros tres gases, durante el período 2008-2012 (primer período de compromiso) con una reducción global acordada de 5.2% para los países desarrollados (este porcentaje varía entre países desarrollados (países del Anexo I del Convenio). El Protocolo desarrolla mecanismos de flexibilidad (implementación conjunta, permisos de comercio de emisiones y el mecanismo de desarrollo limpio) y otros instrumentos para permitir el cumplimiento de sus obligaciones y alcanzar sus objetivos.

Otras disposiciones de interés relacionadas con la investigación se encuentran en el artículo 3. El 10 se refiere a la materia de generación de datos y actualización periódica de los inventarios nacionales. Específicamente, el artículo 4 requiere a las partes:

> *a) Elaborar, actualizar periódicamente, publicar y facilitar a la Conferencia de las Partes, de conformidad con el artículo 12, inventarios nacionales de las emisiones antropógenas por las fuentes y de la absorción por los sumideros de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, utilizando metodologías comparables que habrán de ser acordadas por la Conferencia de las Partes.*

Volver al índice

Asimismo, según el inciso g), se deben "promover **y** apoyar con su cooperación la investigación científica, tecnológica, técnica, socioeconómica y de otra índole, la observación sistemática y el establecimiento de archivos de datos relativos al sistema climático […]".

Finalmente, el inciso h requiere: "promover y apoyar con su cooperación el intercambio pleno, abierto y oportuno de la información pertinente de orden científico, tecnológico, técnico, socioeconómico y jurídico sobre el sistema climático y el cambio climático, y sobre las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta".

El artículo 5 de dicho Convenio se refiere a la investigación y observación sistemática y conlleva, entre otros aspectos, apoyar y desarrollar los programas y redes u organizaciones internacionales e intergubernamentales que tengan por objeto definir, realizar, evaluar o financiar actividades de investigación, recopilación de datos y observación sistemática (inciso a).

Específicamente, se deben mencionar las obligaciones que se derivan de **las iniciativas REDD**+. No obstante, este artículo no entrará en el análisis de este tópico.

Por su parte, según su artículo 2, **el Acuerdo de París** (vigente desde el 5 de octubre de 2016) busca mejorar la aplicación de la Convención, incluido el logro de su objetivo. Tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza, y para ello: a) mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de los 2 grados centígrados con respecto a los niveles pre-industriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 con respecto a los niveles pre-industriales; b) aumentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promover la resiliencia; c) situar los flujos financieros en un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiliente y con bajas emisiones de gases de efecto invernadero. El Acuerdo se aplicará de modo que refleje el principio de equidad y las responsabilidades comunes, pero diferenciadas.

Algunas disposiciones de interés son las siguientes:

El artículo 5 establece que las partes deberían adoptar medidas para **conservar y aumentar, según corresponda, los sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero, incluidos los bosques**. Se alienta a las partes a que adopten medidas para aplicar y apoyar, también mediante los pagos basados en resultados, el marco establecido en las orientaciones y decisiones pertinentes ya adoptadas en el ámbito de la Convención respecto de los enfoques de políticas y los incentivos para reducir las emisiones debidas a la deforestación y la degradación de bosques y de la función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques y el aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo, en clara referencia a la iniciativa REDD+.

Por su parte, el **artículo 12** se refiere al deber de cooperación de las partes para mejorar la educación, formación, sensibilización y participación del público y el acceso público a la información sobre el cambio climático.

- **Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central**

Fue firmado en Managua, Nicaragua, en diciembre de 1992. Su objetivo es conservar al máximo posible la diversidad biológica, terrestre y costero-marina de la región centroamericana,

Volver al índice

para el beneficio de las presentes y las futuras generaciones.

Las obligaciones más relevantes que este Convenio establece son: conservar y usar sosteniblemente en función social sus recursos biológicos; asegurar que las actividades dentro de sus jurisdicciones o control no causen daños a la diversidad biológica de sus Estados o áreas que limitan su jurisdicción nacional; adoptar una estrategia nacional para la conservación de la biodiversidad, así como la creación y manejo de áreas protegidas, especialmente para la ejecución de los planes de sistemas de áreas silvestres protegidas; **hacer esfuerzos para mejorar la conservación *in situ*, especialmente mediante el control de la recolección de los recursos biológicos y la regulación del comercio de dichos recursos.**

- **Convenio regional para la conservación y el manejo de los ecosistemas naturales forestales y el desarrollo de plantaciones forestales (conocido como el Convenio Centroamericano de Bosques)**

Fue firmado en Guatemala en 1993. Dicho Convenio establece el derecho soberano de los Estados para proceder a la utilización, la ordenación y el desarrollo de sus bosques de conformidad con sus propias políticas y reglamentaciones en función de: a) sus necesidades de desarrollo; b) conservar y utilizar sosteniblemente en función económica y social, su potencial forestal: c) asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción o control no causen daño al medio ambiente del país ni a otros países de la región; y d) fortalecer la aplicación de políticas y estrategias contenidas en los planes de acción forestal de cada uno de los países miembros (art. 1).
El objetivo del Convenio consiste en promover mecanismos nacionales y regionales para evitar el cambio de uso de las áreas con cobertura forestal ubicadas en terrenos de aptitud forestal y recuperar las áreas deforestadas; establecer un sistema homogéneo de clasificación de suelos mediante la reorientación de políticas de colonización en tierras forestales; desincentivar acciones que propicien la destrucción del bosque en tierras de aptitud forestal y la promoción de un proceso de ordenamiento territorial (art. 2).

· Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO
Fue aprobado por la FAO en 1995 y Constituye un instrumento de prácticas responsables con miras a asegurar la conservación, la gestión y el desarrollo eficaz de los recursos acuáticos vivos. Su aplicación es de carácter voluntario.

Posee doce artículos y dos anexos. Particularmente, son relevantes aquellos relativos a la ordenación pesquera (art. 7), las operaciones pesqueras (art. 8), al fomento de la acuicultura (art. 9), la integración de la pesca en la ordenación costera, las prácticas posteriores a la pesca y al comercio (art. 11), y a la investigación en materia de pesca (art. 12).

Los objetivos del Código son los siguientes:

a. establecer principios, de conformidad con las normas del derecho internacional pertinentes, para que la pesca y las actividades relacionadas con la pesca se lleven a cabo de forma responsable, teniendo en cuenta todos los aspectos biológicos, tecnológicos, económicos, sociales, ambientales y comerciales pertinentes;
b. establecer principios y criterios para elaborar y aplicar políticas nacionales encaminadas a la conservación de los recursos pesqueros y a la ordenación y desarrollo de la pesca de forma responsable;
c. servir como instrumento de referencia para ayudar a los Estados a establecer o mejorar el marco jurídico e institucional necesario

Volver al índice

para el ejercicio de la pesca responsable y a formular y aplicar las medidas apropiadas;

d. proporcionar orientaciones que puedan utilizarse, cuando sea oportuno, en la formulación y aplicación de acuerdos internacionales y otros instrumentos jurídicos tanto obligatorios como voluntarios;

e. facilitar y promover la cooperación técnica y financiera, así como otros tipos de cooperación, en la conservación de los recursos pesqueros y la ordenación y el desarrollo de la pesca;

f. promover la contribución de la pesca a la seguridad alimentaria y a la calidad de la alimentación otorgando prioridad a las necesidades nutricionales de las comunidades locales;

g. promover la protección de los recursos acuáticos vivos y sus ambientes acuáticos así como de las áreas costeras;

h. promover el comercio de pescado y productos pesqueros, de conformidad con las normas internacionales pertinentes y evitar el uso de medidas que constituyan obstáculos encubiertos a dicho comercio;

i. promover la investigación pesquera, así como de los ecosistemas asociados y factores medioambientales pertinentes; y

j. ofrecer normas de conducta para todas las personas involucradas en el sector pesquero.

Particularmente, las actividades o principios orientados al fomento de la pesca responsable serían importantes.

- **Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y Plan de Gobernanza e implementación de los objetivos de desarrollo sostenible en Costa Rica**

Algunos de los ODS principalmente vinculados con la biodiversidad que permiten justificar las OMECs son:

- *ODS 13 Acción por el clima*
- *ODS 14Vida submarina*
- *ODS 15 Vida de ecosistemas terrestres*

A nivel nacional, se cuenta con un Plan de Gobernanza e Implementación establecido mediante el Decreto N.° 40203-PLAN-RE-MINAE de 2017, y tiene como finalidad velar por el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

3. Normativa nacional

Una gran cantidad de normativa nacional sustenta las OMECs. Algunas de las disposiciones jurídicas más relevantes se mencionan a continuación:

- **Ley de Biodiversidad**

La Ley de Biodiversidad N.º 7788 contempla una amplia gama de objetivos, principios, criterios y mecanismos que son de aplicación por parte del Ministerio de Ambiente y Energía para cumplir con los fines de dicha ley.

Objetivos de la ley

Es importante iniciar el análisis con una referencia a los objetivos de la LB contemplados en el artículo 10. Entre ellos, se indican los siguientes:

- Integrar la conservación y el uso sostenible de los elementos de la biodiversidad en el desarrollo de políticas socioculturales, económicas y ambientales.
- Promover la participación activa de todos los sectores de la sociedad en la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad para procurar una sostenibilidad social, económica y cultural.
- Promover la educación y la conciencia pública sobre la conservación y la utilización de la biodiversidad.

Volver al índice

- Regular el acceso y posibilitar con ello la distribución equitativa de los beneficios sociales ambientales y económicos para todos los sectores de la sociedad, con atención especial a las comunidades locales y pueblos indígenas.
- Reconocer y compensar los conocimientos, prácticas e innovaciones de las comunidades locales y pueblos indígenas en materia de biodiversidad.
- Reconocer los derechos que provienen de la contribución del conocimiento científico para la conservación y el uso ecológicamente sostenible de los elementos de la biodiversidad.
- No limitar la participación de todos los sectores en el uso sostenible de los elementos de la biodiversidad y el desarrollo de la investigación y la tecnología.
- Promover el acceso a los elementos de la biodiversidad y la transferencia tecnológica asociada.
- Promover la adopción de incentivos y la retribución de servicios ambientales para la conservación, el uso sostenible y los elementos de la biodiversidad
- Establecer un sistema de conservación de la biodiversidad que logre la coordinación entre el sector privado, los ciudadanos y el Estado para garantizar la aplicación de la LB.

En particular, en su artículo 49, la ley indica que el mantenimiento de los procesos ecológicos es un deber del Estado y de los ciudadanos.

Para tales efectos, el Ministerio de Ambiente y Energía y los demás entes públicos pertinentes, tomando en cuenta la legislación específica vigente, dictarán las normas técnicas adecuadas y utilizarán mecanismos para su conservación.

Por su parte, el artículo 50 requiere que las actividades humanas se ajusten a las normas científico-técnicas emitidas por el Ministerio de Ambiente y Energía y demás entes públicos competentes para el mantenimiento de los procesos ecológicos vitales, **tanto dentro de áreas silvestres protegidas como fuera de ellas.** Asimismo, contempla otras obligaciones para la restauración, recuperación y rehabilitación de especies (art. 53), con el fin de atender el daño ambiental (art. 54) y tratándose de especies en peligro de extinción (arts. 55 y 56), entre otros.

En especial, el artículo 51 dispone que el Ministerio del Ambiente y Energía, en colaboración con otros entes públicos y privados, dispondrá un sistema de parámetros que permitirá la identificación de los ecosistemas y sus componentes, **para tomar las medidas apropiadas, incluso la mitigación, el control, la restauración, la recuperación y la rehabilitación**.

Por su parte, los planes o las autorizaciones de uso y aprovechamiento de recursos minerales, suelo, flora, fauna, agua y otros recursos naturales, así como la ubicación de asentamientos humanos y de desarrollos industriales y agrícolas emitidos por cualquier ente público, sea del Gobierno central, las instituciones autónomas o los municipios, considerarán particularmente en su elaboración, aprobación e implementación la conservación de la biodiversidad y su empleo sostenible, en especial cuando se trate de planes o permisos que afecten la biodiversidad de las áreas silvestres protegidas (art. 52).

La restauración, recuperación y rehabilitación de los ecosistemas, las especies y los servicios ambientales que brindan deben ser fomentados por **el Ministerio de Ambiente y Energía y los demás entes públicos**, mediante planes y medidas que **contemplen un sistema de incentivos**, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes (art. 53).

Otras normas de la Ley de Biodiversidad merecen ser mencionadas. Respecto a las prioridades en

Volver al índice

el desarrollo de programas de conservación para las especies en peligro de extinción, se contempla expresamente que, cuando exista un uso comunitario, cultural o de subsistencia, acorde con la conservación y el uso sostenible incluidos en las listas de especies, el Estado **promoverá la asistencia técnica y la investigación necesaria** para asegurar la conservación a largo plazo de la especie, respetando la práctica cultural (art. 55, inciso 2).

En los mismos términos anteriores, el artículo 55, inciso 3, considera las acciones de conservación para las especies importantes para el consumo local, aun cuando no estén en las listas de especies en peligro de extinción.

Igualmente, se establecen como objeto prioritario de conservación *in situ* y *ex situ* las especies ligadas a las necesidades socioeconómicas y culturales, locales y nacionales, y las especies con particular significado religioso, cultural o cosmogónico (arts. 56, inciso 5 y 57, incisos 4 y 5).

La legislación dedica un apartado al tema de la **investigación y la transferencia de tecnología**. Se dispone en el artículo 88 de la LB que, en aplicación de los artículos 16, 17 y 18 de la Convención sobre Diversidad Biológica, por medio de la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO), el Estado dictará las normas generales que les garanticen al país y a sus habitantes ser destinatarios de información y cooperación científico-técnica en materia de biodiversidad, así como tener acceso a la tecnología mediante políticas adecuadas de transferencia, incluidos la biotecnología y el conocimiento asociado.

Expresamente, el artículo 89 demanda que el Ministerio de Ambiente y Energía y las demás instituciones públicas y privadas deberán **fomentar el desarrollo de programas de investigación sobre la diversidad biológica**.

Se considera que los objetivos de la Ley de Biodiversidad son parte del Programa Nacional de Ciencia y Tecnología (art. 90).

De manera congruente, el artículo 100 dispone que, como parte del Plan de Incentivos para alcanzar los objetivos de la LB, se incluye cualquiera vigente en la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico N.º 7169 de 1990.

Asimismo, es deber del Estado **fomentar el rescate**, el mantenimiento y la difusión de tecnologías y prácticas tradicionales útiles para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad (art. 91). El establecimiento de programas de capacitación científica, técnica y tecnológica, así como los proyectos de investigación que fomenten la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad se favorecen mediante los incentivos previstos en esta ley, en otras o interpretaciones que se hagan de ellas (art. 99).

De conformidad con el artículo 104, el Ministerio del Ambiente y Energía y las demás autoridades públicas promoverán la conservación y el uso sostenible de los recursos biológicos y genéticos que hayan sido objeto de mejoramiento o selección por las comunidades locales o los pueblos indígenas, especialmente los que se encuentren amenazados o en peligro de extinción y que requieran ser restaurados, recuperados o rehabilitados. El Ministerio otorgará la **asistencia técnica** o financiera necesaria para cumplir con esta obligación.

Resultan de particular interés algunos artículos de la LB, cuyo contenido es general, especialmente los artículos 9 y 11 y otras normas puntuales, pero con importantes alcances en su aplicación.

Por su parte, el Reglamento a la Ley de Biodiversidad N.º 34433-MINAE del 11 de marzo de 2008 expresamente reconoce el

Volver al índice

enfoque ecosistémico o por ecosistemas y sus 12 principios, incluyendo aquellos que requieren a las personas administradoras de los ecosistemas tener en cuenta los efectos reales de sus actividades en estos (principio 3), y con el fin de mantener los servicios de los ecosistemas, la conservación de la estructura y el funcionamiento de los ecosistemas, deben ser objetivos prioritarios (principio 5), y estos deben gestionarse dentro de los límites de su funcionamiento (principio 6), entre otros relevantes.

- **La Ley de Conservación de la Vida Silvestre N.º 7317 y sus reformas (especialmente la Ley N.º 9016)**

La presente ley tiene como finalidad establecer las regulaciones sobre la vida silvestre. La vida silvestre está conformada por el conjunto de organismos que viven en condiciones naturales, temporales o permanentes en el territorio nacional, tanto en el territorio continental como insular, en el mar territorial, las aguas interiores, la zona económica exclusiva y las aguas jurisdiccionales y que no requieren el cuidado del ser humano para su supervivencia.

Los organismos exóticos declarados como silvestres por el país de origen, los organismos cultivados o criados y nacidos en cautiverio provenientes de especímenes silvestres, sus partes, productos y derivados son considerados vida silvestre y están regulados por ley.

La vida silvestre únicamente puede ser objeto de apropiación particular y de comercio, mediante las disposiciones contenidas en los tratados públicos, los convenios internacionales, esta ley y su reglamento.

El Estado tendrá como función esencial y prioritaria la aplicación y el cumplimiento de esta ley. Asimismo, garantizará que el fomento y las actividades productivas relacionadas con el manejo y la reproducción de la vida silvestre sean realizados de forma sostenible (art. 1).

En esta ley, se declaran de interés público la flora silvestre, la conservación, investigación y desarrollo de los recursos genéticos, especies, razas y variedades botánicas y zoológicas silvestres que constituyen reservas genéticas, así como todas las especies y variedades silvestres que hayan sufrido modificaciones genéticas en su proceso de adaptación a los diversos ecosistemas (art. 3). La producción, manejo, extracción, comercialización, industrialización y uso del material genético de la flora y fauna silvestres, sus partes, sus productos y subproductos se declaran de interés público y patrimonio nacional (art. 4).

Si bien la Ley de Conservación se enfoca en la protección de especies, la regulación de los humedales y de los ecosistemas naturales, se incluyen los siguientes objetivos dentro de las competencias del SINAC en su artículo 7:

> *h) Proteger, supervisar y administrar, con enfoque ecosistémico los humedales, así como determinar su calificación de importancia nacional o internacional.*
>
> *m) Fomentar la conservación de ecosistemas naturales.*

- **Ley Orgánica del Ambiente N.º 7554 de 1995**

En el país, el Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE) cumple el papel de entidad rectora en ambiente y, según la Ley Orgánica del Ambiente N.º 7554 del 4 de octubre de 1995 y la ley específica de su creación, según se indica adelante, debe formular, planificar y ejecutar las políticas de recursos naturales, energéticas, mineras y de protección ambiental del Gobierno

Volver al índice

de la República, y debe encargarse de la dirección, el control, la fiscalización, promoción y el desarrollo de los campos mencionados.

Por su parte, la Ley Orgánica del Ambiente tiene como objetivos procurar dotar a los y las costarricenses y al Estado de los instrumentos necesarios para conseguir un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

El Estado, mediante la aplicación de la ley, defenderá y preservará ese derecho, en busca de un mayor bienestar para todos los habitantes de la Nación (art. 1). La ley contempla una serie de principios que habilitan la creación y gestión de las OMECS, entre ellos los siguientes:

> *a) El ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la nación, con las excepciones que establezcan la Constitución Política, los convenios internacionales y las leyes. El Estado y los particulares deben participar en su conservación y utilización sostenibles que son de utilidad pública e interés social.*
> *b) Todos tienen derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente sostenible para desarrollarse, así como el deber de conservarlo, según el artículo 50 de nuestra Constitución Política.*
> *c) El Estado velará por la utilización racional de los elementos ambientales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional. Asimismo, está obligado a propiciar un desarrollo económico y ambientalmente sostenible, entendido como el desarrollo que satisface las necesidades humanas básicas, sin comprometer las opciones de las generaciones futuras.*

La Ley Orgánica contiene un capítulo sobre diversidad biológica e indica que “El Estado ejercerá la soberanía sobre la diversidad biológica, como parte de su patrimonio natural. Son de interés público **las actividades destinadas a conservar, mejorar y, en lo posible, a recuperar la diversidad biológica del territorio nacional; también las dirigidas a asegurar su uso sostenible”**. Para ejecutarlas, se tomarán en cuenta los parámetros definidos por el Poder Ejecutivo, así como los siguientes criterios (art. 46):

> *a) La protección y la conservación de los ecosistemas naturales, la diversidad de las especies, la diversidad genética en el territorio nacional y la vigilancia de las zonas de reproducción.*
> *b) El manejo de la diversidad biológica integrado a la planificación de cualquier actividad relativa a los elementos del ambiente.*

Se declaran de interés público la **investigación**, la explotación y la comercialización de la diversidad biológica que deben reconocerse como actividades de interés público. La explotación y la comercialización de la flora y la fauna silvestres como bienes de dominio público serán reguladas por el Estado (art. 47).

La Ley Orgánica del Ambiente dedica su capítulo VI al tema del ordenamiento territorial con normas de carácter general. Vale la pena señalar que esta ley establece en su artículo 28 que el ordenamiento territorial es una función pública. Este numeral dispone:

> *Políticas del ordenamiento territorial.*
>
> *Es función del Estado, las municipalidades y los demás entes públicos, definir y ejecutar políticas nacionales de ordenamiento territorial, tendientes a regular y promover los asentamientos humanos y las actividades económicas y sociales de la población, así como el desarrollo físico-espacial, con el fin de lograr la armonía entre el mayor bienestar*

Volver al índice

de la población, el aprovechamiento de los recursos naturales y la conservación del ambiente.

La Ley Orgánica establece que es función del Estado, las Municipalidades y demás entes públicos, definir y ejecutar políticas nacionales de ordenamiento territorial, tendientes a regular y promover los asentamientos humanos y las actividades económicas y sociales de la población, así como el desarrollo físico espacial, con el fin de lograr la armonía entre el mayor bienestar de la población, el aprovechamiento de los recursos naturales y la conservación del ambiente.

El ordenamiento territorial tendrá los siguientes fines:

a) Ubicar, en forma óptima, dentro del territorio nacional, las actividades productivas, los asentamientos humanos, las zonas de uso público y recreativo, las redes de comunicación y transportes, las áreas silvestres y otras obras vitales de infraestructura como unidades energéticas y distritos de riego y avenamiento.
b) Servir de guía para el uso sostenible de los elementos del país.
c) Equilibrar el desarrollo sostenible de las diferentes zonas del país.
d) Promover la participación activa de los habitantes y la sociedad organizada en la elaboración y la aplicación de los planes de ordenamiento territorial y en los planes reguladores de las ciudades, para lograr el uso sostenible de los recursos naturales (art. 29).

Para el ordenamiento territorial, deben considerarse los siguientes criterios (art. 30):

a) El respeto por las características culturales, históricas y sociales de las poblaciones humanas involucradas y su distribución actual sobre el territorio nacional.
b) Los proyectos de población y recursos.
c) Las **características de los ecosistemas.**
d) **Los recursos naturales renovables** y no renovables, las actividades económicas predominantes, la capacidad de uso del suelo y la zonificación por productos y actividades agropecuarias, **en razón de consideraciones ecológicas y productivas sobre el ambiente.**
e) El efecto de las actividades humanas y los fenómenos naturales **sobre el ambiente.**
f) El equilibrio que necesariamente debe existir entre los asentamientos humanos y sus condiciones ambientales.

A juicio del autor, estos y otros artículos constituyen un fundamento legal para el reconocimiento y registro de las OMECs.

De acuerdo con la Ley de Conversión del Ministerio de Industria, Energía y Minas, en el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas[6] N.º 7152 del 21 de junio de 1990, le corresponde, además, al Ministerio:

- **Fomentar el desarrollo de los recursos naturales**, energéticos y mineros.
- Promover y administrar la legislación sobre conservación y uso racional de los recursos naturales, a efecto de obtener un desarrollo sostenido de ellos y velar por su cumplimiento.
- Dictar, mediante decreto ejecutivo, normas y regulaciones con carácter obligatorio,

6 Por medio de la Ley Orgánica del Ambiente, N.º 7554 del 4 de octubre de 1995, artículo 116, se cambia el nombre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas por el de Ministerio de Ambiente y Energía.

Volver al índice

relativas al uso racional y a la protección de los recursos naturales, la energía y las minas.

- Promover y administrar la legislación sobre exploración, explotación distribución, protección manejo y procesamiento de los recursos naturales relacionados con el área de su competencia, y velar por su cumplimiento.
- Tramitar y otorgar los permisos y las concesiones referentes a la materia de su competencia.
- Propiciar la suscripción de tratados, convenios y acuerdos internacionales, así como representar al Gobierno de la República en los actos de su competencia.
- Fomentar y desarrollar programas de formación ambiental en todos los niveles educativos, y hacia el público en general (art. 2).

De conformidad con el Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo (Decreto N.º 41187-MP-MIDEPLAN), el ministro de Ambiente y Energía constituye el rector del sector de ambiente, energía y mares, lo cual conlleva a la potestad para coordinar, articular y conducir las actividades del sector público en cada ámbito competencial y asegurarse de que estas sean conformes con las orientaciones del Plan Nacional de Desarrollo.

Según el voto 6322 citado en:

> *[…] este orden de ideas, debe considerarse que la normativa* **establece al Ministerio del Ambiente y Energía en el órgano rector del sector de los recursos naturales, energía y minas** *según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de este ministerio, número 7152 […] de cuatro de junio de mil novecientos noventa: "Serán funciones del Ministerio del Ministerio del Ambiente y Energía […]. Sin embargo, a criterio de esta Sala, esta función de rectoría en la materia ambiental comprende no sólo el establecimiento de regulaciones adecuadas para el aprovechamiento del recurso forestal y los recursos naturales, según lo dispone también el artículo 56 de la Ley Orgánica del Ambiente,* **en tanto le confiere al Estado la importante función de ejercer la rectoría en la materia ambiental, consistente en mantener un papel preponderante en esta materia, para lo cual:** *"[...] dictará las medidas generales y particulares, relacionadas con la investigación, la exploración, la explotación y el desarrollo de esos recursos, con base en lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo.*

Finalmente, se presentan otras disposiciones legales consagradas en la Ley de Pesca y Acuicultura y la Ley Forestal.

En nuestro país, preliminarmente, podría pensarse en una serie de áreas que -si voluntariamente lo desean y cumplen los criterios mencionados- podrían ser reconocidas, reportadas y monitoreadas como OMEC´s, entre ellas podrían citarse: los corredores biológicos, las reservas privadas (no declaradas ASP), las áreas de pesca responsable, reservas de la biósfera (sus componente fuera de ASP); los polígonos de pesca y otras áreas de retiro o restricción; los terrenos gestionados por las ASADAS para el suministro de agua a comunidades; las propiedades bajo pago por servicios ambientales o esquemas similares; los territorios indígenas; las tierras de entidades estatales, municipalidades, universidades; fincas agropecuarias demostrativas, entre otras.

Volver al índice

III. Conclusiones

- La figura de las OMECs con dicha terminología no ha sido reconocida por la legislación costarricense. No obstante, existen diversas disposiciones legales que acuerpan iniciativas y acciones que podrían eventualmente ser consideradas como tales. Desde esta perspectiva, no existe un ordenamiento jurídico para las OMEC como categoría o concepto en el país, más allá de las estipulaciones que se encuentran en el Convenio sobre la Diversidad Biológica como principal fuente normativa de aplicación directa, según el sistema de derecho internacional costarricense debidamente respaldado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

- La normativa convencional, especialmente el Convenio sobre la Diversidad Biológica y otros instrumentos internacionales que tutelan áreas o espacios determinados en función de sus valores para la diversidad biológica o cultural, la Constitución Política (artículos 50 y 89 especialmente), leyes como la de Biodiversidad, Orgánica del Ambiente, de Pesca y Acuicultura, Conservación de la Vida Silvestre, Forestal, entre otras, respaldan el reconocimiento y registro de las OMECs.

- Sin embargo, es necesario incorporar los conceptos, criterios, requisitos, etapas y procedimientos para el reconocimiento y registro de las OMECs en consonancia con lo estipulado en la Decisión 14/8 y otras normas conexas.

BIBLIOGRAFÍA

Cabrera Medaglia, Jorge. (2016). Las sentencias de la Sala Constitucional y su impacto sobre el origen y evolución del derecho constitucional ambiental en Costa Rica. En Peña, Mario (ed.). *El derecho al ambiente en la Constitución Política*. *Alcances y límites*. Maestría en Derecho Ambiental, Universidad de Costa Rica.

Cabrera Medaglia, Jorge. (2017). *Breves reflexiones sobre las categorías de manejo en Costa Rica*. Material del curso del Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental. San José.

Jonas Harry *et al*. (May 2021). Equitable and Effective Area Based Conservation: towards the conserved areas paradigm. En *Parks Journal*. Vol, n.º 27.

Santamaría Gómez M., Cely Gómez A., Matallana-Tobón C., Echeverri Marín J., Galán Rodríguez S. y Rey Rodero D. (2021). *Otras Medidas Efectivas de Conservación Basadas en Áreas (OMEC). Guía para su identificación, fortalecimiento y reporte en Colombia*. Resnatur, Instituto Humboldt. Fundación Natura y Proyecto Regional Áreas Protegidas Locales. Bogotá, Colombia.

Sofrony, C. (2020). *Otras Medidas Eficaces de Conservación Basadas en el Área-OMEC*. *Latinoamérica y el Caribe: Perspectivas de conservación más allá de las áreas protegidas*. IUCN, Bogotá, Colombia.

World Commission on Protected Areas, Recognizing and reporting other area conservation measures. (2019). IUCN. Gland, Switzerland.

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 133 págs 31 - 44 ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

LA POSESIÓN NO ES UN HECHO SINO UN DERECHO PARA NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Dr. Francisco Chacón Bravo *

RESUMEN

En Costa Rica, hemos enseñado que la posesión es un hecho y que la propiedad es un derecho. Lo que en este artículo sostenemos es que independientemente de lo que digan las distintas tesis para nuestro Código Civil, la posesión es un derecho y no un hecho.

Palabras claves: posesión, hecho, derecho, *ad usucapione*, *ad interdicta*.

ABSTRACT

In Costa Rica, we are taught that possession in a fact and ownership is a right. We argue in this article that regardless of the different theses contained in our Civil Code, possession is a right and not a fact.

Keywords : possession, fact, right, *ad usucapione*, *ad interdicta*.

Recibido: 29 de junio de 2022 Aprobado: 17 de agosto de 2022.

* *Profesor de la Universidad de Costa Rica y de la Lead University.

Volver al índice

INTRODUCCIÓN

La posesión y la adquisición del derecho a poseer son dos temas que merecen ser estudiados desde el punto de vista de nuestro Código Civil.

En este artículo, sostenemos que la posesión es un derecho, al igual que el derecho de poseer y no un hecho según nuestro Código Civil.

La posesión es un sustantivo abstracto al igual que el derecho. El derecho de poseer es la facultad que se tiene sobre una cosa. Poseer es el verbo, palabra que denota la acción. Esta es la doctrina por la que optó el Código Civil de Costa Rica.

1. ELEMENTOS DE LA POSESIÓN

La posesión consta de dos elementos el *corpus* y el *animus*, el *corpus* es un actuar sobre la cosa, existe un contacto con la cosa, y el *animus* es la intención, algo anímico y espiritual. Es necesario distinguir entre la posesión *ad interdicta* protegida por los interdictos y la posesión *ad usucapione*[1].

La simple tenencia se diferencia de la posesión en que en esta solo es necesario el *corpus*, mientras que en la posesión son necesarios el *corpus* y el *animus* mencionados. En la posesión, existe una posibilidad de ejercer una influencia inmediata sobre el bien y también la posibilidad de excluir la influencia de otra persona. Está protegida por los interdictos.

La posesión *ad usucapione* es la que sirve para validar el título de propiedad defectuoso. No produce la propiedad. Es un medio necesario para esa validación y necesita de los requisitos establecidos por la ley: posesión, tiempo, buena fe y el título traslativo de dominio defectuoso que se valida.

Esta distinción es muy importante para comprender lo que es la posesión *ad interdicta*, el derecho de poseer y la posesión *ad usucapione*.

2. LA POSESIÓN HECHO O DERECHO

Si la posesión es un hecho o un derecho, son teorías muy discutidas. Sin embargo, nuestro Código Civil se inclinó por considerarla un derecho. La mayoría parte del derecho romano.

Se indica que los juristas romanos, por su carácter práctico, se ocuparon poco del tema. En el Digesto, encontramos que Paulo señala: *"etiam sine tutoris auctoritatem possidere incipere posse pupillum aiunt eam enim rem facti non iuris ese". "El pupilo puede comenzar a poseer aún sin autoridad del tutor, porque esta es cosa de hecho no de derecho"*[2].

En cambio Papiniano expresa: "possessio non tantum corporis, sed et iuris est", pues la posesión no es algo material, sino ***también*** *de derecho*[3].

Algunos romanistas han sostenido que Papiniano consideró la posesión como un derecho y no como un hecho, y traducen la frase, la posesión no es un hecho es derecho.

Sin embargo, si se lee el texto completo, llegamos a la conclusión de que Papiniano se refiere a la posesión que le otorga la propiedad.

> *49.* ***Por medio del esclavo****, cuyo usufructo es mío, se adquiere para mí la posesión*

1 D. 41, 2, 3, 1. G. 2, 44. D 41, 2, 10, 1.

2 D. 41, 2, 3.

3 D. 41, 2. 49. 1.

Volver al índice

> *alcanzada con cosa mía o con el trabajo del esclavo, porque también es poseído naturalmente por el usufructuario,* ***y esta posesión se asemeja mucho a la de derecho. (Et plurimun ex iure possessio mutuentur).***

Obsérvese que el dueño adquiere la posesión con el esclavo que le pertenece, al igual que el nuevo adquirente de la propiedad adquiere la posesión (art. 264, inc. 1. del Código Civil). Luego la frase se refiere la posesión del *pater* de familia que tiene el derecho de posesión sobre todos los que están bajo su poder, por ejemplo: sobre sus hijos, sobre su esposa en el matrimonio *cum manu*, sobre los esclavos, etc.

Obsérvese que, tanto en la traducción de García del Corral, Barcelona 1897, como en la de D'Ors[4], se usa el adverbio "**también"** *"tantum"* "*no es una cosa solamente del cuerpo sino* **también** *del derecho*".

Con esto podemos concluir que no se indica que la posesión sea solamente un hecho (*corporis),* sino también un derecho (*iuris),* y este derecho a que se refiere Papiniano es el derecho de posesión; es decir, el derivado del derecho de propiedad que es la posesión.

En resumen, siempre la persona propietaria y quienes tienen un derecho real sobre la cosa adquieren el derecho de posesión, salvo excepciones como la hipoteca sin desplazamiento.

3. LOS TEXTOS DE DOCENCIA

Voy a citar para efectos de este artículo, únicamente los textos que los y las docentes hemos usado para la enseñanza del derecho romano en Costa Rica, donde se sostiene que la posesión es un hecho y la propiedad un derecho[5].

En 1950, se usaba el texto de George Bry, un profesor de la Universidad de Aix-Marcella, traducido por Bercelino Hernández de la Facultad de Bogotá.

Este texto no tenía ninguna cita del Digesto en cuanto a la posesión y simplemente enseñaba que:

> *Los romanos no habían dado ninguna definición científica de la posesión; decían que la posesión era el hecho de tener una cosa a disposición y considerarse como dueño de ella. (rem sibi habere)... Y que el poseedor debía ser protegido por el hecho de su posesión, porque mientras no hubiera pruebas en contrario, se presumía que era el propietario de la cosa*[6].

En mi época de estudiante, el texto usado por el profesor don Rogelio Sotela era Eugene Petit, quien también se inclinó por quienes sostenían que la posesión era un hecho y no un derecho y sostenía: la posesión tal y como la entendían los romanos puede ser definida como *"El hecho de tener en su poder una cosa corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla, y disponer de ella como lo haría un propietario"* [7].

Los textos usados actualmente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica son los de Arias Ramos, Juan Iglesias y Eva Cantarella.

El primero señala: *"Son pues dos conceptos distintos propiedad y posesión -separata ese debet proprietas a possesione.(337)- la propiedad es un*

4 Versión castellana, Pamplona 1975. D. 41.2.49.1.

5 Bry, Georges. (1912). *Nociones de derecho romano*. Bogotá, p. 139.

6 Bry George. (1912). *Nociones de derecho romano*. Bogotá, pp. 139, 140.

7 Petit Eugene. (2013). *Tratado elemental de derecho romano*. México, p. 238.

Volver al índice

derecho, la posesión es un mero hecho. El número corresponde a cita del Digesto 43.17. 1, 22.2"[8].

Juan Iglesias afirma: "Possesio *es la señoría o dominación de hecho sobre una cosa. Entre posesión y propiedad media la diferencia que corre entre el hecho y el derecho"*[9].

Otro texto usado es el de Eva Cantarella, profesora de *Derecho Romano* y *Griego* de la Universidad Estatal de Milán, quien se inclina también por sostener que la posesión es un hecho y expone: "*Hoy entendemos por posesión el disfrute de hecho de una cosa (corpore possidere) acompañado por la intención de tenerla como dueño (animus possidendi)*"[10].

4. LAS PERSONAS AUTORAS COSTARRICENSES

Las personas autoras costarricenses también se han ocupado del problema de si la posesión es un hecho o un derecho.

Alberto Brenes Córdoba parece que no ha tomado partido, pero habla claramente del derecho de poseer, al cual me referiré cuando se trate de ese tema.

En cambio, en sus *Notas y comentarios al tratado de los bienes*, Rogelio Sotela plantea las dos tesis, hecho o derecho, pero sin tomar partido por ninguna de ellas[11].

Álvaro Meza Lázarus, otro de los mejores juristas de nuestro tiempo, se inclinó claramente en el sentido de que la posesión es un hecho:

> *Nuestro Tribunal Civil, de forma* ***acertada*** *ha definido en múltiples ocasiones la posesión de hecho, y transcribe el considerando tercero, de la sentencia del Tribunal Primero Civil N° 82 de las ocho horas cinco minutos del quince de febrero del 2005:*
>
> *III.- En este sentido debemos aclarar que esta posesión de hecho, en su definición más usual, significa el señorío de hecho sobre una cosa. Consiste esta posesión en el hecho mismo, de ese poder, omisión hecha de que se tenga o no un derecho a él. En tal sentido posee una cosa el que la tiene bajo su dominación.*
>
> *Esta definición es compartida dado que existirá la posesión de hecho en tanto la cosa se tenga bajo la dominación efectiva del poseedor [...]* [12].

Otro autor que ha escrito sobre el derecho romano es don Antonio Zambrana, del cual tenemos noticia por los historiadores del derecho, Jorge Francisco Sáenz Carbonell y Jeffry Chinchilla Madrigal, quienes exponen:

> *Los romanos no confundieron la posesión con la propiedad. La primera, aún no siendo la tenencia material de una cosa, sino en virtud de algún derecho, como pasa con el inquilino, podía no ser a título de dueño, -animus domini- la posesión legal da la facultad de poseer la cosa, mientras dure el derecho con que se posee.*[13]

8 Arias Ramos, José. (1969). *Derecho romano*. Madrid.

9 Iglesias, Juan. (1968). *Derecho romano*. Barcelona, pp. 287, 288.

10 Cantarella, Eva. (2017). *Instituciones e historia de derecho romano*. Valencia.

11 Brenes Córdoba, Alberto. (1981). *Notas y comentarios de Rogelio Sotela Montagne*. Editorial Juricentro S. A., p. 43.

12 Meza Lazarus, Álvaro. (2012). *Tratado de la posesión.* Costa Rica, San José. p. 47.

13 Zambrana Antonio (2012) *Derecho romano*. Anotado y concordado con la legislación, jurisprudencia y doctrina costarricense por Jorge Francisco Sáenz Carbonell y Jeffry Antonio Chinchilla Madrigal. San José C. R. (p. 93)

Volver al índice

Federico Torrealba, distinguido jurista, califica la posesión como un derecho y como un hecho:

> *Conviene distinguir entre: el derecho de posesión y el hecho de la posesión. Como* ***derecho****, la posesión es una situación jurídica por la que se reconoce, si es del caso, con el apoyo coercitivo del Estado, la facultad del titular, de situarse o mantenerse en posición de sujetar una cosa, bajo su poder y voluntad. Como todo derecho subjetivo, el de posesión entraña un imperativo general de deber-ser: la delimitación de un ámbito donde se concede preponderancia al interés privado sobre otros intereses públicos o privados rivales de inferior categoría" [...] "Como* ***hecho*** *la posesión es un estado de cosas, apreciable objetivamente y axiológicamente neutro, en cuya virtud una persona está en contacto material con una cosa. Una persona puede estar, de hecho, en posesión de un bien -por ejemplo un ladrón- sin tener derecho para ello. Del sujeto que ocupa, de facto, un bien demanial (propiedad del Estado), sin contar con un derecho habilitante, se dice que tiene una* ***posesión precaria****, es decir, una situación de hecho a la que el dominus, en éste caso el Estado, , puede poner fin en cualquier momento, sin indemnización. Lo normal, por el contrario, es que quien se haya en posesión de hecho, de una cosa, lo esté en virtud de un título habilitante. La ley estatuye una presunción iuris tantum -susceptible de ser vencida mediante prueba en contrario- de que quien posea de hecho una cosa lo hace con derecho de poseer. Así enuncia el artículo 281 del Código Civil*[14]**.**

Deben leerse sus explicaciones porque son muy interesantes.

Enrique Ulate, distinguido agrarista, toma una posición diferente al distinguir si la posesión es un hecho o un derecho, según la materia de que se trate. Para él, en materia agraria, la posesión es un hecho al participar del criterio de Álvaro Meza de que la posesión agraria es un poder de hecho, y que "*La posesión agraria debe manifestarse en el despliegue por parte del poseedor de una actividad agraria organizada profesionalmente sobre el bien"*. Esto es cierto. Pero también es cierta su afirmación de que " *En Costa Rica la propiedad forestal y también posesión forestal* ***como derecho real*** *derivado de aquella o bien concebido en forma independiente se comienza a perfilar en Costa Rica desde el Código Fiscal de 1985"* [15].

De la lectura parece que sigue una tesis ecléctica al calificar la posesión como un hecho o como un derecho según la materia. Se aparta de las personas autoras que califican la posesión, ya sea como un hecho o como un derecho.

Tampoco puede decirse que Ulate sigue a Savigny, quien sostiene que la posesión es un hecho que luego se convierte en derecho[16]; ni a García Valdecasas, autor que considera que la posesión tiene una doble naturaleza, integrada por dos elementos, el hecho y el derecho[17]; ni a Albaladejo con su tesis de que en la posesión hay dos figuras distintas, el hecho y el derecho, el hecho para referirse al poder sobre la cosa y el derecho para referirse al poder provisional que le da el ordenamiento jurídico a la posesión[18].

14 Torrealba Navas, Federico. *Principios de derecho privado*. T. II, p. 583. San José, Costa Rica: Ed. Juricentro. Editores Fondo Editorial: Lavalle 1115, Buenos Aires, Argentina.

15 Ulate Chacón, Enrique. (2009). *Manual de derecho agrario y justicia agraria*. San José. CR. Cabals, pp. 200 y 203.

16 De Savigny, D. F. C. (2005). *Tratado de la posesión, según los principios del derecho romano*. Granada, p. 15.

17 García-Valecasas, Guillermo. *La doble naturaleza de la posesión. Anuario de derecho civil*.

18

Volver al índice

En resumen, nos parece que el razonamiento de Ulate no solo es novedoso, sino también los ejemplos son muy apropiados para su tesis.

LA NUEVA JURISPRUDENCIA

En la *Revista Judicial* 130, en un artículo publicado en *Comentarios de jurisprudencia*, me referí al *corpus*, al *animus* y a la posesión incorporal en la nueva jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Esta excelente sentencia, aplicada con sabiduría y prudencia, facilita una solución con justicia y equidad en muchos casos. Me referí en concreto en cuanto al usurpador y al propietario.

Sin embargo, me quede corto, porque en la sentencia n.° 291-F-99 de las 9:55 horas del 28 de mayo de 1999, redactada por el magistrado Román Solís, este explicó, con toda claridad, el concepto de lo que debía entenderse por la acción publiciana, como una posesión de derecho. Para su fundamentación, recurrió a los conceptos de posesión como hecho, posesión incorporal y posesión mediata e inmediata. En resumen, dicha jurisprudencia indicó lo siguiente:

> *La posesión de derecho determina para la existencia de la misma posesión incorporal. La posesión como hecho es la manifestación de un poder directo y material del sujeto manteniéndola bajo su esfera de poder y voluntad. La posesión ejercida como derecho determina bajo el amparo de una ficción se tiene como posesión una situación carente de sustrato fáctico. Esta forma de ejercer la posesión se puede dar por la vía del desdoblamiento posesorio en virtud de una relación negocial subyacente que genera la concurrencia posesoria (posesión mediata e inmediata) o bien en virtud de la desposesión que ha sido objeto el poseedor por un tercero. En este último caso, se alude a la posesión incorporal llamada por algunos doctrinarios "posesión del año y día." Como forma que tiene el sujeto para recuperar o intentar recuperar judicialmente el bien, antes que pueda perder la posesión de nuevo a causa de la desposesión de otro.*

Ahora bien, como lo señaló la misma sentencia, este derecho no podía ser asimilado al derecho de propiedad que requería el ejercicio de una posesión de diez años.

Con título traslativo de dominio y buena fe, agregamos nosotros.

5. LA CALIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE LA POSESIÓN COMO UN DERECHO

Como breve introducción a este tema, debemos empezar a distinguir la diferencia entre derecho subjetivo y derecho sustantivo. Se debe advertir que, en cuanto a denominaciones, los y las juristas no están de acuerdo. Nosotros preferimos esta distinción para mejor comprensión de estos temas.

El derecho subjetivo es el derecho, como su nombre lo indica, que tienen todos los sujetos de derecho, de actuar conforme se lo permite el ordenamiento jurídico, más bien según lo garantiza la Constitución Política, como son los derechos humanos.

Hablamos de derecho sustantivo, en cuanto el ordenamiento jurídico le confiere una titularidad al sujeto, ya sea como actor o como demandado. Comprende tanto los derechos reales como los derechos personales. Los reales son los que se tienen sobre una cosa, y los personales, la relación o vínculo jurídico que se establece entre las personas como deudoras o acreedoras.

Volver al índice

En el Código Civil, encontramos que se califica la posesión como un derecho y no como un hecho de acuerdo con las siguiente fundamentación:

a) El libro II, del Código Civil se titula "DE LOS BIENES Y DE LA EXTENSIÓN Y MODIFICACIONES DE LA PROPIEDAD" Divide las cosas en corporales e incorporales (art. 253). Son incorporales los derechos reales, los que se tienen en una cosa o contra una cosa, que son cosas incorporales (art. 258). La posesión sería un derecho real que se tiene sobre una cosa.

En el título segundo, se reitera el concepto de que la posesión es un derecho cuando denomina a la posesión como "**Del derecho de posesión**". No señala simplemente "La posesión", ni mucho menos el hecho de la posesión, sino expresamente la califica como un derecho.

Examinemos la definición que contiene el Código Civil cuando indica:

> ***El derecho de posesión*** *consiste en la facultad que corresponde a una persona de tener bajo su poder y voluntad la cosa objeto* ***del derecho****.*

En primer lugar, desde el principio, califica la posesión como un derecho: "**El derecho de posesión**".

En segundo lugar, expone que la posesión es una facultad. La facultad es un hecho que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, es un derecho garantizado por el ordenamiento jurídico, el cual tiene consecuencias jurídicas.

En tercer lugar agrega: **"**tener la cosa bajo su poder y voluntad **objeto del derecho"**; es decir, lo que es objeto del derecho es el hecho de tener la cosa bajo su poder y voluntad. En este artículo, el legislador no se está refiriendo a ningún otro derecho, sino únicamente al de posesión.

Tener bajo su poder y voluntad una cosa es un hecho. Los hechos son acontecimientos fenoménicos, bien del ser humano o de la naturaleza que puede tener consecuencias jurídicas o no. En los hechos de la naturaleza, normalmente no interviene la voluntad del ser humano como un terremoto o una inundación. Sin embargo, puede intervenir su voluntad, cuando, por ejemplo, se provoca una inundación porque alguien rompe un dique de un lago o un río.

Los hechos se dividen en hechos puros y simples y en hechos jurídicos. Son puros y simples cuando no tienen consecuencias jurídicas; por ejemplo, fumar en mi casa un cigarrillo. Por estar garantizado por el derecho por el ordenamiento jurídico es un derecho de carácter subjetivo que no tiene consecuencias jurídicas. Son hechos jurídicos los que sí tienen consecuencias jurídicas; por ejemplo, fumar en una gasolinera y, como consecuencia, se produce un incendio.

Tener bajo mi poder y voluntad una cosa es un hecho puro simple, por ejemplo: tengo bajo mi poder y voluntad un lapicero, sin que tenga consecuencias jurídicas, pero si lo he comprado a sabiendas de que es robado, ese mismo hecho tiene consecuencias jurídicas y es un hecho jurídico, porque es autor de un delito de receptación de cosa robada.

Para que un hecho tenga consecuencias jurídicas, tiene necesidad de que el ordenamiento jurídico le otorgue esas consecuencias.

Bien es cierto que, aunque el hecho jurídico tenga consecuencias jurídicas, no lo convierte en un derecho, como los hechos ilícitos. Pero no es menos cierto que cuando el hecho es una facultad, cuyo ejercicio es garantizado por el

Volver al índice

ordenamientos jurídico, con consecuencias jurídicas, sí constituye un derecho.

De la misma manera, la posesión es un hecho que, con determinados requisitos, como son el *corpus* y el *animus*, la ley lo califica como derecho y le otorga consecuencias jurídicas.

ARTÍCULO 279

En el artículo 279 del capítulo II, cuando el Código Civil se refiere a la posesión independiente de la propiedad, vuelve a calificar la posesión como un derecho cuando señala: *Independientemente del derecho de propiedad, se adquiere el de posesión*. Este "*el*" es el pronombre de "*derecho"*, o si se quiere existe una frase pronominal. Pone al derecho de propiedad en un plano de igualdad con el de posesión.

ARTÍCULO 264

Cuando el artículo 264 se refiere a la propiedad, explica que esta comprende el derecho de posesión, no dice el derecho de poseer, sino de posesión, es decir, califica la posesión como un derecho y no como un hecho.

El Código Civil vuelve a equiparar el derecho de propiedad con el de posesión.

ARTÍCULO 280

En el artículo 280 se indica: *"El derecho de posesión puede adquirirse y ejercerse a nombre propio o de otro"*. Claramente se expresa que la posesión es un derecho que puede ser adquirido, al igual que el derecho de propiedad, y su ejercicio se puede efectuar a nombre propio o ajeno.

6. ARTÍCULOS QUE CALIFICAN LA POSESIÓN COMO UN DERECHO SUSTANTIVO

Los siguientes artículos califican la posesión como un derecho sustantivo; es decir, como aquel que el ordenamiento jurídico le confiere una titularidad al sujeto, ya sea como actor o como demandado. En este caso, como titular de un derecho real.

ARTÍCULO 296

El artículo 296 expresamente dispone:

> *[…] El propietario, el usufructuario, el usuario y cualquiera que **posea** como dueño tiene **el derecho** de obligar a los predios de los dueños confinantes a que concurran a la demarcación de linderos entre su predio y los de ellos haciéndose la demarcación y amojonamiento a expensas comunes.*

ARTÍCULO 302

El artículo 302 *ibidem* equipara el derecho de propiedad a la posesión y agrega: *"todo propietario o **poseedo**r tiene el **derecho** de cerrar su propiedad o posesión con paredes […].*

ARTÍCULO 305

El artículo 305 expresa: *"El propietario y el **poseedor** de cualquier clase que sean, pueden defender su propiedad o posesión repeliendo la fuerza con la fuerza o recurriendo a la autoridad competente"*. Además el propietario y el poseedor tienen el derecho de defensa a través de los interdictos y de la acción publiciana como ha señalado la jurisprudencia citada.

Volver al índice

7. EL CONTENIDO FÁCTICO DEL DERECHO DE POSESIÓN

En consecuencia, no me cabe ninguna duda de que, para nuestro legislador, la posesión es un derecho de contenido fáctico. Es un derecho que, para poder subsistir, necesita el hecho.

Esta tesis no es mía, sino de Hernández Gil, quien señala: "Nuestra tesis (opinable como todas) es que la posesión, aún nutrida del máximo contenido fáctico, puede ser integrada, en la estructura de los derechos, ya que implica una atribución, un poder, y una tutela jurisdiccional"[19].

En el caso de la acción publiciana a la que nos hemos referido anteriormente, se protege el derecho de quien ha ejercido por más de un año la posesión con contenido fáctico, y que no lo pierde frente a quien también lo está ejerciendo con este contenido; pero por un tiempo menor al año.

8. LA POSESIÓN Y EL DERECHO DE POSEER

ARTÍCULO 277

Sin calificar si la posesión es un hecho o un derecho, Brenes Córdoba define el derecho de poseer y nos da un claro concepto del derecho de posesión. Examinemos su definición: "*La facultad de tener bajo su poder o voluntad una cosa, es lo que constituye el derecho de poseer, el cual alcanza efectividad mediante la ocupación o tradición del objeto a que se refiere*". [20]

Comparemos esta definición con la que da el Código Civil de lo que es la posesión, artículo 277: "*El derecho de posesión consiste en la facultad que corresponde a una persona de tener bajo su poder y voluntad la cosa objeto del derecho*".

Esta definición del derecho de posesión coincide con la que Brenes Córdoba describe el derecho de poseer como una facultad de tener bajo su poder y voluntad una cosa. Valga la repetición en aras de la claridad.

1) ARTÍCULO 279: *"Independientemente del **derecho** de propiedad se adquiere el de posesión [...] 2° Por **el hecho** de conservar la posesión por más de un año [...]"*.

Obsérvese que equipara el **derecho** de propiedad al **derecho** de posesión.

2) ARTÍCULOS QUE RELACIONAN EL DERECHO DE POSEER Y EL HECHO DE LA POSESIÓN

A continuación, enumeramos los artículos que se refieren al derecho de poseer en relación con el hecho de la posesión.

3) ARTÍCULOS 279 Y 281

El artículo 281 se relaciona directamente con el artículo 279 cuando señala: "***El hecho** de la posesión hace presumir hace presumir el **derecho** de poseer, mientras otro no pruebe corresponderle ese derecho"*.

La relación resulta evidente. Los dos artículos se refieren al **hecho**, es decir, a la misma situación fáctica de posesión. El primero califica esa posesión como un **derecho** que se independiza del derecho de propiedad por el transcurso de un año.

19 Hernández Gil, Antonio. (1980). *La posesión.* Madrid: Editorial Civitas, S. A, p. 54.

20 Brenes Córdoba, Alberto.(19819) *Tratado de los Bienes,* Editorial Juricentro, S. A. p. 51.

Volver al índice

El segundo solo establece una presunción *juris tantum,* a favor **del hecho**, mientras otro no pruebe lo contrario que es tener **el derecho** de poseer. La posesión está constituida por dos elementos el *corpus y el animus*: tener la cosa bajo su poder y voluntad, el hecho y la intensión. Al menos en Costa Rica, es doctrina que nadie discute.

Pero si ese hecho y esa intención son suficientes para sostener que la posesión es un hecho, es lo que ha dado pie a la discusión. Lo que sostenemos es que estos artículos no dan base para calificar la posesión como un hecho, sino todo lo contrario como un derecho.

Una interpretación lógica de este último artículo nos lleva a la conclusión de que el derecho de poseer califica al hecho como un derecho. El hecho no es posesión, el hecho es el contenido del derecho que puede ser destruido cuando se demuestre la posesión como derecho.

La pregunta que debemos plantearnos es en qué casos se califica ese hecho como derecho. La respuesta es muy sencilla, cuando ese hecho tenga los dos elementos necesarios para la existencia de la posesión: el *corpus* y el *animus*.

La nueva jurisprudencia incluso prescinde del *corpus* y nos habla de una *posesión incorporal*; es decir, una posesión como derecho.

4) ARTÍCULO 280

El artículo 280 indica: "*El* derecho de posesión *puede **adquirise** y **ejercitarse** en nombre propio y en nombre ajeno*".

En primer lugar, es claro que el artículo señala expresamente que la posesión es un derecho. Además, agrega que puede adquirirse ese derecho. Los hechos no se adquieren aisladamente, salvo que exista un derecho que se tenga sobre esos hechos.

En este artículo, encontramos el verbo transitivo ejercer: ejecutar actos propios de un oficio o profesión. Una evidente referencia al hecho, al contenido fáctico de la posesión, es decir, a su ejercicio, a la actividad que puede ser una actividad agrícola, industrial o de comercio, y este artículo califica esa actividad de "derecho de posesión". Nadie ha inventado el hecho de poder ejercitarse por otra persona. Si eso se pudiera hacer, no existirían los gimnasios.

Lo que sí se puede hacer es ejercer un derecho por otra persona como es el caso de la representación.

5) ARTÍCULO 283

El artículo 283 dispone: *"Subsiste **el hecho** de la posesión, mientras dure la tenencia de la cosa o el goce del **derecho** o la posibilidad de continuar una u otra".*

Este artículo se refiere al **hecho** de la posesión, es decir, al contenido fáctico de la posesión y lo señala como la tenencia. Es sabido que tenencia no es posesión, es la simple relación física con la cosa, posesión es algo más que el contacto.

Como indica Hernández Gil, no es algo menos porque es necesaria para que el *animus domini* transforme este hecho en posesión. Luego claramente se refiere a la posesión como derecho, al agregar "o al goce del derecho", la frase siguiente: "*o la posibilidad de que se continúe una u otra", es decir,* la aptitud o facultad para hacer o no hacer algo.

Una aptitud o facultad tiene que estar amparada por el ordenamientos jurídico: el derecho que se tiene de hacer o no hacer algo, porque de otra manera no sería un derecho, sino un hecho ilícito. Pasear por la calle es un hecho puro y simple que no tiene consecuencias jurídicas; pero constituye un derecho de carácter subjetivo, amparado por el ordenamiento jurídico.

Volver al índice

6) ARTÍCULO 284

> *El artículo 284 del Código Civil dispone : "Para que la posesión por más de un año confiera el* ***derecho*** *de poseer es necesario que la posesión sea de buena fe".*

Antes del año, la posesión puede ser de buena o de mala fe, solo se exige una posesión actual o momentánea que es la posesión *ad interdicta,* protegida por los interdictos.
La posesión *ad usucapione* sí requiere como requisito esencial que sea de buena fe, además que sea pública, pacífica y a título de dueño.

El sujeto que tiene la posesión está realizando una actividad sobre la cosa (*animus* y *corpus*), tiene posesión interdictal, pero, si tiene más de un año, es necesario algo más, la buena fe, pero no para convertirla en derecho que ya lo es, sino para darle un derecho de mayor rango, el de la posesión *definitiva o ad usucapione,* porque no adquirirá esa calificación, aunque tenga más de un año, si no tiene de buena fe.

7) ARTÍCULO 285

El artículo 285 señala: "*En todos los casos en que la ley exige* posesión *de buena fe se considera poseedor de buena fe al que en el acto de la toma de* posesión *creía tener derecho de poseer.[…]".*

Obsérvese que el artículo indica: "*En todos los casos en que la ley exige posesión de buena* fe". En sentido contrario, no en todos los casos de posesión, se exige la buena fe, como es la posesión interdictal donde solo se exige que sea actual y momentánea

8. LA POSESIÓN UN DERECHO DE CONTENIDO FÁCTICO

En la posesión, se está ejerciendo una facultad, un derecho de tener bajo su poder y voluntad la cosa que, como explica Savigny, no es solo un hecho aislado, sino *"un estado continuado durante un determinado tiempo; estado que puede ser una actividad sostenida*". Esta actividad es la que ejerce el poseedor, y la inacción puede corresponder al propietario, o a quien no siendo propietario tiene un derecho de poseer[21].

La posesión es, como explica Hernández Gil, un derecho de contenido fáctico que se encuentra protegido por los interdictos por el plazo de un año.

En nuestro país, por un error, el legislador fijó el plazo en tres meses en vez de un año.

Este plazo debe coincidir con el plazo de un año que fija el inciso 2° del artículo 279 del Código Civil citado, el cual señala: "que independientemente del derecho propiedad se adquiere el de posesión: "[…] por el hecho de conservar la posesión por más de un año".

Hernández explicaba en sus clases, cuyos apuntes transcribimos aquí para una mejor comprensión, que el factor de hecho era fundamental en la posesión, pero no agotaba su significado. Constituía la infraestructura del derecho.

Los caracteres propios de los derechos concurren en la posesión del elemento interno o poder sobre las cosas y el elemento externo o derecho. Todos los derechos reales, como su nombre lo indica (del latín *res*, cosa), son un poder sobre las cosas como las servidumbres, el usufructo, la prenda, la hipoteca, etc.

21 Savigny. M. F. C. de t.6. p. 363. Ed. Góngora. Segunda edición. Sin año.

Volver al índice

La diferencia de la posesión con los otros derechos reales es que en la posesión el poder es inmediato. Esta característica no existe en los otros derechos reales. La vinculación del derecho real de posesión con la cosa es evidente. La titularidad y los hechos, tales como ocupación, actividad, trabajos, es decir, el ejercicio del derecho está íntimamente unido.

Se tiene el derecho real y se ejerce el derecho real. El derecho se funda en el ejercicio, y el ejercicio se funda en el derecho. Titularidad y ejercicio son la misma cosa, ejercicio y titularidad también. La espiritualización de la posesión también favorece la tesis de que la posesión es un derecho. Muchas veces se conserva la posesión sin mantener el poder de hecho sobre las cosas. La posesión se conserva sin la repetición del hecho. Este hecho fue necesario para su nacimiento, pero la persona poseedora la mantiene aun cuando su posesión salga de su poder, salvo que quien lo ha despojado dure más de un año. Sin embargo, la persona despojada no pierde esta nueva posesión, si la posesión es mala.

Hernández Gil escribió luego su famoso libro donde justificó con más amplitud su tesis[22] .

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto, sostenemos:

1° Según el Código Civil de Costa Rica, la posesión no es un hecho, sino un derecho real.
2° La posesión es un derecho real de contenido fáctico.

3° Ese contenido fáctico del derecho de posesión no es un hecho aislado, sino un estado continuado durante un determinado tiempo, una actividad sostenida.

22 Hernández Gil, Antonio. (1980). *La posesión*, Madrid.

BIBLIOGRAFÍA

1. Digesto (1972) A. D'Ors, Pamplona, Editorial Aranzadi
2. Digesto (1889) D. Idelfonso, L. García del Corral (1892) Editor Jaime Molinas, Valencia, Número 878l
3. Bry, George, (1912) Nociones de Derecho Romano, Bogotá. Imprenta Electrica
4. Petit, Eugene. (2013). Tratado Elemental de Derecho Romano, México. Editorial Porrúa
5. Arias Ramos, José. (1969). Derecho Romano, Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado
6. Iglesias, Juan. (1958). Derecho Romano, Barcelona, Editorial Ariel
7. Sotela, Rogelio. Notas en Tratado de los Bienes de Córdoba Brenes, Alberto (1981) San José Costa Rica, Editorial Juricentro S.A.
8. Meza, Lázaro Álvaro. (2012). Tratado de la Posesión, Costa Rica, Editorial Isolma
9. Sambrana, Antonio. (2012) Derecho Romano. Anotado y Concordado con la Legislación, Jurisprudencia y Doctrina Costarricense por Jorge Francisco Sáenz Carbonell y Jeffry Antonio Chinchilla Madrigal. Costa Rica, Editorial Isolma
10. Torrealba Navarro, Federico (2019) Principios de Derecho Privado. Costa Rica. Editorial Juricentro
11. Ulate Chacón, Enrique (2009) Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria. Costa Rica, Editorial Cabals.
12. D. Savigni D. F. C. (1875) Tratado de la Posesión Según los Principios de Derecho Romano. Granada, Madrid. Góngora
13. Garcia Valdecasas, Guillermo. La Doble Naturaleza de la Posesión. Anuario de Derecho Civil. (1954 Abril)
14. Hernández Gil, Antonio (1980) La Posesión. Madrid. Editorial Civitas S.A.
15. Brenes Córdoba, Alberto (1981) Tratado de los Bienes. Editorial Juricentro.

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 133, págs 45 - 60 ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICO-LECTORAL DE LOS SACERDOTES: UNA APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano*

RESUMEN

En el presente trabajo, se pretende analizar la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica y del Tribunal Supremo de Elecciones, en cuanto a la participación de los sacerdotes en procesos políticos electorales. También se examinan algunas normas de la Constitución Política de Costa Rica que prohíben la posibilidad del clero de desempeñar ciertos cargos públicos; entre ellos, el de presidente o vicepresidente de la república, ministro de gobierno y magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Palabras clave: política, sacerdote, Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Elecciones.

ABSTRACT

In this work we try to analyze the jurisprudence of the Constitutional Chamber of Costa Rica and the Supreme Electoral Tribunal, regarding the participation, in electoral political processes, of priests. It also examines some norms of the Political Constitution of Costa Rica that prohibits the clergy from holding certain public positions, including that of President or Vice President of the Republic, Minister of Government and Magistrate of the Supreme Court of Justice.

Keywords: politics, priest, Constitutional Chamber, Supreme Electoral Tribunal.

Recibido: 8 de enero de 2022 Aprobado: 17 de Agosto de 2022

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Juez contencioso administrativo.

Volver al índice

Sumario: 1. Introducción. **2.** La configuración del Estado costarricense como confesional. **3.** La participación político-electoral del clero, según la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica y del Tribunal Supremo de Elecciones, así como los alcances de la prohibición contenida en el artículo 28, párrafo 3° constitucional. **4.** Sobre el derecho al sufragio pasivo de los sacerdotes, de acuerdo con la Constitución Política de la República de Costa Rica y la jurisprudencia compartida de la Sala Constitucional de Costa Rica y del Tribunal Supremo de Elecciones. **5.** Conclusiones. **6.** Bibliografía.

1. Introducción

En términos generales, en el presente trabajo, se pretende examinar la participación político-electoral del clero en el ordenamiento jurídico costarricense, teniendo en cuenta, por un lado, los alcances del artículo 75 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, el cual proclama la religión católica, apostólica y romana como la del Estado, es decir, establece un modelo de Estado no laico, sino confesional[1] o tolerante de todas las religiones distintas de la oficial y, por otro, el párrafo 3° del artículo 28 del texto fundamental, el cual expresamente prohíbe "*hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas"*.

El contenido de esta última disposición, como veremos, ha sido desarrollado jurisprudencialmente, tanto por la Sala Constitucional como por el Tribunal Supremo de Elecciones, quien goza de la competencia para conocer, vía recurso de amparo de legalidad, de las violaciones de los derechos políticos electorales.

Pero este desarrollo constitucional no se conforma con suprimir la propaganda política, invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas, sino que, además, establece en sus artículos 131, 2); 142, 3) y 159, 3) la obligación del particular de pertenecer al Estado seglar para poder desempeñarse como presidente o vicepresidente de la república, ministro de gobierno y magistrado de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente y sin ánimo de hacer una enumeración exhaustiva.

Ya veremos que, sobre el tema, tanto el Tribunal Supremo de Elecciones, como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia han interpretado que la obligación de pertenecer al Estado seglar solo excluye a los representantes de la religión católica de desempeñarse en esos cargos públicos, con lo que dicha prohibición no se verifica respecto de las personas representantes de otras confesiones.

Es claro que las creencias religiosas suponen una cierta cosmovisión por parte de quienes la profesan y un posicionamiento ideológico respecto de múltiples temas, con lo que nos parece casi natural que los líderes religiosos pretendan influir sobre el rechazo o adopción de los programas de gobierno de los partidos políticos que existen dentro del espectro.

Sin embargo, aunque la Constitución costarricense proclama un Estado confesional, de manera expresa veda la propaganda política invocando motivos religiosos, lo que supone por parte de los órganos jurisdiccionales con competencia para conocer estos casos una delicada ponderación y un complejo deslinde de las situaciones que vulneran o no esa disposición constitucional.

1 Una propuesta de reforma a esa disposición constitucional ha sido desarrollada en el libro: Orozco Solano, V. (2015). *Laicidad y libertad de religión*. UBIJUS-CEAD-IIDH. Ciudad de México. Se recomienda su lectura.

Volver al índice

En todo caso, en el contexto político costarricense y, sobre todo, en el Parlamento, existen agrupaciones políticas con un marcado componente religioso protestante, con lo que les corresponde tanto a la Sala Constitucional de Costa Rica como al Tribunal Supremo de Elecciones ejercer el control sobre estas alternativas políticas con sumo cuidado, y siempre con la observancia del estrecho margen que supone el respeto de la disposición constitucional y los derechos fundamentales de los particulares, proclamados en la Constitución, como en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables en la república.

2. La configuración del Estado costarricense como confesional

Como se indicó con anterioridad, el artículo 75 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, tras reconocer que la religión católica, apostólica y romana es la del Estado (es decir, una vez que ha configurado un estado confesional), establece que ello no impide el libre ejercicio de la república de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres.

Al respecto, si bien es preciso reconocer que esta disposición se sustenta en el hecho de que la mayoría de los y las costarricenses profesan efectivamente la religión oficial, la católica, no es menos cierto que esta confesión recibe ciertos privilegios que no poseen las demás. También es cierto que, en el escenario costarricense, cada vez son más representativos algunos grupos religiosos, cuyos intereses pueden colisionar con los de la religión oficial.

Por tanto, cada vez es más necesaria la reforma constitucional, de modo que se produzca la separación absoluta entre ambas instituciones, así como impedir que el Estado deba tomar partido en asuntos religiosos.

Cabe mencionar que el texto actual del artículo 75 de la Constitución Política de la República de Costa Rica no es muy diferente del que estuvo vigente con ocasión de la Constitución derogada de 1871, en cuyo artículo 66, se proclamaba que "*la Religión Católica, Apostólica Romana es la del Estado, el cual Contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República, de ningún otro culto que no se oponga a la moral universal ni a las buenas costumbres*", de acuerdo con la modificación que sufrió en 1882, en los términos del

Decreto Ejecutivo N.º 4 del 26 de abril de 1882.

En este sentido, lo que cabe preguntarse entonces es si, con ocasión de la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen al texto constitucional vigente, se discutió o no la posibilidad de abandonar la confesionalidad del Estado costarricense y asumir la opción del Estado laico o del principio de laicidad en todos sus alcances que se caracteriza, como se sabe, por un comportamiento neutro e indiferente con respecto a todas las agrupaciones religiosas, las cuales deberían encontrarse en un mismo plano con respecto al Estado.

Pues bien, en lo que corresponde a la realidad costarricense y, si analizamos las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, vemos cómo los asambleístas prefirieron eludir la discusión acerca de introducir el principio de laicidad en el texto de la Constitución vigente, pese a la iniciativa del diputado Zeledón, en el sentido de modificar el texto del artículo 66 de la Constitución derogada de 1871, por el siguiente, transcrito en lo conducente: "mientras la religión católica, apostólica y romana sea la de la mayoría

Volver al índice

de la Nación (no la del Estado), éste último debe contribuir en su mantenimiento[2]".

En el fondo, se pretendía introducir la idea del Estado laico, al negarse que tuviera una religión, sino más bien la mayoría de la nación.

Además, en esa disposición, se establecía la obligación estatal de contribuir con el mantenimiento de esa confesión, mientras que, en la sociedad costarricense, la religión católica continuara siendo profesada por la mayoría de la ciudadanía.

Sin embargo, y ante la intervención del diputado Montealegre en el sentido de no auspiciar una discusión sobre el particular que podría afectar las buenas relaciones con la Iglesia, a la postre, el texto del artículo 66 de la Constitución derogada de 1871 fue sometido a votación, y la confesionalidad del Estado costarricense se mantuvo incólume.

Pero lo anterior no debe ser entendido, de ningún modo, en el sentido de que esa confesionalidad del Estado costarricense constituye más bien un régimen de confusión entre ambas instituciones (Iglesia y Estado).

Sobre el particular, en la Constitución Política, más bien se establecen algunas limitaciones e, incluso, prohibiciones a los sacerdotes en el sentido de que no deben intervenir en asuntos públicos y políticos, como lo hemos indicado.

En este sentido, lo ideal es que tanto la religión oficial, como las no oficiales se movilicen o realicen sus actividades en un plano de igualdad, a partir de un marco de laicidad en el cual el Estado mantiene un comportamiento neutro o indiferentesobre cualquier agrupación religiosa, con la única obligación de facilitar las condiciones necesarias para que toda la ciudadanía pueda asumir una determinada idea religiosa o prescindir de ella, sin más limitaciones que las provenientes del orden público previsto por ley.

Nótese que esta obligación en modo alguno contraviene los alcances iniciales de la proclamación del principio de laicidad estatal, más bien son una consecuencia necesaria de su adopción.

Por otra parte, este deber de facilitación estatal con respecto a la libertad religiosa luego de haberse proclamado laico es equivalente a otras obligaciones que tiene el Estado con respecto a los demás derechos fundamentales; es decir, de asegurar su disfrute pleno y, de manera universal, a partir de la previa adscripción de dignidad a cada persona viviente.

No obstante, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, como lo hemos visto, fue aprobado como texto del actual artículo 75 constitucional el vigente con motivo de la Constitución derogada de 1871 (es decir, el artículo 66), casi sin ninguna discusión, a parte de la propuesta presentada por el diputado Zeledón, pero que rápidamente fue descartada por la Asamblea Nacional. Así el propio diputado Zeledón lo reconoció en otra sesión (acta n.º 144 de la sesión celebrada por la Asamblea Nacional Constituyente a partir de las 15:00 del 5 de septiembre de 1949), al referirse sobre una comunicación presentada por la Asociación Defensa Nacional de Principios Cristianos, en la que se cuestionaba la iniciativa de introducir,

2 Véase el acta de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, n.º 131, de la sesión celebrada a partir de las 15:00 hrs. del 17 de agosto de 1949, artículo 5°.

Volver al índice

en la Constitución vigente, la educación laica o aconfesional[3].

Sobre este tema, es preciso sin duda recordar la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.º 2023-2010 del 2 de febrero, en la cual se declaró inconstitucional la autorización de la conferencia episcopal para la selección de personal docente en materia de educación religiosa.

En esa decisión, por mayoría, la Sala consideró que el principio de confesionalidad del Estado costarricense "*debe ser objeto de una interpretación y aplicación restrictiva, en cuanto, ineluctablemente, impacta la libertad religiosa en su más pura expresión*".

De este modo, en la sentencia, se insiste en la separación del ámbito religioso del educativo según la Constitución Política vigente, para proclamar la existencia del principio de neutralidad religiosa en el ámbito educativo, de tal forma que se garantice "*el pleno ejercicio y goce de la libertad y la tolerancia religiosa como valor constitucional fundamental que asegura una coexistencia pacífica y armónica del conglomerado social, más aún cuando la realidad muestra una gran diversidad y heterogeneidad religiosa que se ha ido incrementando desde la promulgación de la Constitución de 1949*".

Sin embargo, en los últimos años, se han dado casos en que la Sala Constitucional no desconoce, sino que, más bien, potencia la confesionalidad del Estado costarricense, como son los asuntos de la colocación de imágenes religiosas en la Municipalidad de Montes de Oca (sentencia n.º 2013-1500), la consagración (sentencia n.º 2014-01732), el amparo de la camiseta de la Escuela de Sociología (sentencia n.º 2019-08263) y la objeción de conciencia de los jueces (la sentencia n.º 2020-01619).

3. La participación político-electoral del clero, según la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica y del Tribunal Supremo de Elecciones, así como, los alcances de la prohibición contenida en el artículo 28, párrafo 3° constitucional

Con independencia de las disposiciones del derecho canónico que son aplicables a los sacerdotes, la Constitución Política de la República de Costa Rica no les impide, en forma directa, participar en eventos político-electorales.

En este orden, el párrafo 3° del artículo 28 del texto fundamental solo les prohíbe hacer propaganda política de toda forma a los clérigos o seglares, invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

3 En concreto, el diputado Zeledón señaló: "*El Diputado ZELEDON se refirió a la comunicación anterior, leída por la Secretaría. Expresó que la mencionada comunicación contenía graves amenazas, llegándose a afirmar que, caso de que prospere una tesis determinada en el seno de la Asamblea, esa Asociación iniciará en todo el país un movimiento de desobediencia civil. Añadió que no se justificaban tales amenazas, máxime que la Asamblea en repetidas ocasiones ha dado muestras de su tolerancia, al aprobar, por ejemplo, el artículo sesenta y seis de la Carta del setenta y uno, que establece que la Religión Católica es la del Estado, artículo que se aprobó sin ninguna discusión, y con el cual no estuvo de acuerdo. En esa oportunidad, abogó porque se dijera que la Religión Católica era la de la Nación, pero no la del Estado. En esa ocasión y en otras más hemos transigido, soslayando todo debate que viniera a encender una lucha religiosa, inconveniente para el país en los actuales momentos. Pero ahora la situación es distinta. Lanzan amenazas audaces, sin que ninguna de las mociones presentadas sobre la Educación se refiera a la enseñanza laica o religiosa. No es posible contestar una comunicación redactada en términos ofensivos. Una actitud contraria, sería indigna de los hombres libres de esta Asamblea. Finalmente el señor Zeledón presentó moción para que la comunicación leída de la Asociación Defensa Nacional de Principios Cristianos, dirigida a la Asamblea en general y a los Diputados que la componen en particular, no sea contestada en razón de las muy graves amenazas que contiene*".

Volver al índice

Sobre el tema existe un consenso, tanto en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica como en la del Tribunal Supremo de Elecciones, en el sentido de que el segundo órgano jurisdiccional, por tratarse de materia político-electoral, es a quien le corresponde, vía amparo de legalidad u otro mecanismo, la vigilancia, salvaguardia y tutela de esa disposición constitucional.

Así, por ejemplo, en la sentencia n.º 2011-00776 del 21 de enero, en un curso de amparo que se interpuso contra el Tribunal Supremo de Elecciones, contra un acto de este último, en el cual se denegó el reclamo planteado por la parte actora, en el sentido de que existe una estructura paralela religiosa en los partidos políticos con un componente religioso protestante, la Sala Constitucional señaló:

> *De la lectura del libelo de interposición de este amparo y la documentación que lo acompaña, se colige que más que objetar una presunta omisión del accionado, el recurrente en realidad está disconforme con el contenido de la resolución N° 4709-E1-2010 de las 12:10 horas del 1° de julio de 2010 (folio 11). Como la actuación que se estima contraria al Derecho de la Constitución es un acto del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral, es improcedente que esta Sala se pronuncie sobre los extremos alegados en el recurso, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, esos actos no están sometidos al control de constitucionalidad por vía de amparo. En todo caso, si el afectado realmente estimaba que lo resuelto por el Tribunal accionado era omiso u oscuro, debió solicitar oportunamente una adición o aclaración ante el propio recurrido. En consecuencia, el recurso es inadmisible y así se declara.*

Este criterio fue reiterado por la Sala Constitucional en la sentencia n.º 2018-00901 del 19 de enero:

> *I.- OBJETO DEL RECURSO. La recurrente presenta un recurso de amparo contra el candidato a la Presidencia de la República Fabricio Alvarado Muñoz, y el Partido Restauración Nacional, por cuanto considera que durante este proceso electoral el recurrido ha utilizado una propaganda con preceptos religiosos, cooptando voluntades de los costarricenses. Acusa que la información que reciben los votantes está sesgada y el plan de gobierno del Partido Restauración Nacional violenta los principios constitucionales de Costa Rica y los derechos humanos garantizados en la Convención Americana, lo que priva a los ciudadanos del ejercicio limpio del proceso que conlleva el sufragio. II.- SOBRE LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO. La acusa que en la campaña política del Partido Restauración Nacional, se ha utilizado propaganda religiosa lo cual considera va en contra de los principios constitucionales y los derechos humanos garantizados en la Convención Americana. Sin embargo, la protección de derechos fundamentales de tenor electoral ha sido confiada por el Constituyente al Tribunal Supremo de Elecciones (artículos 102 y 103 de la Constitución Política) y, precisamente, en desarrollo de tales competencias constitucionales, se dictó el Código Electoral, Ley No. 8765 de 19 de agosto de 2009, en el cual, se indica, expresamente, en el artículo 12, inciso e), que le corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones «garantizar, mediante el recurso de amparo electoral, el ejercicio de los derechos electorales previstos en la Constitución Política y los tratados internacionales vigentes en Costa Rica, la*

Volver al índice

> *ley, los reglamentos y los estatutos de los partidos políticos para el caso concreto, con motivo de la actividad electoral», siendo que, el procedimiento del recurso de amparo electoral se reguló en los artículos 225 y siguientes del mismo cuerpo normativo. Dicho instrumento es considerado un mecanismo procesal para la tutela efectiva de los derechos y las libertades de carácter político-electoral y procede «contra toda acción u omisión, incluso, contra simple actuación material que viole o amenace violar cualquiera de los derechos, cuando el autor de cualesquiera de ellas sea un partido político u otros sujetos, públicos o privados, que de hecho o de derecho se encuentren en una posición de poder susceptible de afectar el ejercicio legítimo de los referidos derechos». De este modo, al interpretarse que, en el caso concreto, se procura la tutela de derechos de índole o repercusión electoral, queda clara la falta de competencia de esta Sala». (Véanse, en el mismo sentido, las sentencias de la Sala Constitucional n.º 2018-02626 del 16 de febrero y n.º 2018-05285 del 3 de abril).*

Ahora bien, en lo que atañe al Tribunal Supremo de Elecciones, en la sentencia n.º 2007-E-1948 del 11 de agosto, en la cual se conoce la consulta planteada por los señores Mario Varela Martínez y Ronald Solano Pérez, sobre la aplicación del artículo 28 de la Constitución Política al proceso de referéndum, se dispuso en lo conducente:

> *no existe prohibición, constitucional ni legal, que impida la participación activa de clérigos en los procesos de referéndum*" y, también, entre otras cosas "*toda persona sea clérigo o seglar, tanto en los procesos electivos como en los consultivos como el de referéndum, está impedida de realizar propaganda política invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.*

Así, en este pronunciamiento, se desarrolla la distinción entre clérigo y seglar de la siguiente manera:

> *En efecto, al revisar los conceptos que utilizó el constituyente para establecer quienes tenían prohibición de realizar ese tipo de propaganda (clérigos o seglares), no cabe duda que incluyó a todas las personas, pues, según el Diccionario de la Real Academia Española en su vigésima segunda edición (2001) la palabra "seglar", como segunda acepción, significa: "Que no tiene órdenes clericales"; por su parte, al revisar el término "clero" en aras de precisar el significado de "órdenes clericales", la Real Academia estipula: "1.m. Conjunto de los clérigos. 2.m. Clase sacerdotal en la Iglesia católica." (ver en el mismo sentido resolución número 0566-E-2005 de las 09:35 horas del 10 de marzo del 2005). De esta forma, respetando las acepciones transcritas y acudiendo a una interpretación literal de la norma, clérigos serán las personas que forman parte de clase sacerdotal de la Iglesia Católica y seglares las personas que no pertenecen a esa clase.*

Por otro lado, en lo que respecta a la participación de los clérigos en las actividades político-electorales, en esta sentencia, se indicó:

> *En este sentido, la Constitución Política, estableció restricciones a ese derecho de participación, en su forma activa, para los clérigos, pues la pertenencia al estado seglar constituye, junto con otros, un requisito para quienes pretendan ser Presidente o Vicepresidente de la República (artículo 131, inciso 2), Ministros de Gobierno (artículo 142, inciso 3), Magistrados de la Corte*

Volver al índice

> *Suprema de Justicia (artículo 159, inciso 3) y Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones (remisión del artículo 100 al numeral 159). Sin embargo, hay otros cargos, como el de Diputado de la República, para los cuales la Constitución Política no exige ese requisito, por lo que un miembro de la clase sacerdotal de la Iglesia Católica, bien podría postularse al cargo de Diputado de la República. Recientemente, este Tribunal, al realizar un repaso de lo discutido en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente del por qué ese requisito no se incluyó para el cargo de Diputado de la República, en resolución número 0566-E-2005 de las 09:35 horas del 10 de marzo del 2005, citó el siguiente extracto de la discusión, según el cual, en criterio del constituyente: " no existía ningún peligro para que los sacerdotes formaran parte de una Asamblea Legislativa, integrada por cuarenta y cinco diputados. En cambio, la prohibición se justifica en el caso del Presidente o de los Ministros" (el subrayado no es del original). De manera que, en lo que respecta a las prohibiciones para intervenir en los procesos electorales, por parte de los clérigos, no cabe duda que debe imperar lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Política según el cual todos los costarricenses "[...] tienen derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, ya sea para negocios privados o para discutir asuntos políticos y examinar la conducta pública de los funcionarios". En consecuencia, constitucionalmente, no existe prohibición alguna para que los clérigos participen en las actividades electorales; sin embargo, se hace ver que, tal y como se indicó, ese derecho fundamental a la libertad de participación política, no es absoluto, por lo que podría ser limitado por una ley.*

De lo anterior se deduce que no existe, en principio, ninguna restricción para los clérigos de participar en los procesos político-electorales, salvo lo que atañe a su nombramiento en alguno de los puestos *supra* referidos, en los cuales se exige que la persona que se va a designar pertenezca al estado seglar.

También se debe tener en cuenta la prohibición contenida en el artículo 28, párrafo 3° constitucional, en el sentido de que no se debe realizar propaganda política invocando motivos religiosos.

Por su parte, en la sentencia n.º 2010-E1-3281 del 3 de mayo, el Tribunal Supremo de Elecciones conoció un recurso de amparo electoral promovido por varios ciudadanos contra el señor José Francisco Ulloa Rojas, en su condición de obispo católico destacado en la provincia de Cartago. En esa oportunidad, los recurrentes alegaron que:

> *en la homilía del día domingo 6 de setiembre de 2009, durante la actividad religiosa conocida como "la pasada de la Virgen" pronunciada en la catedral de la ciudad de Cartago, hizo un llamado directo a los ciudadanos a no votar por los candidatos que estén en contra de lo que su fe religiosa y creencias dictan [...] el fragmento específico de la homilía del señor Ulloa que consideran violatorio de las normas referidas es el siguiente: "Estamos frente a una **campaña política**, en donde debemos escoger muy bien a quienes nos van a gobernar. Candidatos que niegan a Dios y defienden principios que van contra la vida, contra el matrimonio y contra la familia. Ya los estamos conociendo. Por lo tanto, **debemos ser coherentes con nuestra fe y en conciencia no podemos darles el voto**"; **[…]** como obispo de la Iglesia católica, el señor Ulloa se encuentra en una posición de poder susceptible de afectar el ejercicio libre de los derechos electorales de las y los ciudadanos, dado que su recomendación electoral la emite*

Volver al índice

> *en el contexto de una actividad religiosa importante para el pueblo " haciendo múltiples referencias a figuras de carácter divino dentro de su religión, como Jesús y la Virgen de los Ángeles"; […] en la homilía, el señor Ulloa emite opinión negativa del proyecto de ley número 17.511 para reformar los artículos 75 y 194 de la Constitución Política y lo califica como contrario a la institución a la cual él representa (la Iglesia católica) y sus creencias. "En su opinión (la cual no compartimos) las y los diputados proponentes pretenden "borrar el nombre de Dios de nuestra Constitución Política y posiblemente eliminarlo de toda institución pública" (cita textual). Estas palabras, seguidas del ya mencionado llamado a no darle el voto a candidatos, que en su opinión personal, "niegan a Dios" constituyen a nuestro criterio, un acto que coarta la libre decisión de las personas a la hora de emitir su voto", entre otros argumentos.*

De este modo, el Tribunal Supremo de Elecciones declaró con lugar el recurso de amparo y consideró vulnerado el artículo 28, párrafo 3° de la Constitución Política. En esa oportunidad, se ordenó al recurrido que, en lo sucesivo, se abstuviera de hacer llamados a no votar por candidatos o candidatas que, a su juicio, no compartían los valores de la fe católica.

Por otro lado, en la sentencia n.º 2013-E1-4732 del 25 de octubre, el Tribunal Supremo de Elecciones conoció el recurso de amparo electoral promovido por los señores Rolando Hidalgo Ramírez, Luis Roberto Zeledón Arias y Mario Alfaro Rodríguez, quienes alegaron que eran militantes del Partido Acción Ciudadana contra la Iglesia católica. En esa ocasión, se alegó que:

> *la Iglesia Católica –al emitir el documento "Rehabilitar la política"– sobrepasó los límites que establecen los artículos 28 de la Constitución Política y 136 del Código Electoral. Puntualmente, los gestionantes consideran que esa conducta de la Conferencia Episcopal costarricense lesiona la libre determinación del votante.*

En esa oportunidad, la Magistratura Electoral reiteró el criterio sostenido en la decisión n.º 3281-E1-2010, en cuanto a que la restricción contenida en el artículo 28 constitucional, respecto de la participación política de la Iglesia católica, tenía como finalidad "*erradicar* […] *cualquier pasión religiosa que pudiese afectar las voluntades de los ciudadanos en el ámbito político-electoral*". En ese tanto, su inobservancia por parte del clero constituía una influencia ilegítima en detrimento de la libertad del sufragio como derecho fundamental.

Sin embargo, en ese mismo precedente, ese colegiado también precisó que la Iglesia católica, en su carácter de preeminente actor social, tenía la posibilidad de "[…] *tomar posición sobre los problemas sociales del país, así como predicar la fe con auténtica libertad, enseñar su doctrina social, ejercer una misión terrenal sin traba alguna y dar juicio moral, incluso, en materias referentes al orden público y otras de su interés […]*".

De esta forma, tras analizar el texto difundido por la Conferencia Episcopal, el Tribunal Supremo de Elecciones sostuvo lo siguiente:

> *De una lectura pormenorizada del documento denominado: "Rehabilitar la política. Algunos criterios éticos para iluminar el proceso electoral y la vida democrática", suscrita por la Conferencia Episcopal de Costa Rica el 7 de octubre de 2013, este Tribunal considera que en ninguno de sus apartados existen exaltaciones favorables a una tendencia política concreta o que, de otra parte, busquen diezmar*

Volver al índice

> *el apoyo a una agrupación específica; conductas que sí serían reprochables, en el tanto supondrían una ventaja indebida por la influencia que puedan ejercer los prelados sobre su feligresía. De otra parte, las reflexiones de los señores Obispos se limitan a explicitar su postura frente a temas puntuales de la realidad nacional, para lo cual se sirven apoyarse en citas de documentos relacionados con la doctrina social de la Iglesia (entre otras, ver citas al pie del documento n.° 4, 9, 10, 23, 25 y 26), ejercicio comedido de su libertad de acción, según lo delimitara esta Autoridad Electoral en la citada resolución n.° 3281-E1-2010. Por último, se descarta que exista una orden expresa de los integrantes de la Conferencia Episcopal, en la que utilicen su autoridad eclesial, tendiente a influir en la determinación de los votantes católicos. De manifestaciones como "[…] los electores contarán con otros elementos de juicio en el análisis de las propuestas políticas y podrán discernir, personal y comunitariamente […]" (página 6 del documento), este Colegiado concluye el carácter puramente informativo del texto de la Conferencia Episcopal. "Rehabilitar la política" comporta una serie de apreciaciones que, a criterio de los señores Obispos, se deben tomar en consideración al momento de evaluar la oferta política de cara al proceso electoral de febrero de 2014, mas deja que sean los propios feligreses, quienes -de manera libre, espontánea y alejados de cualquier orientación religiosa- escojan a su propios gobernantes.*

Así, en esta ocasión, el recurso de amparo electoral fue desestimado. Nótese que, al comentar los alcances de las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo de Elecciones en esta materia, lo difícil que ciertamente resultaba determinar cuándo la autoridad religiosa desbordaba los límites de la prohibición constitucional.

En todo caso, es claro que no se puede actuar de manera tajante, y que las distintas confesiones religiosas gozan del derecho de difundir sus creencias y sus posiciones respecto de las distintas situaciones de la realidad nacional, sin indicar o favorecer, de manera expresa, algún partido político o persona candidata presidencial. Lo mismo ocurre con respecto al cargo de diputado o diputada, habida cuenta de que son estos quienes emiten las leyes en el Parlamento e, incluso, pueden reformar, en forma parcial, el texto fundamental.

Ahora bien, en la sentencia n.º 2014-E1-786 del 27 de febrero, el Tribunal Supremo de Elecciones declaró con lugar un recurso de amparo electoral promovido, entre otros, contra la Federación Alianza Evangélica Costarricense por la difusión de un mensaje en el periódico *La Nación* del 27 de enero de 2014, en el cual, mediante un lenguaje que mezclaba términos propios de la actividad político-electoral y expresiones religiosas, se incitaba a la comunidad evangélica a votar por los partidos políticos que mantuvieran posiciones coincidentes con las enseñanzas de *La Biblia* en los temas de aborto y matrimonio entre personas del mismo sexo y a no votar por aquellos con posiciones disidentes. En esa oportunidad, se ordenó al recurrido que se abstuviera de acciones como las que dieron lugar a la estimación del recurso.

Finalmente, en la sentencia n.º 2018-E1-2074 del 5 de abril, el Tribunal Supremo de Elecciones desestimó un recurso de amparo promovido contra el señor Carlos Alvarado Quesada, candidato a la Presidencia de la República por el Partido Acción Ciudadana y esa agrupación política. En concreto, se alegó que:

> *todas las entrevistas, debates, plazas públicas y demás medios de campaña utilizadas por el Partido Acción Ciudadana, sus representantes y en especial su*

Volver al índice

> *candidato, de forma recurrente han afirmado que con respecto al tema religioso, ellos van a reformar la Constitución Política, para convertir a Costa Rica en un Estado Laico" (folio 2), declaraciones que, sumadas a la propuesta partidaria sobre la "neutralidad del Estado en materia religiosa", atentan contra lo previsto en los numerales 28, 75 y 194 del Texto Político Fundamental.*

En esta oportunidad y tras analizar lo que se entendía por propaganda política en los términos del artículo 28, párrafo 3° de la Constitución Política, se estimó que el estatuto y el plan de gobierno de una agrupación política no constituían elementos propagandísticos; al contrario, "*son documentos en los que se consigna la propuesta programática e ideológica del partido, así como las acciones y políticas públicas por emprender en un eventual gobierno suyo".*

En efecto, el Tribunal Supremo de Elecciones reiteró el criterio sostenido en la decisión n.º 2013-E1-567 del 31 de enero, en la cual se indicó:

> *[…] los partidos políticos gozan de amplia autonomía para definir su orientación política y principios doctrinarios, así como regular su estructura y funcionamiento interno y no podría el Estado ejercer válidamente su competencia reguladora en cuestiones de apreciación política, como el programa del partido o sus concepciones políticas. Ello implica que no cabe ningún control sobre la visión política o el contenido ideológico de su propuesta la que queda a entera disposición de los interesados que lo conforman, claro está, con los límites y condiciones que la jurisprudencia ha delineado. En todo caso no debe olvidarse que el estatuto no es un elemento de propaganda sino un documento accesible para quien tenga interés en conocer de la propuesta programática de la agrupación.*

Finalmente, el Tribunal Supremo de Elecciones señaló, en ese caso, que la mención a propuestas sobre reformas normativas para impulsar el Estado laico no era otra cosa que planes de política pública por implementar. Este posicionamiento no lesionaba las prerrogativas ciudadanas: si un elector, practicante de un credo específico o no, discrepaba de tales acciones, bien podía cuestionar al candidato o, finalmente, no darle su apoyo. Esas afirmaciones en los contenidos de la oferta política no exaltaban ni se valían de las emociones religiosas, únicamente exponían una hoja de ruta gubernativa.

4. Sobre el derecho al sufragio pasivo de los sacerdotes, de acuerdo con la Constitución Política de la República de Costa Rica y la jurisprudencia compartida de la Sala Constitucional de Costa Rica y el Tribunal Supremo de Elecciones

Sobre la participación del clero en cargos públicos, la sentencia emblemática en esta materia es, sin duda, la n.º 2014-18643 del 12 de septiembre, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se impugnó el nombramiento del señor Melvin Jiménez Marín como ministro de la Presidencia (adoptado mediante el Acuerdo Presidencial número 001–P del 8 de mayo de 2014, publicado en el Alcance digital n.º 15 de *La Gaceta* n.º 88 del 9 de mayo de 2014), por vulnerar los artículos 33, 75 y 142, inciso 3) de la Constitución Política, al considerar que, por su condición de obispo de la Iglesia luterana, no pertenecía al Estado seglar, requisito exigido por la Carta Magna para ocupar ese cargo.

En esa ocasión, la Sala Constitucional advirtió que se:

Volver al índice

> *dirime […] un caso novedoso, pues es la primera vez, desde que se promulgó la Constitución de 1949, que la designación de un ministro de gobierno se cuestiona ante la Justicia Constitucional, por medio de la acción de inconstitucionalidad, aduciéndose el incumplimiento de una de las condiciones estipuladas en la Carta Fundamental. Es también complejo, porque el requisito que se alega inobservado atañe a la interpretación de la condición de seglar, por contraposición a la de clérigo; repercutiendo, al mismo tiempo, sobre el acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad. Por ello, si bien existe un voto de toda conformidad, en los términos en que lo exige el artículo 10 de la Constitución Política y de acuerdo con la definición establecida en el artículo 170 del Código Procesal Civil, que declara sin lugar la acción, por mayoría absoluta de los miembros de la Sala, se plasman de seguido las razones básicas sobre las cuales se fundamenta tal desestimatoria, sin perjuicio de los matices que se acotan en las razones adicionales y separadas suscritas individualmente.*

En esa oportunidad, la Sala Constitucional desarrolló los alcances del artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales proclamaban el acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad. También se indicó, en esa sentencia, la obligación de la Sala Constitucional de aplicar el control de convencionalidad y el *corpus iuris* interamericano, en el marco de sus competencias procesales, en los términos en que han sido realizados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, en lo que atañe, estrictamente, al requisito constitucional de pertenencia al Estado seglar, la Sala Constitucional precisó:

> *Como se indicó supra, existe un principio fundamental de la hermenéutica ius constitucional, recogido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido que toda limitación de un derecho fundamental debe interpretarse de forma restrictiva. El ordinal 142 de la Constitución, al consagrar los requisitos a cumplir para poder fungir como Ministro en el Poder Ejecutivo, indudablemente establece una restricción del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos; por consiguiente, dichas condicionantes, atendiendo al principio favor libertatis, deben ser entendidas en el sentido que menos limite la posibilidad de las personas de acceder a ese tipo de cargos, omitiendo hacer una aplicación extensiva a supuestos que el Constituyente Originario no previó. Ya el Tribunal Supremo de Elecciones, en sus resoluciones No. 0566–E–2005 de las 09:35 hrs. de 10 de marzo de 2005 y No. 7504–M–2012 de las 13:40 hrs. de 19 de octubre de 2012, hizo ver que al discutirse los alcances del vocablo "seglar" en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, que dio pie a la promulgación de la actual Constitución, hay una tendencia a identificarlo históricamente con la clase sacerdotal y religiosa de la Iglesia Católica (acta n.º 65). Sin embargo, el método subjetivo o voluntarista no conduce a una solución concluyente, por lo cual, echando mano al método literal gramatical, con base en la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española, se indica para la palabra "seglar", como segunda acepción: "Que no tiene órdenes clericales"; y para el vocablo "clero": "2.m. Clase sacerdotal en la Iglesia católica.". De este modo, resulta claro que la inteligencia restringida de lo clerical atañe solamente a los religiosos de la Iglesia Católica y, en atención a las*

Volver al índice

> *consideraciones de convencionalidad ya indicadas, relacionadas con el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, así como a la interpretación necesariamente restrictiva de las limitaciones a los derechos humanos, es la solución por la cual debe optar la Sala.*

De esta manera, al interpretarse en su connotación literal el término seglar, en el sentido de que solo excluye a los obispos y sacerdotes de la Iglesia católica de la participación en esos cargos públicos, la Sala Constitucional no consideró inconstitucional el nombramiento del señor Melvin Jiménez como ministro de la Presidencia.

Al respecto, sin duda son relevantes y destacables los matices que los distintos magistrados y magistradas de la Sala Constitucional introducen en sus decisiones; en particular, las razones adicionales del magistrado Castillo Víquez, cuyo comentario excede los propósitos de este trabajo.

También es preciso resaltar los alcances de los votos de minoría, entre ellos el del magistrado Rueda Leal, quien rechazó de plano la acción, así como el de la magistrada Hernández López y el del magistrado Salazar Alvarado, quienes consideraron que no cabía, en la especie, la aplicación literal del término seglar, en las condiciones que ha sido desarrollado por el Tribunal Supremo de Elecciones y que, al efecto, lo que correspondía era interpretar la norma y la prohibición, según los criterios de la Asamblea Nacional Constituyente, de donde se deducía que la restricción iba dirigida a todo representante oficial de cualquier religión, más allá del clero católico. Al respecto, al comentar las implicaciones de la restricción constitucional, en este último voto salvado, se dispuso:

> *De tal modo, asegurar la seglaridad de los funcionarios del Estado, en el tanto en que busca que las autoridades religiosas no ostenten también el poder estatal, no podría entonces nunca ser vista como una limitación a los derechos fundamentales, si más bien, resulta ser una garantía sine qua non para darles vida y efectividad. Por ello, no puede ser visto sino como un mecanismo de aseguramiento, una garantía del más alto rango que siempre debe mantenerse operativa, como prerrequisito para el efectivo ejercicio de las libertades de conciencia y pensamiento, ambas tan esenciales a los sistemas de libertades de Occidente como contrapuestas a la dinámica de las organizaciones religiosas. Imposible resulta, en tales condiciones, asumir que se trata de una simple limitación de derechos fundamentales, cual si se tratase de un obstáculo para el logro de sus fines por parte de las personas, pues más bien es un presupuesto necesario para la existencia misma de un Estado democrático, como sucede, por ejemplo con la separación de poderes (artículo 9 Constitucional). Con tales antecedentes, cabe entender que al momento de establecer la condición de seglaridad, para ciertos cargos, incluido el de Ministro de Estado, el Constituyente originario era plenamente consciente de toda la doctrina liberal que apunta a la prohibición de acceso a los más altos cargos en el Ejecutivo y el Judicial a clérigos de cualquier denominación religiosa, como garantía contra la influencia de*

Volver al índice

las jerarquías religiosas en general, y no solo la católica, en las labores del Estado Costarricense[4].

5. Conclusiones

En el desarrollo de este trabajo, se ha podido concluir lo siguiente:

1. La Constitución Política de la República de Costa Rica, en modo alguno, veda la posibilidad de los sacerdotes de participar en los procesos político-electorales. Al respecto, se debe tener en consideración lo contemplado en el artículo 28, párrafo 3° constitucional, el cual les prohíbe a clérigos y seglares difundir propaganda política invocando motivos religiosos.

2. Tanto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia como el Tribunal Supremo de Elecciones comparten el criterio de que la aplicación de la prohibición *supra* referida es materia que le atañe, con exclusividad, al segundo, vía recurso de amparo electoral, así como mediante el ejercicio de otros mecanismos que están regulados en el Código Electoral. De esta forma, el TSE ha desarrollado los alcances de esa normativa.

4 En resumen: en ese voto particular se afirma que: "*1.- Es un hecho no controvertido, que el Ministro Jiménez Marín, no pertenece al estado seglar, pues todas las posiciones -con excepción de la que rechaza de plano este recurso-, se centran en dar explicaciones de fondo sobre la interpretación que se le debe dar al concepto de seglar, o de si se trata de una limitación inconvencional, o de si requiere una regulación nueva el texto constitucional, pero ninguna, tiene al Ministro Jiménez Marín, perteneciente al estado seglar, requisito esencial para el ejercicio del cargo, según lo establecía el texto del artículo 142, inciso 3), de nuestra Constitución Política. 2.- A pesar de las múltiples versiones en diversos sentidos, (y hasta en forma contradictoria), dadas por el Presidente y la Asociación Iglesia Luterana, primero, en el sentido de que sí es Obispo pero con dispensa; luego de que no es Obispo porque sin que nadie lo hubiera así advertido -ni él mismo-, se le había vencido el plazo de nombramiento -incluso antes de ser nombrado Ministro de Gobierno-; o de la versión que señala que aún siéndolo y tener la potestad de impartir sacramentos, ser presbítero y jurar fidelidad apostólica y acatamiento a los Lineamientos de la Asociación Iglesia Luterana, queda comprobado, fuera de toda duda, que el Ministro Jiménez Marín no pertenece al estado seglar y, además de lo anterior, forma parte de una organización religiosa, circunstancias que son opuestas al denominado concepto de estado seglar, según la intención del Constituyente que se extrae de las actas supra referidas. 3.- El Constituyente originario estableció una limitación clara y expresa en el artículo 142, inciso 3), a un Presidente de la República para impedir el nombramiento como Ministro de Gobierno, de personas ajenas al estado seglar. Es cierto que en el momento histórico que se aprobó la norma Constitucional la religión predominante era la Católica, pero el informe de la Procuraduría General resulta convincente sobre la expresada intención del Constituyente -en el caso de Ministros de Estado, Presidentes, Magistrados por ejemplo-de establecer una garantía institucional de separar toda influencia religiosa del cargo en general. Abona a esta tesis el hecho que en la Asamblea Constituyente se hablara expresamente de la "poderosa influencia" de los prelados y con ello se hace referencia al hecho de que la religión, en general –es decir no sólo la católica-, opera sobre las conciencias de las personas, razón por la cual se exigió la seglaridad como garantía institucional en protección de la libertades públicas, en particular de la de pensamiento. 4.- En cuanto a la supuesta aplicación del artículo 23, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para desestimar la acción planteada, es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha señalado que la Convención tiene valor superior a la Constitución costarricense -cuando da mayores derechos fundamentales que la Constitución-, pero ello ha sido cuando existe un vacío en la Constitución Política, que es necesario integrar con la Convención, pero nunca como un derecho oponible frente a una garantía institucional expresamente recogida en una norma originaria, la cual fue impuesta no con un animus discriminatorio que afecte la dignidad humana de un grupo de personas o persona, sino como instrumento esencial de protección del propio sistema político para evitar la concentración de poder en este caso, en un puesto de relevancia especial en un régimen presidencialista como el nuestro, capaz de afectar derechos fundamentales del sistema democrático. 5.- La Convención Americana no puede interpretarse nunca en contra de una limitación que funciona como garantía institucional, esencial al propio sistema democrático que ella busca promover, tal y como lo ha señalado tanto la jurisprudencia de esta Sala en la sentencia 2013-12801, como la interpretación que hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia "Castañeda Gutman vrs. México". 6.- Finalmente, aún si la hipótesis de que existe una contradicción entre la norma originaria de la Constitución y la Convención fuese cierta (contradicción que no existe desde nuestro punto de vista), la Sala no tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de normas originarias de la Constitución, según lo ha reconocido la propia jurisprudencia de la Sala (ver 9980-2004), por lo cual, siendo la voluntad expresa del Constituyente originario, establecer esa limitación como garantía del sistema político, nuestro deber y obligación es respetar esa intención original, frente a la cual resulta irrelevante si esa garantía tiene vigencia o no –o si merece ser modificada como en otras latitudes-, porque el competente para hacerlo es la Asamblea Legislativa en su función constituyente y no esta Sala, vía interpretación en respeto al principio de división de poderes*".

Volver al índice

3. En sus artículos, 131, 2); 142, 3) y 159, 3), la Constitución Política de la República de Costa Rica establece la obligación del particular de pertenecer al Estado seglar, para poder desempeñarse como presidente o vicepresidente de la república, ministro de gobierno y magistrado de la Corte Suprema de Justicia. A partir de un control de convencionalidad que incluye la aplicación de los artículos XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tales disposiciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera restrictiva y literal, en el sentido de que solo excluyen a los representantes de la Iglesia católica de ocupar esos cargos.

   Así lo interpretó la Sala Constitucional en la sentencia n.º 2014-18643 del 12 de septiembre, en la cual se impugnó el nombramiento del señor Melvin Jiménez Marín, como ministro de la Presidencia. Esta es, sin duda alguna, la sentencia emblemática del Tribunal Constitucional en esta materia.

4. Finalmente, debemos insistir en la necesidad de reformar el artículo 75 de la Constitución Política, el cual proclama un Estado confesional, tolerante para introducir el principio de laicidad o de neutralidad religiosa. Lo anterior no debe ser entendido como un ataque a los diversos credos religiosos, como sería la implementación de una connotación combativa del principio de laicidad, sino, al contrario, debe asegurar que todas las religiones y los y las particulares puedan hacer ejercicio, en forma plena e igualitaria, de su libertad religiosa en los términos en que ha sido proclamada por diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

6. Bibliografía

En la elaboración de este trabajo, se han revisado las siguientes referencias bibliográficas:

- Dammert, J. (1962). *El sacerdote y la política*. "El amigo del clero".
- Díaz Dominguez, A. (2006). *La regulación religiosa en la materia electoral mexicana: una explicación alternativa sobre sus diferencias*. "Economía, sociedad y territorio". Volumen 6, n.º 22.
- Hernández Labbé, M. (2016). Sacerdocio y política: fragmentos del debate político-intelectual en torno a cristianos por el socialismo. *Revista de Historia.* Volumen 23, n.º 2.
- Laje, E.. *El sacerdote y la política*. "Estudios", n.º 113.
- Legorreta Díaz, M. (2015). *Religión, política y guerrilla en Las Cañadas de la Selva Lacandona***.** Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades. UNAM, México.
- Moreno Seco, M. (2002). Creencias religiosas y política en la dictadura franquista, Pasado y Memoria. *Revista de Historia Contemporánea*. N.º 1.
- Orozco Solano, V. (2015). *Laicidad y libertad de religión*. UBIJUS-CEAD-IIDH. Ciudad de México.
- Ortiz Zúñiga, P. (1972). *Sacerdote y política en la Asamblea Conjuta*. "Proyección teología y mundo actual". N.º 79.

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 133, págs 61 - 81 ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

LA INCIDENCIA DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES EN LA APRECIACIÓN PROBATORIA: ¿UNA "MANZANA DE LA DISCORDIA" EN EL PROCESO CIVIL COSTARRICENSE?

Dr. Luis Mariano Argüello Rojas*

RESUMEN

La presente investigación determina las implicaciones que produce la conducta procesal de las partes a nivel de la apreciación (interpretación y valoración) del acervo probatorio. Así, se proyecta un sintético recorrido por los fundamentos "moralizantes" que dan cabida al deber de colaboración de las partes en el proceso civil para luego sustentar (desde un plano no exento de críticas) las diversas clasificaciones de las cuales se ha servido la doctrina procesal para intentar fijar teóricamente la incidencia que genera tal conducta a la hora de juzgar el mérito de los casos. Finalmente, se proyectan algunas situaciones prácticas que ejemplifican la fecunda utilidad y la sentida importancia de la categoría procesal en estudio.

Palabras clave: tutela judicial efectiva, debido proceso, derecho de defensa, valoración de la prueba, abuso procesal.

ABSTRACT

This research determines the implications produced by the procedural conduct of the parties at the level of appreciation (interpretation and assessment) of the body of evidence; thus, a synthetic tour of the "moralizing" foundations that make room for the duty of collaboration of the parties in the civil process is projected to then support (from a level that is not exempt from criticism) the various classifications that the procedural doctrine has used to try to fix theoretically the incidence generated by such behavior when judging the merit of the cases. Finally, some practical situations are projected that exemplify the fruitful usefulness and heartfelt importance of the procedural category under study.

Keywords: effective judicial protection, due process, right of defense, assessment of evidence, procedural abuse.

Recibido: 29 de abril de 2022 Aprobado: 17 de agosto de 2022

* Doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia. Máster en Administración de Justica Enfoque Sociojurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica (UCR). Es licenciado en Derecho con énfasis en Derechos Humanos por la UCR Correos electrónicos: luis.arguellorojas@ucr.ac.cr / arguellomariano@gmail.com.

Volver al índice

Sumario: I.- Pertinencia del abordaje. **II.-** La corriente moralizadora del proceso: luces y sombras. **III.-** La apreciación probatoria: entre la interpretación y la valoración. **IV.-** Incidencia de la conducta procesal en la apreciación probatoria. **IV.A.-** Elemento de convicción ratificante. **IV.B.-** Indicio endoprocesal. **IV.C.-** Argumento factual-probatorio. **V.-** Perspectivas prácticas. **V.A.-** Inasistencia a audiencias. **V.B.-** Incumplimiento de cargas dinámicas. **V.C.-** Abuso procesal. **V.D.-** Recursos *ad infinitum*. **VI.-** Limites de aplicación: la frontera del derecho de defensa. **VII.-** Conclusiones. **VIII.-** Fuentes consultadas.

I. Pertinencia del abordaje

Todo código procesal es hijo de su tiempo. Tomando en cuenta la relatividad histórica de los modelos de enjuiciamiento, se ha considerado oportuno ingresar con el estudio de la conducta procesal de la parte y su impacto a nivel de la apreciación de los medios probatorios, hilvanando como contexto de análisis los vértices del proceso civil. Se trata de un tema de ingentes repercusiones prácticas que no ha tenido la atención que requiere por parte de la jurisprudencia y, principalmente, de la doctrina nacional, pues si bien (para el caso costarricense) se encuentra expresamente reconocido en el numeral 41.5, párrafo segundo del Código Procesal Civil (en adelante CPC o Ley N.º 9342), no se ha profundizado en forma debida en todas sus potenciales implicaciones.

En el siglo XXI, la evolución del derecho procesal es más una cuestión de tiempos que de espacios. La sociedad globalizada de la información ha supuesto que los y las juristas han comenzado a hablar una misma lengua al existir vasos comunicantes que han facilitado la permuta de los conocimientos.

Los cambios paradigmáticos a nivel normativo y/o teórico no responden —en su mayoría— a la creatividad exclusiva, originaria y/o innata de un determinado grupo de procesalistas autóctonos, sino a la asimilación que aquellos realizan (sea expresa o indirectamente) de todo un constructo de información que arriba a las orillas del derecho nacional proveniente del derecho comparado.

En tiempos modernos, estudiar el derecho local sin referenciar su semejante en el derecho comparado, si no es una herejía, es al menos una menesterosa inocencia.

La corriente moralizadora o visión ética del derecho procesal civil no es un tema creado por la Ley N.º 9342, sino que obedece a toda una dimensión doctrinaria que ha tenido sus amplios desarrollos con el devenir de los tiempos.

En este particular, la influencia de Couture ha sido manifiesta. Su legado se aprecia en diferentes reformas procesales latinoamericanas que ostentan una línea uniforme en cuanto a la perspectiva teórico-procesal que comparten, lo cual genera que, por ejemplo e hipotéticamente, una persona procesalista uruguaya o colombiana pueda aplicar (si así lo quiere) con toda naturalidad el Código Procesal Civil costarricense, sin que esto ocasione mayor ruptura epistemológica.

Sea como fuere, esta oleada dentro de la cual se encarna la posibilidad de analizar la conducta procesal de la parte a efecto de la apreciación de los medios probatorios no está exenta de críticas, como no lo está tampoco la corriente dentro de la cual se desarrolla.

Por tanto, como paso previo a su estudio pormenorizado, se deben brindar algunos trazos censores dentro del contexto general donde se desarrolla.

II. La corriente moralizadora del proceso: luces y sombras

Los sistemas procesales que propician una ideología marcadamente positivista y que, a su vez, idolatran la primacía irreflexiva del principio dispositivo comienzan a evidenciar una serie de profundas inconsistencias, defectos y perversiones

Volver al índice

que afectan a las personas justiciables y, de paso, socavan la legitimidad de la Administración de Justicia.

Aquellos procedimientos judiciales desconectados del modelo constitucional, donde reina la literalidad inexpugnable de la norma procesal y, en nombre de las formas, vale la voluntad irrestricta de los y las litigantes, devienen en un atrofiamiento del ámbito jurisdiccional, del cual Costa Rica no fue la excepción. No se trata de grises teorías sino de vibrantes realidades.

Así, dentro del marco de estudio que acá interesa, la materialidad de los hechos mostró la oscura desesperanza que puede crecer al pie de los procesos judiciales. Basta con revisar algunos procesos ordinarios tramitados al amparo del Código Procesal Civil de 1989 (Ley N.º 7130) para darse cuenta de esa ominosa verdad.

Aunque el viejo Código Procesal derogado tuvo en su contenido (v. gr. arts. 97, 98 y 100) algunas regulaciones que permitían una dosificación moral y/o ética en los procesos judiciales, lo cierto del caso es que tal posibilidad prácticamente no fue apreciada y, menos aún, implementada en el contexto litigioso que regulaba dicha ordenanza.

Es de lamentar cómo algunas doctrinas o cuerpos legislativos intentan zanjar irreflexivamente una franja divisoria radical entre el derecho y la moral, desconociendo que estos se pueden comportar "como dos círculos que se cortan" (Haba, 2016, p.69) y que, por tanto, presentan vasos comunicantes importantes.

En sintonía, Marlasca (2017)) reconoce la vitalidad de conectar la moralidad vivida con los planos de reflexión filosófica. Así, se denota que, en el proceso civil, la reflexión por la ética no se puede quedar en la dimensión abstracta de la doctrina o esteticidad de un código, sino que tiene que penetrar en la dinámica vivencial del proceso, por cuanto aquel representa una manifestación cultural transcendental.

Nadie con seriedad podría sustentar que el derecho civil material deba impulsar un contenido desleal en los contratos en procura de propiciar los daños recíprocos o que, en el derecho administrativo, vale que, entre las personas funcionarias públicas, priven la deshonestidad y los comportamientos maliciosos, o bien que el derecho constitucional deba patrocinar los actos contrarios a la dignidad y con contenido inmoral que afectan a las poblaciones más vulnerables. Sin embargo, aquellas nociones que son tenidas como válidas y racionales para el derecho sustantivo han encontrado (y de hecho siguen presentando) denotadas resistencias dentro del campo del proceso civil.

Si alguien busca "rasgarse las vestiduras" y acusar de retrógrados moralistas conservadores a los y las docentes de Derecho Procesal Civil que comparten esta tendencia, debería, en primer lugar, preocuparse por analizar la facticidad forense de los procesos civiles y luego, al experimentar una dosis mínima de realidad, podría llevar (si se tiene conciencia) un curso actualizado de deontología profesional, para recordar que incluso aquellas previsiones son importantes desde un plano más progresivo y teórico.

Sin dignidad no pueden existir justicia ni debido proceso, lo cual permite hablar de la existencia de una verdadera ética procesal (Pérez, 2013) que aplica necesariamente para todo ámbito de enjuiciamiento universal que pretenda compaginar las exigencias de legitimación social del ordenamiento jurídico con las garantías constitucionales presentes en los sistemas de democráticos modernos.

En este contexto, emergen pensamientos y voces críticas que hacen un llamado a la reflexión. Por ejemplo, en su tesis doctoral, Parajeles (2010)

Volver al índice

reconoce (entre otros aspectos) la necesidad de implementar la corriente moralizadora al proceso civil, con ocasión "de la capacidad de la moral de apoyar el derecho como un deber ser" (p. 56).

Asimismo, el autor de cita concluye que todos los sujetos procesales (incluida la propia persona juzgadora) deben actuar al amparo de la buena fe, pues esta permite comunicar al derecho con la moral y equivale a la honradez e integridad en el actuar que no excluye su compatibilidad con las habilidades y destrezas profesionales en el uso de los procedimientos como tal.

Las normas jurídicas no se pueden desconectar de su contexto de surgimiento. En este particular, es dable suponer que la noción doctrinaria que plasmó Parajeles en su citada tesis doctoral terminó repercutiendo en el articulado de la Ley N.º 9342 (v. gr. arts. 2.3, 4.2, 5.3, 5.4, 6, 41.4.1, 41.5, 73.2.4, entre otros) que postula de una u otra manera normas moralizadoras en el proceso civil.

La razón es simple, no solamente el antedicho autor fue uno de los redactores del Código Procesal Civil, sino que, a su vez, se constata una correspondencia de sentido, entre sus orientaciones teóricas a nivel doctoral y el contenido literal positivizado en los numerales que recogen las citadas disposiciones procesales. Para muestra, el propio título de su obra: "Abuso procesal" que también recoge el numeral 6 de la ordenanza adjetiva mencionada.

Del principio de buena fe procesal —cuya constitucionalidad no ha sido puesta en duda aunque cause resistencia entre algún sector doctrinal— deriva una serie de deberes que recaen sobre las partes ligadas al proceso, como lo detalla el numeral 2.3, y se amplía en el 4.2, CPC, refiriéndose al respeto, lealtad, probidad, uso racional del sistema procesal, deber de cooperación con la Administración de Justicia, así como evitar todo comportamiento malicioso, temerario, negligente, dilatorio, irrespetuoso o fraudulento.

Todos estos conceptos de amplia enunciación conllevan una actitud de rectitud moral en el proceso que, al estar debidamente positivizados, pasan de ser nociones incorpóreas a contar con un contenido normativo que debe ser definido con *prudentia iuris* (De la Oliva, 2012) por los órganos jurisdiccionales, atendiendo a las particularidades de cada caso en concreto.

En consecuencia, se podría indicar que más que una visión particular subjetiva de la moral que cada quien percibe en el proceso, la positivización en diversas regulaciones de verdaderos cánones de conducta permite hablar hoy en día de una ética teórica autónoma e intersubjetiva del derecho procesal civil costarricense que exige que, en este modelo de proceso, no solamente se busque resolver conflictos entre sujetos de derecho privado, sino también que estos sean resueltos de una *determinada* manera. La perspectiva del modelo constitucional del debido proceso y la tutela judicial efectiva que se encarna en sus regulaciones legales así lo prescriben.

Es iluso desconocer la dimensión pública y el interés colectivo que radican en la correcta administración de la justicia civil, donde mediante el instrumento procesal, se buscan resolver los problemas entre individuos de una manera *garantista,* pero a la vez *eficiente*, y tal equilibrio se vuelve mera quimera, cuando se renuncia a la ética racionalizadora del movimiento dialéctico que palpita en todo *iter* procesal. Al final del día, la justicia no es patrimonio de dos sino de todas las personas. Vale interiorizar que, en el proceso civil (con todo su impacto socioeconómico), no es el fin el que justifica los medios, sino que los medios son los que permiten la legitimidad del fin.

Volver al índice

La vinculación directa del derecho procesal y la ética es un imperativo categórico de nuestros días. Las conductas abusivas que se separan del fin asignado y que ocasionan perjuicios innecesarios o daños procesales computables (Álvarez, 2002) no pueden ser toleradas ni patrocinadas. Si bien existen voces divergentes que presentan a tales nociones como una especie de misticismo e, incluso, autoritarismo procesal, lo cierto es que, en la práctica forense, no se entiende cómo un juicio se puede tramitar sin tener en cuenta estas exigencias. La doctrina procesal del "todo se vale" no es la consagración del derecho de defensa, sino su degeneración.

Para finalizar este apartado y en aras de precisar el contenido de esta corriente, conviene tener presente lo expuesto por Pereira (2016), para quien la moralización procesal implic*a: i.* La colaboración de las partes con la marcha del proceso, esto es, las partes no deben dilatar el enjuiciamiento, promoviendo incidentes o recursos improcedentes o bien presentando escritos o realizando actos inútiles o innecesarios. *ii.* Utilización del proceso para la satisfacción de intereses lícitos, lo cual deviene en que el proceso debe evitar el abuso en el ejercicio de las vías procesales que pretendan desviar las instituciones jurídicas o bien aspirar al fraude procesal. *iii.* El suministro de información correcta y plena, de este modo la falsedad, reticencia, tergiversación, etc., adquieren en el proceso carácter malicioso, cuando están destinadas a perjudicar a la contraparte y generar engaño en el órgano jurisdiccional.

Asimismo, es menester destacar que las personas juzgadoras también están ceñidas a ejercer su función de forma ética dentro del proceso, pues sin duda también pueden cometer abusos procesales (Carretta, 2012).

Es dable advertir que la ética procesal presenta una hermosa luz teórica que lastimosamente no siempre encuentra su reflejo en la práctica. Al día de hoy siguen existiendo en los procesos civiles muchas pericias espurias que terminan generando importantes "efectos de desaliento" en los justiciables.

No siempre se cuenta con personas juzgadoras comprometidas, trabajadoras y estudiosas que logren frenar los abusos y desvanes de ciertas personas litigantes. Más aún, no faltan las abogadas o los abogados inescrupulosos que, al discernir que al frente tienen a un burócrata judicial (que no está pensando en la causa que tiene en sus manos, sino en el día del próximo pago quincenal) opten por hacer lo que se les venga en gana, con tal de perjudicar a la contraparte. La situación se agrava a márgenes insospechados cuando la jueza o el juez no solamente es pasivo, sino también promueve el abuso procesal. Por ende, la moral o la ética procesal no es un tema solo de teorías o ideologías, sino de realidades, buenas prácticas y, mejor aún: de resultados cotejables.

III. La apreciación probatoria: entre la interpretación y la valoración

En estricto rigor teórico, la apreciación de la prueba (conf. art. 41.5, CPC) es la síntesis de dos actividades divergentes que interactúan de manera dialéctica con miras a la fijación de los hechos probados y no probados contenidos dentro de un pronunciamiento jurisdiccional, puntualmente se hace referencia a las labores de la interpretación y valoración de las pruebas. En la primera, la persona juzgadora determina descriptivamente lo que se extrae del medio probatorio; en la segunda, lo analiza intelectivamente fijando un peso, secuela, impacto y/o efecto específico dentro del conjunto del acervo probatorio de cara a su incidencia concreta en la resolución del conflicto.

Siguiendo una larga tradición, el procesalista español Montero Aroca (2013) es partidario

Volver al índice

de la distinción que se sustentó en el párrafo anterior. Después de practicar la prueba, la labor primaria que lleva a cabo la persona juzgadora es determinar —en relación con cada una de las fuentes probatorias— cuál es el resultado que se desprende de estas, lo cual ocurre de manera individual y autónoma. Por tanto, se trata de establecer lo que el o la testigo ha dicho, cuál es la conclusión a que llega el dictamen pericial, qué se dice realmente en el documento, etc., siendo esta la operación propia de la interpretación de la prueba.

Por otro lado, establecido el resultado de cada medio de prueba, el paso siguiente consiste en determinar el valor concreto que debe atribuirse a este en la producción o no de certeza y/o verosimilitud jurisdiccional, lo cual genera una decisión sobre su credibilidad, disposición que puede haber sido tomada por el legislador o por la persona juzgadora, y en esto consiste medularmente la valoración probatoria.

Fijada la distinción, normalmente la doctrina clásica suele hablar de sistemas de valoración probatoria, sean estos la íntima convicción, la prueba legal o tasada y el de sana crítica racional. En palabras simples, la íntima convicción parte de la infalibilidad de la persona juzgadora, lo cual significa que, en su toma de decisión, no puede haber errores debido a su leal saber y entender que está cimentado sobre la convicción del carácter moralmente superior o, incluso, divino que presentan quienes administran justicia.

En este modelo, la sentencia no requiere mayor motivación, pues estaría antecedida de una presunción de perfección que no admite prueba en contrario. Normalmente, se ha indicado que la íntima convicción va más allá del tema netamente probatorio, pues "en tal caso, el juez queda relevado de todas normas reguladoras de la prueba, no solo de la valoración. Es más, queda relevado de todo el derecho sustantivo". (González, 2006, p. 95).

Por otro lado, siguiendo lo explicado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto n.° 712-2005 de las quince horas quince minutos del veintiséis de septiembre de dos mil cinco, la forma como las personas juzgadoras valoran la prueba varió en una etapa anterior a las codificaciones decimonónicas, donde en adelante ya se partía de un sistema tasado para discernir acerca de la fuerza demostrativa de cada elemento.

Bajo este sistema, la ley imponía valor a cada probanza de antemano, sin que la persona juzgadora estuviera en la posibilidad de decidir por sí misma cuáles elementos informaban mejor su convicción para resolver el caso concreto. Esto supuso que, para demostrar cada hecho o derecho, en particular se requirieran medios específicos, variando su cantidad en torno a cada uno, así como estableciendo *a priori* discriminaciones sobre los y las declarantes, debido a su género, edad, oficio o clase social.

En esa orientación (a pesar de que sea difícil de entender), el sistema de prueba legal o tasada significó un importante adelanto en el sistema de valoración probatoria, por cuanto a su manera —y con sus evidentes defectos—intentó fijar pautas previas en procura de una *racionalización* de la determinación de los hechos probados y no probados dentro del *iter* jurisdiccional. Además, supuso, de una u otra forma, un *límite* al poder de las personas administradoras de justicia, y aquel intento (aunque fallido) no puede dejar de ser apreciado, aunque sea críticamente.

Tal sistema fue superado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, la cual sirvió de modelo en gran parte de Iberoamérica. En dicha legislación, se acogió el modelo de apreciar el material demostrativo a la luz de

Volver al índice

las reglas de la sana crítica —denominación que había sido utilizada en una ordenanza del contencioso administrativo de años anteriores—. Se trata de la figura intermedia entre la prueba legal y la libre convicción.

Con fundamento en la sana crítica, la persona juzgadora puede llegar por sí misma a un convencimiento o certeza de los elementos factuales acerca de los cuales basa su decisión, lo que naturalmente realiza con ocasión de una valoración directa y conjunta de los medios probatorios. Sin embargo, aquella no es del todo libre ni tampoco limitada previamente, sino que está sujeta a las normas del pensamiento lógico que incluyen las reglas de: *identidad* (una cosa solamente puede ser igual a sí misma); *de contradicción* (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias o excluyentes entre sí); *de razón suficiente* (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su onticidad); *del tercero excluido* (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición extraña a los dos precedentes) así como también de manera simultánea a la experiencia humana y la ciencia.

Se trata de configurar un sano criterio de las personas juzgadoras mediante el desarrollo de reglas del recto y riguroso entendimiento humano. Sobre el punto ha expresado la doctrina, en especial Couture (2010), que el juez o la jueza no es una máquina de razonar, sino esencialmente un ser humano que toma conocimiento del mundo que lo rodea, el cual conoce por medio de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de las personas y su complemento con las nociones científicas que enriquecen los procesos de toma de decisión.

Por lo tanto, la autoridad judicial está encargada de apreciar las probanzas con una debida concatenación lógica y, asimismo, bajo las circunstancias de su entorno, observadas mediante su experiencia debidamente explicitada. La finalidad de lo anterior es que el juzgador o la juzgadora no puede acogerse tan solo a su discrecionalidad interna, sino que debe fundamentar y revelar, con base en la lógica y la experiencia, los motivos de su convicción.

De este modo, la lógica que se utiliza en la valoración probatoria es aquella de corte formal, lo cual tiene el mérito significativo de originar una traducción razonable y coherente de la respuesta jurisdiccional con ocasión de pautas estrictas de razonamiento que aparejan un *iter* confiable a la hora de procesar la información probatoria que genera (a modo de conclusión) el basamento factual sobre el cual se producirá la maravillosa interacción con el derecho sustancial, donde la sentencia representa su síntesis.

Las reglas de la sana crítica no existen en lo abstracto, sino en lo *concreto*. Capograssi (2016) menciona que existe algo de milagroso en el proceso, puesto que, con la mediación de personas, cosas y pensamientos, puede hacerse presente una persona tercera que, en principio, está ausente (persona juzgadora), pero que después es llamada a brindar la solución a un determinado conflicto.

Por consiguiente, se trata de reaparecer algo que ya es pasado, por esto justamente el proceso es proceso, al tenderse a *un proceder* para llegar hasta una trasformación, algo que ya no existe y que existe de nuevo mediante la concretización de una regla de enjuiciamiento que, por antonomasia, está llamada a ser general y de una verdad que debe buscarse siempre.

Teniendo un panorama meridianamente claro de lo que significa la operación de las reglas lógicas presentes en el sistema de la sana crítica, correspondió de seguido determinar de qué se

Volver al índice

habla cuando se indica que en estas también subyace una sana y prudente dosis de experiencia. De inmediato surge la obligada incógnita: ¿de qué se habla propiamente cuando se hace referencia a esta variante dentro del esquema de valoración probatoria?

Luego de muchos ultrajes contra la razón más elemental, la respuesta es brindada por los estudios llevados en el campo de la neurociencia, y Nieva (2012) los recoge en los siguientes términos:

> *Pero el problema es que el esquema de los modelos mentales nos conduce de nuevo a la 'experiencia' del juez, sin explicarnos cómo se genera la misma. Pero eso justamente es lo que consiguieron explicar TVERSKY y KAHNEMAN con sus trabajos sobre los llamados 'heurísticos', […]. Y así enseñaron que un individuo decide siguiendo la 'representatividad' cuando ha observado que esa misma decisión que va a tomar ha sido exitosa para otras personas en contextos similares. O bien utiliza la 'accesibilidad', tomando una determinada decisión en coherencia con un recuerdo muy vivo de un acontecimiento similar que le haya sucedido, con independencia de si ese acontecimiento ha sido poco reiterado. Si está impresionado, tomará la decisión de manera coherente con ese recuerdo (pp. 9-11).*

Como es de notar, el entendimiento de cómo funciona la toma de decisiones en el ser humano genera un valioso insumo para darle un contenido material a aquello que la doctrina procesal tradicional de forma tan automatizada y poco analítica ha mencionado como experiencia, la cual todos citaban, pero nadie explicaba. Así, esta obedece a la manera funcional donde se manifiesta la voluntad electiva del ser humano.

Ser consciente de tales pautas ayuda a repasar el *porqué* de muchas decisiones y quizá puede devengar en un patrón revisorio que sustente la presencia o no de aspectos ajenos a la contienda que se resuelve.

Finalmente, en cuanto a la ciencia, los aportes provenientes de las denominadas "ciencias duras", psicología del testimonio, neurociencia e, incluso, posiblemente la propia inteligencia artificial son complementos de este sistema de valoración.

La sana crítica racional es un sistema selectivo que, por razones temporales y espaciales, a la fecha presenta potenciales relaciones no explicitadas que generan a su vez que la lógica, la experiencia y la ciencia sean de momento las seleccionadas, porque estas son capaces de ser traducidas racionalmente.

Sin embargo, en los próximos años, es posible que se logren otras conexiones entre otros elementos, o bien, que el mismo progreso científico descubra una profunda irracionalidad que no sea capaz de legitimar los designios de la justicia, pues en palabras de Frank (citado por Rivera, 2008): "ninguna decisión es justa si está fundada sobre un acercamiento errado de los hechos" (p. 20). Pero, en este campo, para una persona procesalista en ciernes, vale mejor la advertencia de una persona pensadora incomprendida acerca de que "es mejor callar aquello de lo que no se puede hablar".

IV. Incidencia de la conducta procesal en la apreciación probatoria

Como se analizó en el apartado segundo de la investigación, el sistema de enjuiciamiento civil costarricense parte de la premisa de la existencia de un marco ético de actuación procesal, cuya positivización (conf. arts. 2.3, 4.2, 5.3, 5.4 entre

Volver al índice

otros, CPC) exige a las partes ajustar su conducta a unos componentes operativos predeterminados incardinados en la buena fe, lealtad, probidad, racionalidad, respeto e, incluso, cooperación con la Administración de Justicia.

La separación de la conducta de la parte y su representante legal de tales cánones deontológico-procesales (que configura la legalidad adjetiva) puede ser analizada desde diversas aristas. Así los comportamientos maliciosos, temerarios, negligentes y dilatorios entre otros no solamente pueden acarrear el rechazo de plano de las gestiones que se presentan ante el tribunal, sino también, a su vez, pueden erigirse en la base factual para el establecimiento de consecuencias disciplinarias, penales y civiles.

Asimismo, el alejamiento de aquellos componentes operativos también generará repercusiones a nivel probatorio, pues resulta razonable sustentar que aquella parte —y profesional en derecho que la representa— que en el fondo sabe que el derecho no está de su lado, buscará artimañas formales para desviar la atención del tribunal o bien generar un "efecto desaliento" en la contraparte que está litigando con razón. El proceso civil procura que la justicia material sea alcanzada mediante una dialéctica de hidalguía y no por una guerra de trincheras.

Lo recién indicado justifica lo dispuesto en el numeral 41.5, *in fine* CPC cuando dispone: "[…] La conducta de las partes durante el procedimiento podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas".

Luego, desde el plano de la ciencia probatoria, esta disposición procesal habilita también diversas contingencias (no necesariamente excluyentes) que presentan cierto halo de diferenciación. Al menos aquella conducta podría ser encausada como un elemento ratificatorio, indicio endoprocesal o argumento de prueba que podrían ser potenciados o interrelacionados por el tribunal en cada caso en concreto, según se pasa a explicitar en los siguientes apartados.

IV. A.Elemento de convicción ratificante

La conducta procesal de la parte no puede ser entendida ni asociada como un medio probatorio más. Resultaría atípico hacer ficción de la conducta procesal asemejándola con los medios de prueba que el numeral 41.2, CPC enlista en forma enunciativa. De suerte tal, que, cuando en el numeral 41.5, *ibidem* (párrafo segundo), se hace alusión a la expresión: "elemento de convicción ratificante", se deberá entender dimensionado en el sentido de que las conductas de las partes pueden erigirse en un criterio valorativo *adicional* que viene a consolidar, robustecer o fortalecer el juicio conclusivo que se realiza sobre *otras* determinadas probanzas, sin que consecuentemente la conducta procesal pueda constituir un elemento autónomo *per se* de prueba.

La conducta de la parte debe ser en un primer momento analizada y/o calificada autónomamente (para determinar en qué consistió) y luego ser relacionada con otros elementos probatorios (para determinar su incidencia en el conjunto probatorio del proceso). Si se repara bien, la conducta de la parte (una vez diseccionada y contextualizada) es procesada por la cabeza de la persona juzgadora, ya que, al resultar integrada con otras probanzas analizadas en sentencia, termina configurando un refuerzo integrante de un determinado estado psicológico (v. gr., convicción) que se plasma al tener por acreditado un determinado acontecimiento factual.

Bajo este umbral, es dable conectar su operatividad dentro del marco de "los criterios de apreciación de los *elementos* probatorios" que se exhiben en el apartado de los hechos probados y no probados de una sentencia (conf. art 61.2.2, CPC).

Volver al índice

¿Constituye la conducta procesal de las partes un criterio de apreciación probatoria ajeno, complementario o más bien inclusivo de las reglas de la sana crítica racional? Una respuesta rápida y poco meditada podría sustentar que (por la forma en la cual se emplaza formalmente en el citado numeral 41.5, *in fine* CPC) se estaría frente a un criterio complementario de apreciación probatoria o que, incluso, dada la novedad de su inclusión, vendría a ser una categoría autónoma que marca una separación con los criterios tradicionales que normalmente se incluyen dentro del contenido de la denominada sana critica racional.

No obstante, bajo los designios que ha brindado esta investigación, se considera a la conducta de las partes como un criterio apreciativo que ingresa dentro del alcance de las máximas de la experiencia humana.

Por tanto, vendría a ser una especie de aquel género, al poner sobre contexto que, cuando un tribunal se sirve de aquel escenario para ratificar sus conclusiones en un determinado hecho, en realidad, no está haciendo otra cosa más que recordar que quien se comporta en forma abusiva o desleal en un juicio con seguridad es porque tiene el derecho y las pruebas en su contra, y ese sentimiento de convicción no viene impuesto por doctrinas o inquebrantables lógicas, sino por vívidas prácticas forenses acumuladas sobre las espaldas de la experiencia jurídica.

IV. B. Indicio endoprocesal

Aunque resulte paradójico, la voz "indicio" no ostenta un tratamiento muy generoso en el texto jurídico-positivo del CPC. En realidad, aparece citado una única vez, puntualmente en el artículo 39, el cual lo dimensiona a supuestos de apariencia de fraude procesal, pues en caso de dictaminarse, y además de la existencia de rebeldía, allanamiento o contestación extemporánea de parte de la persona demandada, exige la continuación del procedimiento.

Sea como fuere, la tesis que aquí se exhibe defiende que la omisión en el tratamiento normativo de los indicios a nivel de la Ley N.° 9342 no equivale a su inexistencia, pues estos forman parte integrante de la teoría general del proceso que, por tradición histórica y necesidad científica, conforman diversas hipótesis procesales que requieren su utilización. No se trata de una vanidad académica. Los indicios son necesarios para darles solución integral, práctica y real a diversos conflictos que, por sus particularidades, así lo requieren.

Si alguien dentro del paradigma formal-positivista cuestiona tal posibilidad, es factible incluso acudir al mecanismo legal de la integración previsto en el numeral 3.4, CPC, para sustentar la aplicación analógica de otras disposiciones procesales que sí contemplen la categoría en mención (v. gr., Código Procesal Penal) o bien idear su construcción entendiendo que se trata de una institución especial del proceso que requiere su implementación.

Quede claro que la postura aquí expuesta no busca revivir el graso error teórico-conceptual que cometió el viejo Código Procesal Civil de 1989 (Ley N.° 7130) al incluir en el numeral 318, inc. 7, los indicios como medios de prueba, pues estos lógicamente no ostentan tal categoría. Por ende, el actual artículo 41.2, CPC se encuentra bien proyectado al no enlistarlos bajo tal condición. El indicio no es un medio de prueba sino una *cualidad fáctica* que puede derivar de un medio probatorio tradicional, v. gr, declaración de parte o prueba testimonial. Bien se podría señalar que el indicio se presenta como una plataforma factual segundaria que alcanza su acreditación normalmente mediante prueba directa que, a su vez, sería prueba indirecta del hecho que se reputa como principal.

Volver al índice

Al respecto se ha mencionado: "la prueba indirecta reclamará alguna inferencia […] pues restaría conectar el "hecho secundario" (indicio) con el "hecho principal" mediante el razonamiento pertinente" (Igartua, 2009, p. 160). Luego tal "razonamiento pertinente" vendrá impuesto por la lógica o la experiencia del ser humano, sin perjuicio que, en los próximos tiempos, aquella toma de decisión sea recreada e intente ser sustituida mediante la implementación de la inteligencia artificial (Parra & Concha, 2021).

Las repercusiones de los indicios no operan solamente en el ámbito del proceso penal, de hecho, pueden ser fundamentales para la materia privado-patrimonial, por ejemplo, en las acciones por simulación a nivel contractual o bien en los supuestos de responsabilidad civil subjetiva.

Más allá de fronteras inventadas y de inconvenientes feudalismos procesales, en esta dimensión de estudio, se concuerda con la postura teorética expuesta por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, cuando en un viejo precedente (voto n.° 2001-00485 de las nueve horas con veinticinco minutos del veinticinco de mayo de dos mil uno), indicó con propiedad que los indicios son hechos (acontecimientos o circunstancias) que han sido acreditados de manera fehaciente e independiente entre sí (a través de prueba directa) y de cuya relación, conforme a las reglas de la experiencia, puede inferirse lógicamente la existencia de otro hecho (sobre el que no existe prueba directa).

El requerimiento implementativo de los indicios se presenta con ocasión de la necesidad reconstructiva del pasado histórico que plasma una sentencia y que revela la conexión entre hechos acreditados fehacientemente (indiciarios) y aquellos que se muestran (en tesis de principio) como desconocidos o como de muy difícil demostración, pero cuya atmósfera acreditativa se puede alcanzar, mediante una relación inferencial que es factible de motivar y/o argumentar racionalmente.

Si la citada relación entre el indicio y el hecho que se pretenda acreditar (comúnmente denominado: indicado) no es unívoca o bien admite otras posibles contingencias con hechos distintos, se estará ante un "indicio anfibológico o aislado" que naturalmente carece de una fuerza concluyente en la reconstrucción de un hecho principal.

Los indicios ambiguos o de doble sentido pueden hacer apenas probable el hecho indicado, pues debido a su halo de imprecisión, entran en un juego de causalidad compatible con otras explicaciones alternativas o variantes argumentativas. Por el contrario, si luego de su valoración conjunta, resultan ser unívocos, entonces son idóneos para producir la certeza necesaria para fundamentar una sentencia condenatoria.

De esta forma, es perfectamente posible calificar una determinada conducta procesal en juicio, como un indicio de respaldo de otro hecho principal que se tiene por demostrado en la sentencia y que precisamente denota una relación inequívoca en su generación; por ejemplo, aquel que abusa de los vínculos de la buena fe en fase de ejecución contractual y que luego, tras la instauración de una demanda, pretende duplicar en el proceso su modo de actuación, etc.

No obstante, se debe tener claro que si la conducta procesal puede ser enlazada con otras posibles explicaciones fácticas (v. gr., estrategias de litigio del abogado director, posibilidades de defensa que brinda el marco procesal, creencias subjetivas razonables que denota la parte frente a su conflicto, etc.), es contundente que, en tales escenarios, la conducta procesal no puede ser indicio unívoco de otros hechos principales, pues, de lo contrario, se desbordaría su radio de acción en detrimento de las garantías constitucionales que permean al proceso jurisdiccional desde la

Volver al índice

visión valorativa de un Estado constitucional de derecho.

IV. C. Argumento factual-probatorio

Otra de las variantes con la cual se puede categorizar la apreciación de la conducta de las partes en la sentencia es bajo el contenido de los argumentos fácticos o probatorios. Como bien se sabe, en los sistemas democráticos actuales, priva la fuerza de la razón antes que la razón de la fuerza.

Los procesos de manifestación intelectiva en el ámbito jurisdiccional gravitan sobre la base ética de una aspiración legitimadora que, partiendo de la construcción argumentativa, intenta propiciar el recíproco entendimiento y pacífica convivencia entre los y las miembros del colectivo social.

La motivación y/o fundamentación de los fallos jurisdiccionales son una garantía del Estado constitucional de derecho que se traduce en una representación racionalizadora del ejercicio del poder, al exigir la externalización de las razones (y no los caprichos internos o nociones arbitrarias) que han llevado al tribunal a tomar determinada decisión en relación con el caso sometido a su conocimiento.

De esta forma, el justiciable puede controlar el contexto de justificación del fallo y plantear los medios de impugnación que considere oportunos en defensa de intereses, ante lo cual podría eventualmente originarse un nuevo criterio jurisdiccional que confirme, revoque o anule la decisión previamente dispuesta. Por tanto, la línea motivacional del fallo también es importante de cara al control que realizan las instancias jurisdiccionales superiores o revisoras.

Asimismo, la motivación coadyuva a la propia persona juzgadora con ocasión de perfeccionar el proceso de "toma de decisión", pues a la hora de plasmar el *iter* argumentativo, se pueden autodetectar sesgos, falencias y contradicciones de todo tipo.

No es del todo extraño, en la dinámica interna de los tribunales, escuchar a un juez o una jueza mencionar que, cuando estaba redactando su sentencia, cambió o ajustó algún elemento de la decisión, lo cual, incluso en la dinámica de los tribunales colegiados, podría originar la no *validación* de la sentencia por parte del resto de la integración que implique una nueva deliberación que, en todo caso, no podrá ampliar el plazo legal con el que se cuenta para la emisión y dictado de la sentencia respectiva (conf. arts. 60.1, 60.2 y 61.1, CPC).

En infinidad de ocasiones, la persona juzgadora se topa con serias dificultades al querer plasmar sobre el papel o externar oralmente la convicción interna que siente tener, ya que tales imprecisiones o dubitaciones se difuminan con la externalización factual y jurídica de las razones que sustentarán el criterio jurisdiccional. La denotación de los citados sesgos y errores en el proceso interno de formación del criterio sentenciador se evidencia con la exigencia de la construcción de argumentos manifiestos, lo cual puede originar el desarrollo de caminos de razonamiento alternativos, complementarios o, incluso, la revisión y "autorrevocación" del criterio previamente sustentado, en vista de un punto ciego que ahora aparece y hace variar el mérito del asunto.

Con la explicitación de los argumentos en la sentencia, no solamente se racionaliza el ejercicio del poder jurisdiccional o se garantiza el control por parte del justiciable, sino que, a su vez, gana credibilidad ante la sociedad el propio órgano jurisdiccional. La persona juzgadora tiene una dimensión social. Su labor pasa por resolver en un primer momento el conflicto que tiene en sus manos; pero sin dejar de advertir el posible

Volver al índice

impacto social que puede tener una determinada sentencia en la colectividad.

En su momento, se decía que tres palabras rectificadoras del legislador podían derribar bibliotecas enteras. Pero hoy bien se podría sustentar que una frase desafortunada de un tribunal de justicia y un país entero se va al despeñadero.

Piénsese, por ejemplo, en el impacto de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Sala Constitucional o bien de la propia Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia o alguna otra sala de casación que, en sus respectivos ámbitos competenciales, pueden reconfigurar dinámicas sociales, económicas e, incluso, culturales a nivel nacional.

Sentando la importancia de la motivación, se debe mencionar, como es lógico, que aquella se traduce normalmente mediante el desarrollo de cadenas de argumentos. Sin embargo, la cultura jurídica predominante ha prestado mayor atención a la motivación jurídica que a la motivación fáctica, obviando, consecuentemente, que los argumentos probatorios han sido vitales y también quizá más relevantes que los propios argumentos que determinan la calificación o el mérito legal de una causa.

La experiencia jurídica enseña que, una vez que los hechos están logrados (sea debidamente motivados y argumentados), la solución jurídica se revela —en no pocas ocasiones— como evidente y, por lo demás, prácticamente poco controvertible.

Relevantes orientaciones doctrinales han puesto en contraste el disímil tratamiento que ocupa la denominada argumentación jurídica en demérito de la argumentación de los hechos.

No obstante, como bien apunta Atienza (2016), ya desde los años treinta del siglo XX, un jurista norteamericano de la talla de Jerome Frank había señalado que, analizado el sistema judicial en su verdadero conjunto, en realidad, las mayores discrepancias y argumentaciones que realizan las personas juzgadoras se encaminan a problemas fácticos.

Por lo anterior, se coincide con Llobet (2009) cuando señala que la apreciación de la prueba y, por ende, la motivación de los hechos tienen gran importancia en la praxis, puesto que "la mayoría de los casos se ganan o se pierden […] a partir de los hechos y no tanto de discusiones sobre la interpretación de la ley" (p. 540).

Se considera que uno de los mayores aciertos del CPC es exigir a nivel de la sentencia (conf. art 61.2.2, CPC) una enunciación clara, precisa y ordenada de los hechos probados y no probados que son relevantes e importantes para resolver el conflicto. A su vez, tales enunciados factuales deben venir acompañados por una verdadera explicitación del criterio de apreciación donde se apoya el argumento conclusivo al cual arribó el tribunal, lo cual naturalmente incluye la necesaria referencia al medio probatorio utilizado y las razones legales, procesales, casuísticas o argumentativas para brindarle credibilidad y excluir los restantes que lo contradigan o al menos aparenten falsearlo.

En la perspectiva expuesta, ingresan la orientación del principio de valoración conjunta de la prueba y las reglas de la sana critica racional que más que citadas formalmente deben ser desarrolladas en su contenido material (conf. art 41.5, CPC), según se explicó en el apartado tercero de estas líneas.

Un argumento que puede ser utilizado en la motivación de los hechos probados y no probados en la sentencia es la citada conducta procesal de la parte, pues si bien no es una prueba como tal, al entrar en relación con otros elementos probatorios del caso, sí puede erigirse en un

Volver al índice

elemento ratificatorio de estos. De lo expuesto, se colige la posibilidad de ser implementada a nivel argumentativo para erigir la base factual que sustenta la solución de un determinado caso. Quede advertido finalmente que la conducta procesal de la parte no opera necesariamente en dimensiones separadas. De este modo, las categorías aquí empleadas (elemento ratificante, indicio endoprocesal y argumento factual-probatorio) buscan de forma didáctica poner el acento en sus posibles manifestaciones singulares.

Sin embargo, en rigor bien se podría decir que la conducta procesal de la parte puede ser un indicio endoprocesal que, al ser introducido en la sentencia (en el apartado del criterio de apreciación de los hechos probados y no probados), se erige intelectivamente en un argumento o motivo fáctico que sirve en modo contingente como elemento de convicción ratificante de aquellas pruebas apreciadas como útiles y necesarias para resolver un determinado conflicto.

V.A. Perspectivas prácticas

Es imprescindible mostrar las expresiones tangibles que presentan las instituciones procesales. El derecho procesal civil no es tanto *un decir* sino *un hacer*. Por ende, de seguido se concretizarán algunos supuestos donde es dable sustentar la apreciación probatoria en la conducta que, en particular, desarrolla una parte procesal.
V.A.- Inasistencia a audiencias

El criterio de la experiencia (conf. art 41.5, CPC) revela normalmente la existencia de un desinterés y/o menosprecio que ostenta aquella parte procesal que deja de asistir injustificadamente a las audiencias judiciales.

En materia procesal civil, el refrán popular: "El que calla otorga" parece que no es del todo indiferente. Así, ¿qué sentido tiene en el ámbito privado-patrimonial continuar adelante con un proceso si la parte actora no se hace presente a la audiencia preliminar? O bien, ¿qué credibilidad le merecen al tribunal los planteamientos de resistencia y excepciones materiales de una parte demandada, si no se presenta siquiera a la audiencia complementaria a practicar la prueba que sustenta su dicho de oposición?

En el proceso civil costarricense, se presentan diversos supuestos donde la conducta procesal de inasistencia de las partes a las audiencias puede conllevar sentidas presunciones procesales que determinan el resultado del juicio.

Si bien la práctica revela que, con la implementación de las audiencias judiciales virtuales, la tasa de inasistencia normalmente es menor (debido a que es más fácil dar un "clic" a un enlace que tener que desplazarse a la sede del tribunal), esto no excluye supuestos de inasistencia injustificada que no hacen más que develar la total despreocupación de una parte por sus planteamientos.

A guisa de mención, el numeral 50.2.2, CPC, en lo conducente, regula los efectos de inasistencia a la denominada primera audiencia. Como es de notar, tratándose de audiencia preliminar —y prácticamente igual criterio aplica para la audiencia única, conf. art 50.2.4, CPC—, la inasistencia del actor por regla general acarrea el efecto de un desistimiento implícito de la demanda (conf. art 56.2, CPC) que permite presumir como un elemento factual cierto que la persona demandante no tiene mayor interés en continuar adelante con el proceso, debiendo ser condenada no solo a las costas, sino también a los daños y perjuicios efectivamente causados, pues —al activar el aparato jurisdiccional y molestar a la parte accionada (sin ni siquiera tener la mínima molestia de presentarse a la "primera audiencia")— su conducta procesal la hace acreedora de tales consecuencias.

Volver al índice

El efecto procesal del desistimiento también sucedería en aquellos supuestos donde no se presenta ninguna de las partes, nada más que, en tal escenario (al ser recíproca o mutua la inasistencia), el asunto es resuelto sin especial condenatoria.

Si la parte inasistente es la demandada, su conducta procesal revela una conformidad con los hechos de la demanda y será considerada como un elemento ratificatorio de las pruebas que la parte demandante aduce a su favor, si bien la confesión no es un *medio* de prueba en el actual diseño procesal, el citado numeral 50.2.2 *in fine*, CPC, sí dispone un *efecto* confesional implícito y/o tácito para todos aquellos hechos propios de la parte accionada que, al ser expuestos a nivel de la demanda, supongan e impliquen su reconocimiento. Lo anterior revela la importancia de incluir, al redactar los hechos de la demanda, supuestos factuales que, en caso de inasistencia a la audiencia preliminar, logren el cometido propio del efecto confesional.

Finalmente, para aquellos supuestos de inasistencia a la audiencia de prueba, la conducta procesal de la parte ausente también toma un papel protagónico. Así, el numeral 50.2.3, CPC, dispone que, en tales escenarios procesales, se practica la prueba de la parte procesal que asista, lo cual *contrario sensu* se traduce en que no se practicará la prueba ofrecida por la parte ausente, salvo que la contraparte, invocando el principio de comunidad de la prueba, manifieste interés en ella, o bien que el tribunal, haciendo uso oficioso de sus potestades jurisdiccionales, la considere indispensable para arribar a una añorada verdad de los hechos (conf. art 5.6, CPC).

Con todo, a la hora de la valoración e interpretación de los medios de prueba, es claro que, en supuestos normales, el tribunal hará prevaler la tesis probatoria de la parte presente, pues difícilmente se encontrarán elementos que hagan controvertible lo allí practicado sin oposición de la contraparte ausente.

Por último, si ninguna de las partes comparece a la audiencia complementaria, se dictará sentencia, de acuerdo con lo que consta en el expediente, si la resolución no se puede dictar inmediatamente, habrá de estarse a los plazos dispuestos en el numeral 61.1, CPC.

En suma, la conducta de aquella parte procesal que se ausenta a las audiencias del procedimiento conlleva una serie heterogénea de sanciones procesales (v. gr., posible desistimiento implícito, inevacuabilidad de la prueba admitida, condena en costas, etc.) que incluye dentro de sus aristas efectúales su potencial impacto negativo a nivel de la apreciación probatoria de los medios constantes en el juicio, siendo por demás bastante factible que la conducta procesal de inasistencia termine operando en contra de los propios intereses de la parte negligente.

V.B. Incumplimiento de cargas dinámicas

Complementando la noción tradicional de la carga probatoria, el proceso civil costarricense consagra la operatividad de la denominada carga dinámica de la prueba, cuya controvertible concepción ha venido teniendo una buena recepción en diferentes sistemas procesales a nivel mundial.

La regulación existente posibilita que, de forma oficiosa o a la solicitud de parte, el tribunal varíe, adecúe y/o redistribuya las exigencias normales de carga probatoria en razón de naturaleza de lo debatido, lo cual presupone tomar en cuenta los parámetros de "disponibilidad y facilidad probatoria" que corresponde a cada uno de los litigantes (conf. art 41.1, *in fine,* CPC).

Como bien se reconoce (Montero, 2013), la carga probatoria opera tanto como regla de juicio como de conducta para las partes.

Luego, en este apartado, nos importa destacar —en un primer momento— el carácter de *norma de conducta* que tiene la carga probatoria,

Volver al índice

pues a tono con lo expuesto, es perfectamente factible y acorde con el debido proceso (por prevenir de un requerimiento previo que evita el "pronunciamiento sorpresa") que el tribunal imponga una exigencia probatoria a alguna de las partes del proceso con ocasión, por ejemplo, de que ella se encuentra en posesión de determinada probanza, o bien cuenta con mayores facilidades para su presentación o producción.

En esta orientación, conviene tener presente que, a nivel de admisibilidad probatoria, el numeral 41.3, párrafo segundo del CPC dispone una potestad jurisdiccional denominada "iniciativa probatoria", al disponer que: "En la audiencia en que se admiten las pruebas, el tribunal podrá proponer a las partes la incorporación de otras no ofrecidas e incluso ordenarlas de oficio".

De esta forma, es factible que la persona juzgadora le imponga a una determinada parte una *conducta* probatoria que deberá ser apreciada al momento del dictado de la sentencia, siendo este el tránsito "milagroso" de la regla de *conducta* a la regla de *juicio*.

La tesis que acá se presenta es que la imposición de una conducta dinámica probatoria debería acontecer por regla en la audiencia preliminar, y será en sentencia donde con prudencia se interprete, valore y juzgue si aquella parte fue colaborativa con la Administración de Justicia al presentar la probanza que previamente le fue requerida.

A tono con lo expuesto, se comparte la perspectiva de Palomo (2013) cuando afirma que, si la parte incumple o dificulta injustificadamente la resolución judicial que impone el requerimiento probatorio, se deberá por derivación desplegar una consecuencia procesal perjudicial a través de la cual se valore dicha conducta procesal como una confirmación de las afirmaciones de la parte contraria, pues a tono con las reglas de la sana critica racional, es lógico y acorde con la *experiencia* fijar hechos en contra de quien se resiste a esclarecerlos, a no ser que las otras probanzas que se hayan practicado en el proceso lleven a la persona juzgadora a descartar el señalado resultado.

En la misma sintonía, se encuentra Pereira (2016), quien menciona la incuestionable noción que representa para la persona juzgadora valorar la conducta procesal de las partes en el transcurso del contradictorio, particularmente, en relación con el deber de colaboración que estas tienen de auxiliar al tribunal para esclarecer el contenido de los hechos controvertidos, siendo que la eventual falta de diligencia y/o colaboración de la parte (puesta de manifiesto a nivel probatorio) no deja de constituir una presunción contraria a sus pretensiones o excepciones.

La imposición de una conducta de colaboración probatoria a una parte procesal debe ser impuesta con una razonabilidad adecuada y fundamentación completa. De este modo, el tribunal no puede caer en criterios jurisdiccionales desequilibrados que afecten la igualdad procesal y, por ende, el debido proceso. Las particularidades de cada caso serán las que brinden los elementos para justificar tal exigencia, la cual se erige excepcional y no en regla de los procesos civiles.

En complemento de lo expuesto, el autor español Luis Muñoz Sabaté (citado por Palomo, 2013) menciona que, en los supuestos donde por ejemplo se impone una carga probatoria al demandado, surge en su contra una especie de presunción endoprocesal (se relaja la carga probatoria del actor y se satura para el demandado). Así la conducta del demandado historia la afirmación del demandante. En palabras llanas: el actor adquiere para su acervo probatorio la conducta del demandado, lo cual supone que este debe contraprobar la presunción endoprocesal que él mismo ha desprendido en su contra.

Volver al índice

Lo anterior lleva a Pereira (2016) a exponer que, en aras de establecer el marco fáctico del proceso y, por ende, diligenciar la prueba útil y necesaria, una conducta colaborativa de la parte puede resultar un elemento que corrobore la fundabilidad de la pretensión o defensa. Por el contrario, una conducta procesal constante en sentido contrario será estimada en contra de quien la asumió.

Finalmente, la tutela judicial efectiva de una parte no vacía el derecho de defensa de la contraparte. El tribunal debe ser prudente en dimensionar el contenido de la colaboración con la Administración de Justicia y entender que, en ocasiones, más que una conducta procesal de la parte, se está en presencia de un criterio profesional de su abogado o abogada defensora. Asimismo, la valoración conjunta de los medios probatorios converge en no juzgar el mérito de los juicios con base exclusiva en la conducta procesal de las partes, pues esta —desde la perspectiva de esta investigación— se yergue en una facultad complementaria mas no sustitutiva de la apreciación probatoria elemental.

V.C. Abuso procesal

El abuso procesal nace en un determinado juicio cuando de forma excesiva, ilegal o arbitraria, se ejercitan por parte de los sujetos procesales —incluido el propio órgano jurisdiccional— ciertas atribuciones, poderes, facultades, potestades, obligaciones, cargas, etc., que hacen que la conducta procesal se separe o desvíe del sentido del instituto procesal asignado en el contexto normal de la cultura litigiosa y, con ello, se genere un daño y/o afectación a la contraparte y, por ende, a los propios fines del proceso jurisdiccional.

De suerte tal, una vez declarado aquel abuso del proceso, genera como efecto jurídico normal el rechazo de plano o por el fondo de la gestión sin perjuicio de la aplicación de las responsabilidades civiles, penales y disciplinarias que sean aplicables.

Ejemplos de abuso del proceso son muchos y variados, van desde aquel que establece formalmente una demanda solo para intentar una medida cautelar que le genere un beneficio inmediato, hasta aquel que busca revestir de judicial algo abiertamente ilícito o fraudulento.

En todos esos escenarios, debe tenerse presente que, a fin de cuentas, la doctrina procesal que deriva del numeral 6 del CPC tiene que ser relacionada con la imperecedera tríadica regulatoria de los numerales 20, 21 y 22 del Código Civil, pues en muchas ocasiones los abusos y fraudes ingresan al proceso provenientes precisamente del derecho de fondo.

Por otro lado, es claro y contundente que, una vez *debidamente* dictaminado y dimensionado el abuso procesal, el tribunal sentenciador procederá (bajo los criterios de correcto entendimiento humano y experiencia) a apreciar —de una u otra manera— el acervo probatorio con otra perspectiva. Es decir, si, en un determinado juicio, ciertos elementos probatorios permiten acreditar la existencia de un abuso o fraude procesal atribuible a una parte, es por demás lógico que la restante prueba que aquella presentó, introdujo y practicó a favor de su teoría del caso podrá ser valorada bajo otra dinámica o exigencia probatoria.

No se trata de prejuicios ni sesgos, sino de realidades vivenciales extraídas de la propia experiencia (v. gr., si se dictaminó que una parte presentó un juicio civil únicamente con la idea de atrasar el cumplimiento de una obligación exigible, ¿cómo podría resultar creíble su propia declaración de parte asociada con la producción de un daño moral subjetivo?, etc.).

Volver al índice

De esta forma, una conducta procesal abusiva de la parte no solamente tiene repercusiones a nivel del fondo o mérito del asunto, sino también impacta como un elemento de convicción en la interpretación y valoración de las otras pruebas. Esta situación deberá ser debidamente acreditada y aplicada prudentemente para presentar una sentencia que dimensione en clave objetivizada la regla del párrafo segundo del citado artículo 41.5, CPC.

V.D. Recursos ad infinitum

Se culmina este listado ejemplificador presentando un panorama que lastimosamente no es infrecuente en nuestra realidad forense. Se trata de aquellos litigios donde alguna de las partes procesales, normalmente la demandada o reconvenida, asume como estrategia de "defensa" la impugnación de absolutamente toda resolución judicial que se dicte en el proceso (máxime si aquella es meridianamente desfavorable).

Normalmente el espurio objeto que se persigue es generar un atraso en la causa judicial, propiciar error en el enjuiciamiento y, consecuentemente, desgastar al órgano jurisdiccional y a la contraparte que se tiene al frente.

En palabras de Peyrano (2006), tal táctica se origina cuando: "cada resolución adversa sirve de excusa para plantear nuevos recursos que cuando son dirimidos en sentido contrario dan pie a nuevos recursos y así hasta el infinito" (p.196).

En este contexto, la praxis revela que, en ocasiones, un expediente voluminoso y complejo no se debe tanto a la cuestión de fondo que implica el conflicto sometido a estrados, sino más bien a toda la actividad procesal recursiva que se ha desplegado y que —si no se tienen los cuidados respectivos— puede generar algún yerro en la tramitación (v. gr., por omisión de pronunciamiento) que luego intentará ser alegado por la parte abusiva para atacar la validez del proceso judicial que le resulta desfavorable a sus intereses.

Un proceso incidental de fijación de cobro de honorarios viene al recuerdo de esta pluma y, tras muchas trabas y recursos de la contraparte, logró derivar en una sentencia firme que fijó el reconocimiento de los emolumentos a favor del profesional incidentista (conf. art 76.3, CPC). Pero a partir de allí, inició todo un "vía crucis" para aquel abogado que cualquier procesión de "Viernes Santo" miraría con envidia.

En efecto, al pasar a la fase de ejecución, toda resolución dictada (ya sea providencia o auto) fue impugnada por la contraparte. Se plantearon decenas de recursos de revocatoria, apelación, apelación por inadmisión, incidentes de nulidad, actividad procesal defectuosa, gestiones de adición y aclaración, incidentes de revisión por las causales de casación, recusaciones al tribunal y al perito, denuncias penales al órgano jurisdiccional, nuevos procesos ordinarios y consecuentes alegatos de prejudicialidad, medidas cautelares de suspensión en otras sedes, recursos de amparo constitucional, etc.

Si bien al final del camino, aquel proceso en mención logró llegar a su final y tutelar debidamente los intereses de la parte que tenía el derecho de su lado, lo cierto es que el costo de tiempo y recursos que se generaron en aquella causa fueron sumamente altos, pues en algunas ocasiones, la persona juzgadora que por turno mantuvo el expediente bajo su competencia fue complaciente o permisiva con la parte abusiva. Esto generó espacio y tiempo para que aquella perversa e inicua estrategia recursiva descrita se filtrara como la peste al juicio, quedando a nada de lograr su cometido, al propiciar un "efecto desaliento" en la contraparte, lo que originó que

Volver al índice

esta estuviera a punto de renunciar y/o desistir de sus derechos.

En escenarios como el descrito y una vez determinada la existencia de una conducta recursiva *ad infinitum*, el órgano jurisdiccional debe valorar e interpretar aquella conducta procesal a efecto de construir argumentos que refuercen la motivación fáctica y probatoria de una resolución o sentencia que venga a dilucidar el conflicto que corresponde resolver.

Así, por ejemplo, el tribunal sentenciador puede reforzar su decisión, erigiendo cómo aquella conducta constituye un elemento que juega en contra de la parte abusiva, pues al final del día, la experiencia nos revela que "quien nada debe, nada teme", y esta noción dentro del marco de las garantías del debido proceso en el ámbito civil no debe pasar desapercibida.

VI. Limites de aplicación: la frontera del derecho de defensa

En esta investigación, se ha sentado la tesis de que la conducta procesal de la parte es un indicio endoprocesal. Por tanto, como indicio que es, debe ser manejada con cuidado, pues no necesariamente revela una prueba directa que dé por descontentada la ausencia o carencia de derecho en los planteamientos sometidos a juzgamiento.

En ocasiones, el abogado o la abogada de la parte puede ser quien asoma conductas que perjudican de una u otra manera a su persona representada, si bien existe un criterio de "autorresponsabilidad" (Suárez, 2018, p. 65), se deben tener gran cuidado y prudencia para no confundir los ámbitos de actuación referidos.

En tal orientación, se concuerda con Pereira (2016) cuando afirma que: "no existe un nexo de causalidad entre la inconducta procesal y la falta de derecho (fundabilidad) de la pretensión litigiosa" (p. 76). Por lo anterior, la presunción que aquel indicio origina debe ser cautelosa y prudentemente apreciada, pues admite prueba en contrario; de modo que las personas juzgadoras no pueden ni deben sancionar la malicia fronteriza o la habilidad lindante con una injusticia.

El tribunal debe saber distinguir con propiedad lo que es una conducta procesal abusiva, temeraria, desleal o fraudulenta de aquella que simplemente busca hacer valer los medios de defensa respectivos. No toda estrategia procesal fuerte es una estrategia sucia. El tribunal debe potenciar su prudencia y figurar las fronteras que separan el derecho de defensa de la inconducta procesal, lo cual no es tema de teorías, sino de casos en concreto.

Se concuerda en parte con Pereira cuando menciona: "el comportamiento procesal no podría ser valorado negativamente cuando el mismo se hallase legítimamente justificado, o constituyese el ejercicio funcional de un derecho o prerrogativa procesal" (2016, p. 79). Tal regla general podría erigirse en una brújula de actuación para delimitar los derroteros del derecho de defensa y los posibles desbordamientos de la conducta procesal. Sin embargo, se insiste en que todo dependerá del caso en concreto y de las posibles variantes que revele cada litigio en particular.

VII. Conclusiones

A. La conducta de la partes como criterio de apreciación probatoria no se puede desligar de su génesis de sustento. Así, tal regla procesal constituye una manifestación particular de la corriente moralizadora del proceso.

B. La conducta procesal de las partes como elemento de convicción de otras probanzas es una forma de realización del criterio de

Volver al índice

la experiencia que conforma el sistema de sana crítica racional.

C. La conducta de la parte puede ser un indicio endoprocesal anfibológico o bien puede hacer surgir una presunción que admite prueba en contrario. Por ende, la persona juzgadora debe trazar con prudencia la frontera que separa la inconducta procesal de aquella que simplemente busca hacer valer los medios de defensa respectivos.

D. La conducta procesal de la parte puede ser entendida como un indicio endoprocesal que, al ser introducido en la sentencia (en el apartado del criterio de apreciación de los hechos probados y no probados), se erige intelectivamente en un argumento o motivo fáctico que sirve como elemento de convicción ratificante de aquellas pruebas apreciadas como útiles para resolver un determinado conflicto.

E. Evidenciar explícitamente la conducta de las partes como un argumento ratificante de otras probanzas puede ser un buen instrumento para evitar la introducción subterránea de sesgos o resentimientos que (por error o simplemente descuido) pueden quedar plasmados en los *sentimientos* que, al decir de Calamandrei (1965), subyacen en toda sentencia.

VIII. Fuentes consultadas

VIII.A. Doctrina

Álvarez, M. (2002). *Abuso del proceso*. Rubinzal Cunzoni Editores.

Argüello, L. (2021). *Tendencias del proceso civil: 300 interrogantes respondidas*. Editorial Jurídica Continental.

Atienza, M. (2016*). Curso de argumentación jurídica.* Editorial Trotta.

Calamandrei, P. (1965). Giustizia e politica: sentenza e sentimento. *Rivista di Diritto Procesuale*. *10*.

Capograssi, G. (2016). Juicio proceso ciencia verdad (con nota introductoria de Eugenia Ariano Deho). *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*. *6*(2), 202-229.

Carretta Muñoz, F. (2012). La simetría de la relación adjetiva civil y el abuso procesal de los jueces. *Revista de Derecho (Valparaíso)*. (38), 325-341.

Couture, E. (2010). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Editorial B de F.

Couture, E. (2022). *Introducción al estudio del proceso civil*. Editorial Jurídica Continental.

De la Oliva. A. (2012). *El papel del juez en el proceso civil: frente a la ideología, prudentia iuris*. Civitas.

García, E. R. A. (2022). Justificación epistémica, evidencialismo robusto y prueba jurídica. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*. (3).

González, J. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*. *33*(1), 93-107.

Haba, P. (2016). *Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico: materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de estos discursos*. Editorial Universidad de Costa Rica.

Igartua, J. (2009*). El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra Editores.

Volver al índice

Jiménez, M. (2007). *Modernidad y derechos humanos*. Editorial Investigaciones Jurídicas.

Llobet, J. (2009). *Proceso penal comentado. (Código Procesal Penal comentado)*. Editorial Jurídica Continental.

Montero, J. (2013). *Prueba y proceso civil*. Editorial Investigaciones Jurídicas.

Marlasca, A. (2017). *Introducción a la ética*. Editorial Universidad Estatal a Distancia.

Palomo, D. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta? *Revista Ius et Praxis*. *19* (2), 447-464.

Parajeles, G. (2010). *El abuso procesal*. Editorial Investigaciones Jurídicas.

Parra, D & Concha, R. (2021). *Inteligencia artificial y derecho. Problemas, desafíos y oportunidades.* Vniversitas (70).

Pereira, S. (2016). Moralidad, veracidad y colaboración en el proceso: Incidencia del pensamiento de Couture en el proceso civil contemporáneo. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*. *6* (2), 30-85.

Pérez, V. (2013). *Deontología jurídica: La ética en el ser y quehacer del abogado*. Oxford.

Peyrano, J. W. (2006). El abuso procesal recursivo o situación de recurso *ad infinitum*. *Ius et Veritas*. (33), 195-197.

Peyrano, J. (2018). *La prueba difícil. Fuentes, medios y valoración de la prueba*. Rubinzal-Culzoni Editores.

Rivera, R. (2008). Epistemología y prueba judicial. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*. 2 (1).

Suárez, F. (2018). La conducta procesal de las partes en el nuevo Código Procesal Civil. *Revista Judicial del Poder Judicial de Costa Rica*. (124), 49-71.

VIII.B. Jurisprudencia

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 712-2005 de las quince horas quince minutos del veintiséis de septiembre de dos mil cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 2001-00485 de las nueve horas con veinticinco minutos del veinticinco de mayo de dos mil uno.

VIII.C. Normativa

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (8 de octubre de 2018). Código Procesal Civil (Ley N.° 9342, 2016) DO: Alcance 54 del Diario Oficial *La Gaceta,* n.° 68 del 8 de abril de 2016.

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 133, págs 83 - 100 ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

RAZONAMIENTOS DEDUCTIVOS, INDUCTIVOS Y ABDUCTIVOS: CONCEPTUALIZACIÓN Y APLICACIÓN EN EL DERECHO

MSc. Frank Harbottle Quirós*

RESUMEN

La finalidad de este artículo es primordialmente pedagógica, no obstante, también procura ser un aporte para las personas operadoras del derecho que, en mayor o menor medida, participan del proceso argumentativo en los procesos judiciales. En un primer apartado, se conceptualizan la lógica y la lógica jurídica. Luego, se estudian los tres tipos de razonamientos lógicos que se emplean más dentro de la disciplina del derecho: deductivo, inductivo y abductivo. Con la intención de tener un acercamiento con estas inferencias, se formula una serie de ejemplos elaborados a partir de la experiencia adquirida en el ejercicio profesional de la abogacía y en la docencia universitaria. Se invita a la persona lectora a reflexionar sobre estos tópicos y a ser más rigurosa al argumentar.

Palabras clave: abductivo, deductivo, inductivo, lógica, lógica jurídica, razonamiento.

DEDUCTIVE, INDUCTIVE AND ABDUCTIVE REASONING: CONCEPTUALIZATION AND APPLICATION IN LAW

ABSTRACT

The purpose of this article is primarily pedagogical, however, it also seeks to be a contribution to legal operators who, to a greater or lesser extent, participate in the argumentative process in judicial proceedings. In a first section, logic and legal logic are conceptualized. Then, the three types of logical reasoning that are used more within the discipline of Law are studied: deductive, inductive and abductive. With the intention of having an approach with these inferences, a series of examples are formulated, elaborated from the experience acquired in the professional practice of law and in university teaching. The reader is invited to reflect on these topics and to be more rigorous when arguing.

Keywords: abductive, deductive, inductive, logic, legal logic, reasoning.

Recibido: 30 de junio de 2022 Aprobado: 17 de Agosto de 2022

* 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; 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; participante en la tercera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana, Georg-August Universität Göttingen, Alemania; 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

Volver al índice

I. Introducción

En la disciplina del derecho, quienes intervienen en el ámbito judicial acostumbran a argumentar. En el caso de las personas abogadas -quienes representan a las partes- usualmente realizan sus planteamientos de forma escrita u oral. Por su parte, las personas juzgadoras tienen la obligación de justificar o motivar sus decisiones.

En la actualidad, podría decirse que existe consenso en cuanto a que, en la aplicación del derecho, las personas operadoras jurídicas utilizan tanto la lógica formal como la informal.

En esta investigación, a partir de una revisión bibliográfica y de la experiencia adquirida en el ejercicio profesional de la abogacía y en la docencia universitaria, en un primer apartado, se conceptualizan la lógica y la lógica jurídica; luego, se analizan en detalle los principales razonamientos (plano de la lógica formal) utilizadas en el campo del derecho, a saber: deductivos, inductivos y abductivos. En el desarrollo del trabajo, se formula una serie de ejemplos, cuya finalidad es brindar una noción más clara sobre estas inferencias a efectos de que puedan emplearse en la praxis judicial de una mejor manera.

Se aclara que, por no formar parte del objeto de estudio de este artículo, no se abordarán aspectos relacionados con la lógica informal y su importancia en el derecho (ello quedará para otra oportunidad).

II. Lógica y lógica jurídica

La preocupación por el estudio de la lógica no necesariamente es una cuestión de las personas especialistas en matemática y filosofía. En el campo del derecho, reviste gran importancia.

De acuerdo con Arroyo y Rodríguez (2002, p. 63), la lógica clásica, tradicionalmente conocida como formal, pura o teórica, es una contribución al pensamiento universal del filósofo griego Aristóteles (384–322 a. C.). Durante siglos, la doctrina de este pensador permaneció prácticamente invariable, salvo algunos aportes y sistematizaciones introducidos en la Edad Media, y con una mayor transformación y desarrollo, sobre todo en dirección a la lógica matematizada o calculatoria, ocurrida a partir de los siglos XIX y XX.

La lógica aristotélica es concebida por su propio creador, en primer lugar, no como una ciencia independiente, sino como un método o camino a través del cual puede investigarse y alcanzarse el conocimiento científico (metodología). En este sentido, la lógica clásica nace como un instrumento útil para la enseñanza, en orden al conocimiento de la verdad (epistemología).

Regularmente, la lógica se ha concebido como la teoría de la inferencia, debiendo entenderse esta última como la relación entre las premisas y la conclusión de un argumento. Sin embargo, debe tenerse presente que, con posterioridad a la segunda mitad del siglo XX, se ha planteado una clara distinción -que mantiene vigencia- entre lógica formal e informal.

En palabras de Camacho (2002, pp. 24-25), mientras que, a nivel formal, en un argumento (debe entenderse para efectos de este artículo como sinónimo de razonamiento), interesa únicamente la relación esquemática entre proposiciones o sus términos, reducida a una estructura abstracta, en la lógica informal, se tienen que analizar, la ironía, los gestos, las amenazas abiertas u ocultas, la ridiculización de la persona adversaria, la apelación a la lealtad o a la autoridad, entre otros aspectos.

Para Perelman (2007, p. 141), la lógica formal se relaciona con la demostración y la lógica informal con la argumentación. En el plano de la demostración,

Volver al índice

interesa si los argumentos son correctos o incorrectos (mejor dicho, válidos o inválidos), a partir de proposiciones verdaderas o falsas, mientras que, en el ámbito de la argumentación, no se trata de mostrar que una cualidad objetiva, como la verdad, pase de las premisas a la conclusión, sino si es permitido admitir el carácter razonable, aceptable de una decisión.

Se indica que, si bien, no es una condición suficiente, la importancia fundamental de la lógica formal radica en el hecho de que la observancia de sus reglas es una condición necesaria para toda ciencia (Klug, 2004, p. 3).

Por su parte, la lógica informal utiliza categorías más amplias y flexibles al buscar la estructura de la argumentación correspondiente, estudiando no solo argumentos, sino también argumentaciones, identificándose, como buena la que convence y deficiente la que puede ser fácilmente rebatida (Camacho, 2002, p. 14).

En otras palabras, a la lógica formal le interesa la forma de los razonamientos, mientras que a la no formal (o informal) su contenido y el contexto.

En las próximas líneas, se estudiarán las tres clases principales de inferencias o razonamientos lógicos, a saber: deductivos, inductivos y abductivos, lo anterior, enmarcado en el ámbito de la lógica jurídica.

De acuerdo con González (2012, pp. xvii y 8), la lógica jurídica es el estudio que indica las reglas por medio de las cuales se va a utilizar (correcta e incorrectamente) un conjunto determinado de palabras, por medio de conexiones concretas entre ellas. Esta disciplina reúne más o menos un conjunto determinado o determinable de reglas para combinar oraciones de modo no contradictorio en el campo jurídico, y puede ser aplicada para redactar y analizar normas jurídicas; ofrecer soluciones jurídicas que se pueden tomar como decisiones jurídicas y describir, analizar y fundamentar las discusiones acerca de las normas jurídicas.

Se ha dicho que la lógica del derecho se ocupa de un metalenguaje. El lenguaje objeto es el lenguaje ordinario (Schreiber, 1999, pp. 19-20).

La expresión "lógica jurídica" no es del todo pacífica. No todas las personas juristas están convencidas de que, en el campo del derecho, el modo de operar sea siempre lógico. Desde una perspectiva restringida, se utiliza para hacer alusión a la lógica formal, mientras que, en sentido más amplio, se asocia con términos como "aceptable" o "fundado".

Partiendo de que la lógica formal es un elemento necesario, mas no suficiente (o no siempre suficiente) de la argumentación jurídica, de seguido se estudiarán las tres clases de razonamientos lógicos e inferencias más conocidos y utilizados en el derecho: deductivos, inductivos y abductivos.

III. Razonamientos deductivos

Los razonamientos deductivos son aquellos que garantizan que la conclusión necesariamente será verdadera, si las premisas lo son. La conclusión es una consecuencia lógica (se sigue necesariamente) de las premisas.

En palabras de Freund (2005, p. 82), los razonamientos deductivamente válidos son aquellos en donde es imposible que las premisas sean verdaderas y la conclusión falsa.

En los razonamientos deductivos, se usan los términos técnicos "válido" e "inválido" en lugar de correcto e incorrecto. En un argumento deductivo, las premisas y la conclusión están relacionadas de tal modo que es absolutamente

Volver al índice

imposible que las premisas sean verdaderas a menos que la conclusión también lo sea (Copi y Cohen, 2007, pp. 70-71).

Cuando razonamiento sigue un esquema lógico deductivo, se tiene que, si las premisas son verdaderas, su conclusión también lo es. Por eso autores como Bonorino (2004, p. 38) sostienen que un argumento deductivo es aquel en el que, si sus premisas son verdaderas, su conclusión es necesariamente verdadera. Es relevante que lo que determina la validez o corrección lógica no es el contenido de las premisas, sino la forma o estructura del argumento.

Dentro de los argumentos deductivos más comunes, de interés para nuestros efectos, se encuentra el tradicional silogismo judicial.

Para una mayor comprensión, se tomará como ejemplo lo establecido por el artículo 111 del Código Penal (en adelante CP) de Costa Rica, el cual regula el delito de homicidio simple y dispone: *"[...] Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de doce a dieciocho años [...]"*[1].

Partiendo de dicha norma, véase el siguiente ejemplo conformado por premisas (P)[2] y una conclusión (C):

P.1. Si alguien mata a otra persona, debe ser castigado con una pena de prisión de doce a dieciocho años (premisa mayor o proposición normativa).

P.2. Gerardo mató a una persona (premisa menor o proposición fáctica).

C. Gerardo debe ser castigado con una pena de prisión de doce a dieciocho años (conclusión o inferencia lógica).

El silogismo expuesto es un modelo general básico dentro de la argumentación jurídica, relacionado con la denominada justificación interna de las decisiones jurisdiccionales. Tiene la particularidad de que combina un enunciado normativo (la norma general) con uno descriptivo (el hecho) para inferir un tercer enunciado, también prescriptivo (lo que algunos conciben como una norma individual).

La regla de inferencia denominada *modus ponens*[3] (modo de poner) es un ejemplo de silogismo. Se caracteriza porque garantiza que el paso de las premisas a la conclusión es formalmente válido. Según esta inferencia, a partir de un enunciado condicional y de la afirmación de su antecedente, se puede derivar la afirmación del consecuente.

Según la lógica formal proposicional, podría expresarse así[4]:

1 Autores como Freund (2005, p. 82) sostienen que el enfoque clásico es objeto de amplia discusión (debido a su naturaleza semántica) para normas con un contenido similar a la indicada que utiliza como expresión normativa "deberá imponérsele pena de prisión de x años", pues la validez o corrección lógica de un razonamiento presupone que tanto las premisas como la conclusión sean enunciados (expresiones que pueden ser falsas o verdaderas), por lo que las normas no necesariamente son enunciados. Independientemente de lo señalado, debe tenerse presente que, en la praxis judicial, se acude -en mayor o menor medida- a la lógica deductiva a partir de normas como la expuesta para fundamentar el dictado de sentencias.

2 Las premisas no necesariamente se limitan a dos, sino que la cantidad puede ser mayor, dependiendo del razonamiento. Aunque usualmente se colocan antes de la conclusión, el orden podría ser distinto.

3 Aparte del *modus ponens*, existen otros silogismos deductivos como el *modus tollens*: «si p, entonces, q; no q; por lo tanto, no p»; el silogismo transitivo o hipotético: «si p, entonces q; si q, entonces r; por lo tanto, si p, entonces, r»; silogismo disyuntivo: «p o q; no q; por lo tanto p», los cuales aplican para problemas normativos o fácticos.

4 Los razonamientos deben tener una forma lógica reconocible: premisas, conclusión y relación por inferencia. En la deducción, no siempre las premisas se enuncian primero a la conclusión, puede ser a la inversa.

Volver al índice

Si p→q
p

Por lo tanto:

Contrario a quienes piensan que la lógica deductiva es improductiva (en cuanto parten de que con esta forma de inferir, no se obtiene propiamente un nuevo conocimiento), debe reconocerse que, en la práctica judicial, es útil y que, en consecuencia, no debe prescindirse de ella. Sin embargo, dependiendo de las circunstancias, podría no ser un instrumento suficiente para el estudio y el manejo de los argumentos.

Volviendo al ejemplo recién expuesto. No siempre *"[...] Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de doce a dieciocho años[...]"*. Piénsese en la persona que da muerte a su propio padre. Al ser un ascendiente, eventualmente estaría cometiendo un delito de homicidio calificado conforme lo señala el inciso 1) del numeral 112 del CP, el cual dispone una pena de prisión de veinte a treinta y cinco años.

Se estaría ante otro escenario, si se da muerte a alguien por culpa, pues esta conducta se sanciona como un homicidio culposo (ordinal 117 CP), cuya pena inicialmente (hay supuestos más específicos) es seis meses a ocho años de prisión.

En el campo del derecho penal, para imponer una pena, debe demostrarse que la conducta en la que incurrió el sujeto activo es típica, antijurídica y culpable. Además, otros temas están de por medio, por ejemplo, si la persona es autora o partícipe del hecho delictivo, o si se presenta una relación concursal (cuando se atribuye la comisión de más de un delito).

Si en un juicio penal, se determina, verbigracia, que la persona acusada por un homicidio simple dio muerte a otra persona actuando bajo una legítima defensa (causa de justificación), ello significaría que la conducta no es antijurídica y, en principio, habría que absolverla por ese delito. La estructura del razonamiento básicamente sería el siguiente:

P.1. Si alguien mata a otra persona, debe ser sancionado con una pena de prisión de doce a dieciocho años (art. 111 CP).

P.2. No comete delito quien actúa bajo una legítima defensa.

P.3. La legítima defensa se presenta cuando se obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre y cuando existan una agresión ilegítima y una necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión (art. 28 C. P.).

P.4. Gerardo mató a Ricardo.

P.5. Cuando Gerardo mató a Ricardo, actuó en legítima defensa.

C. Gerardo no debe ser condenado (= debe absolverse a Gerardo).

Resulta oportuno hacer unos breves comentarios.

En primer lugar, se tiene que (P.1) (P.2) y (P.3) componen la premisa normativa del razonamiento, la cual, en su conjunto, se puede presentar así:

Premisa normativa: El que mata a otra persona debe ser sancionado con pena de prisión de 12 a 18 años; pero está exento de responsabilidad penal quien actúa bajo una legítima defensa, la cual se presenta cuando se obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre y cuando existan una agresión ilegítima y una necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión.

Volver al índice

En segundo término, (P.4) y (P.5) conforman conjuntamente la premisa fáctica del caso que puede reproducirse así:

Premisa fáctica: Gerardo mató a Ricardo, pero lo hizo actuando en legítima defensa.

Habiéndose demostrado en el juicio penal (a partir de la prueba recabada) que Gerardo mató a Ricardo, actuando en legítima defensa, la conclusión sería:

Conclusión: Gerardo no debe ser condenado por el delito de homicidio simple (se le debe absolver).

El ejemplo mostrado refleja que, en la práctica, los razonamientos usualmente están construidos por subrazonamientos (cadenas de razonamientos).

Aunque no es frecuente que, en una sentencia, la decisión quede plasmada bajo una secuencia lógica como la expuesta *supra* (numerando las premisas, por ejemplo), lo cierto es que los fallos judiciales deben tener un grado de justificación interno (que sustente su propia estructura lógico-formal) y otro externo (que permite su corrección o fundamentación).

Otro aspecto que no puede dejarse de lado al estudiar los razonamientos deductivos es su atributo de validez o invalidez que, en el caso de las proposiciones, es de verdad o falsedad.

Si un argumento es válido, la verdad de sus premisas garantiza la verdad de la conclusión (Bonorino, 2004, p. 78). No obstante, como bien lo apuntan Copi y Cohen (2007, pp. 75-77), la verdad o falsedad de la conclusión de un argumento no determina por sí misma la validez o invalidez del argumento. El hecho de que un argumento sea válido a nivel formal no garantiza que su conclusión sea verdadera desde el punto de vista material.

Los razonamientos pueden mostrar diferentes combinaciones de verdad y falsedad de premisas y conclusiones.

En el caso de la regla de inferencia denominada transitividad del condicional (silogismo hipotético), el esquema es el siguiente:

$p \rightarrow q$

$q \rightarrow r$

Por lo tanto: $p \rightarrow r$

Un ejemplo sencillo sería:

P.1. Si estafo a alguien, estaré cometiendo un delito.

P.2. Si cometo un delito, podría ir a la cárcel.

C. Por lo tanto, si estafo a alguien, podría ir a la cárcel.

De lo anterior se colige que las premisas son verdaderas desde un punto de vista material, al igual que la conclusión, estando, a su vez, ante un razonamiento válido desde la perspectiva de la lógica formal.

Pero con una estructura similar al ejemplo recién mostrado, un argumento podría contener todas sus proposiciones falsas (incluyendo la conclusión) y, sin embargo, podría ser válido desde el punto de vista de la lógica. A continuación, se presenta un ejemplo sencillo:

P.1. En Costa Rica, todas las personas denunciadas por la comisión de un delito son condenadas.

P.2. En Costa Rica, todas las personas condenadas siempre son hombres.

Volver al índice

C. Por lo tanto, en Costa Rica todos las personas denunciadas por la comisión de un delito siempre son hombres.

Podría suceder que en un argumento tanto las premisas como la conclusión sean verdaderas en el plano material y, no obstante, podrían ser inválidas desde el punto de vista de la lógica. Tal situación ocurre con el siguiente ejemplo:

P.1. Todos los magistrados son abogados.

P.2. Keylor Navas no es magistrado.

C. Por lo tanto, Keylor Navas no es abogado.

Estamos en presencia de un uso incorrecto del *modus pones* (ante la falacia del antecedente) que consiste en negar el antecedente y, por ende, también el consecuente. Es errado debido a que la regla del *modus pones* se usa afirmando el antecedente, no negándolo.

Lo dicho hasta ahora con respecto a los razonamientos deductivos amerita una pausa para ordenar algunas ideas.

En la deducción, la corrección formal de la conclusión depende de cómo se siga con necesidad lógica de las premisas, y la verdad material de la conclusión es enteramente dependiente de la verdad material de las premisas, ya que, en la conclusión, nada se dice que no esté ya implicado en las premisas. En la lógica deductiva, los problemas son dos: uno material, si las premisas son verdaderas o falsas, y otro formal, si la conclusión se sigue con necesidad lógica a partir de las premisas, sean estas materialmente verdaderas o falsas.

Por ello, un razonamiento lógicamente correcto puede llevarnos a una conclusión materialmente falsa, como consecuencia de la falsedad material de alguna de sus premisas (García, 2012, pp. 56, 62 y 66).

Por otra parte, se tiene que la conclusión que resulta de un razonamiento lógicamente erróneo puede ser formalmente equivocada, pero materialmente verdadera, porque la verdad del contenido de esa conclusión no está fundada en esas premisas. Es decir, dichas premisas no valdrán como argumento justificatorio de la verdad de lo que en la conclusión se diga (Harbottle y Lemus, 2019, p. 26). Veamos un ejemplo:

P.1. Las estafas están sancionadas como delitos en Costa Rica.

P.2. Los homicidios son un problema muy grave para Costa Rica.

C. Los homicidios están sancionados como delitos en Costa Rica.

Lo que se afirma en la conclusión (C) es verdad, pero, en modo alguno, es una verdad que se siga de las premisas (P.1) y (P.2).

Para efectos de un serio y adecuado ejercicio profesional, las personas abogadas, a la hora de exponer su teoría del caso, y las personas juzgadoras, al dictar las sentencias, cuando construyan razonamientos deductivos, deben emplear premisas que sean verdaderas desde una perspectiva material o real, las cuales, a su vez, deben cumplir con las reglas lógicas que se han establecido, lo anterior, en aras de presentar argumentos válidos con conclusiones verdaderas.

Un último punto por abordar a nivel de la lógica deductiva es que debe tenerse presente que existe una concepción errónea que considera que la clave para distinguir los argumentos deductivos de los inductivos es el carácter general o particular de los enunciados que cumplen la función de premisas y conclusión.

Volver al índice

En el esquema aristotélico, se distingue entre razonamiento analítico que se mueve de lo general a lo particular y que propone premisas verdaderas de las cuales se puede derivar una conclusión también verdadera; y el razonamiento dialéctico que va de lo particular a lo general.

Es muy común encontrar en libros de textos e, incluso, en tratados jurídicos, que los argumentos deductivos son aquellos que van de premisas generales a conclusiones particulares, mientras que, en los argumentos inductivos, se va de lo particular a lo general.

Como bien lo expone Bonorino (2004, p. 81), a pesar de lo difundida que se encuentra esta visión, esta debe ser rechazada. Existen muchos argumentos deductivos que pueden ir de lo general a lo particular(G-P), de lo general a lo general (G-G), de lo particular a lo general (P-G) y de lo particular a lo particular (P-P). De seguido se ilustra (con una temática relacionada con la materia penal) lo recién dicho.

General→ particular

P.1. Todas las personas con menos de 12 años de edad son inimputables en Costa Rica.
P.2. Adrián es una persona con menos de 12 años de edad.
C. Adrián es inimputable.

General→ general

P.1. Todas las personas con menos de 12 años de edad son inimputables en Costa Rica.
P.2. Todas las personas comprendidas en la etapa de primera infancia tienen menos de 12 años de edad.
C. Todas las personas comprendidas en la etapa de primera infancia son inimputables en Costa Rica.

Particular→ general

P.1. Adrián tiene 11 años de edad y es inimputable porque tiene menos de 12 años de edad.
P.2. Adrián es mayor que Juan.
C. Toda persona menor que Adrián y Juan es inimputable porque tiene menos de 12 años de edad.

Particular→ particular

P.1. Si Adrián tiene menos de 12 años de edad, entonces Adrián es inimputable.
P.2. Adrián tiene menos de 12 años de edad.
C. Adrián es inimputable.

Por ahora, debe tenerse presente, por un lado, que la sentencia no es un mero silogismo judicial (la jueza o el juez se estaría visualizando como un autómata) y, por otro, que, en su labor, las y los juristas emplean razonamientos que responden no solo a la lógica formal deductiva (también utilizan técnicas de pensamiento, como la tópica y la retórica que se asocian más a la llamada lógica informal).

Sin embargo, es innegable -y por eso se ha decidido escribir sobre este tema- que el modelo deductivo es uno de los instrumentos fundamentales para la toma de decisiones judiciales y cuando se plantean alegatos (de forma oral o escrita) en los procesos judiciales.

Habiendo realizado dicha aclaración, se procede a continuación con el estudio de los razonamientos inductivos, los cuales también revisten gran importancia en el campo del derecho.

IV. Razonamientos inductivos

Cuando razonamos ordinariamente, así como al aplicar el derecho -aparte de deducir-, solemos

Volver al índice

realizar otro tipo de inferencias, como los razonamientos inductivos.

Podría señalarse, en términos generales, que la inferencia inductiva no es definitivamente cierta. Las premisas apoyan la conclusión, pero no la garantizan. Por eso, tradicionalmente se ha indicado que los razonamientos concluyen en términos de probabilidad. Aun cuando las premisas sean verdaderas, la conclusión podría ser falsa. A este tipo de inferencia se le asigna "fuerza" en función de su probabilidad (más o menos fuerte o débil).

De acuerdo con Atienza (2015, p. 1426), la diferencia entre los argumentos deductivos y los inductivos es que, solo en relación con los primeros, resulta imposible que las premisas sean verdaderas (o posean algún otro valor: como la corrección o validez normativa) y que la conclusión no lo sea (no se transmita ese valor). En el caso de las inducciones, lo que se explica es que es probable (en un grado mayor o menor) que, si las premisas son verdaderas, entonces la conclusión lo será también.

El esquema formal de una inducción expresa muy poco a la hora de evaluar los argumentos inductivos, pues, lo que más importa son cuestiones materiales y contextuales (Atienza, 2015, p. 1426).

Un argumento inductivamente fuerte, por necesidad es un argumento inválido desde el punto de vista de la lógica deductiva. La fuerza inductiva de un argumento mide el grado de probabilidad que tiene la conclusión en el caso de que todas las premisas de un argumento inductivo sean verdaderas. Su fuerza inductiva no proviene de la forma -como la validez- sino de la evidencia que contienen sus premisas (Bonorino, 2004, pp. 78 y 86).

Como bien lo expone Camacho (2002, p. 22), en la inferencia inductiva, el paso de las premisas a la conclusión es solo probable (no es necesario): se pueden admitir las premisas y dudar de la conclusión. Las premisas pueden ser verdaderas y, sin embargo, la conclusión puede ser falsa, aunque esté basada en las premisas. En la inducción, se habla de argumentos probables o improbables.

En el razonamiento inductivo, se pretende que sea improbable -pero posible- que las premisas sean verdaderas y la conclusión sea falsa.

El argumento inductivo no tiene como pretensión que sus premisas sean fundamentos para la verdad de su conclusión, sino solamente que le proporcionen cierto apoyo. Los argumentos inductivos no pueden ser caracterizados como "válidos" o "inválidos" en el sentido en que estos términos se aplican a los argumentos deductivos, pero sí pueden ser evaluados como mejores o peores, de acuerdo con el grado de apoyo que proporcionan sus premisas a sus conclusiones. De este modo, cuanto mayor sea la probabilidad o verosimilitud que sus premisas le otorguen a la conclusión, mayor será el mérito de un argumento inductivo (Copi y Cohen, 2007, p. 71).

Bonorino (2015), refiriéndose a la "probabilidad inductiva" o "probabilidad lógica", explica:

> *[...] Con ella se alude al grado de apoyo que cabe atribuir a la verdad de la conclusión teniendo en cuenta la verdad de las premisas de un argumento, que (asignándole valores de 0 a 1) o cualitativos («alta», «baja», «muy baja», etc.). «Probable» en este sentido expresa una relación entre las premisas y la conclusión de un argumento y no una propiedad de la conclusión. Es la medida de la fuerza inductiva de un argumento. En las normas procesales se usan estándares cualitativos como «más allá de toda duda razonable», «plena prueba», «íntima convicción», «preponderancia de la evidencia» para aludir al grado de*

Volver al índice

> *apoyo que cabe exigir a los argumentos probatorios para aceptar la verdad de su conclusión [...]* (p. 60).

Así como la validez es el nombre que se utiliza para la corrección deductiva de un argumento, en el caso de la corrección inductiva, se denomina fuerza inductiva. Así, los razonamientos pueden ser inductivamente fuertes (si es altamente improbable que todas sus premisas sean verdaderas, y la conclusión falsa) o débiles (si sus premisas pueden ofrecer algo de soporte a la verdad de la conclusión, pero no el suficiente como para considerarla altamente probable).

Como se adelantó, la distinción entre argumentos deductivos e inductivos usualmente se centra en la particularidad o generalidad de sus premisas y conclusiones. Suele indicar que las inferencias deductivas van de lo general a lo particular, mientras que las inferencias inductivas van de lo particular a lo general. No obstante, esta distinción es insatisfactoria.

La inducción es mucho más *que "ir de lo particular a lo general",* como indican muchos textos. Su característica primordial es el "salto" de las premisas a la conclusión y, en el vacío que deja, radican tanto su debilidad como su importancia, pues, por una parte, no ofrece garantía total, como sí permite la deducción, pero, por otra, posibilita avanzar en el conocimiento de la realidad (García, 2014, pp. 137-138).

A continuación, se presentan varios ejemplos de razonamientos inductivos que van de lo general a lo particular (G-P), de lo general a lo general (G-G), de lo particular a lo general (P-G) y de lo particular a lo particular (P-P).

General→ particular

P.1. Todos los jueces civiles son funcionarios judiciales.
P.2. Todos los jueces penales son funcionarios judiciales.
P.3. Alfredo es juez.
C. Probablemente, Alfredo es un funcionario judicial.

General→ general

P.1. Todos los jueces civiles son funcionarios judiciales.
P.2. Todos los jueces penales son funcionarios judiciales.
P.3. Todos los jueces laborales son funcionarios judiciales.
C. Probablemente, todos los jueces son funcionarios judiciales.

Particular→ general

P.1. Alfredo es juez y es funcionario judicial.
P.2. Gilberto es juez y es funcionario judicial.
P.3. Sergio es juez y es funcionario judicial.
C. Probablemente, todos los jueces son funcionarios judiciales.

Particular→ particular

P.1. Alfredo es juez y es funcionario judicial.
P.2. Gilberto es juez y es funcionario judicial.
P.3. Sergio es juez.

C. Probablemente, Sergio es funcionario judicial. De lo anterior, se colige que pueden construirse razonamientos inductivos a partir de cada una de las cuatro combinaciones recién indicadas. Por ello, no es satisfactorio caracterizar los argumentos deductivos como aquellos donde se infieren conclusiones particulares a partir de premisas generales, ni los argumentos inductivos como aquellos donde se infieren conclusiones generales a partir de premisas particulares.

Si bien, suele afirmarse que, en un argumento inductivo, se mide el grado de probabilidad de

Volver al índice

la conclusión (fuerza inductiva), debe tenerse presente que, en la práctica judicial, cuando se emplea este tipo de razonamientos, usualmente no se indica explícitamente que la conclusión se sigue solo de manera probable (en algunas ocasiones, más bien, la conclusión se presenta a modo de regla general).

En la práctica del derecho, suelen aparecer los resultados de inducciones, especialmente bajo las llamadas máximas de la experiencia, como la que nos indica que, si una persona le dirige a otra, noventa puñaladas en dos minutos y con un cuchillo de medianas dimensiones, es porque quería matarla.

El juez que así concluya, con base en el sentido común, estará razonando adecuadamente (aun cuando podría darse un caso muy aislado en el que ante ese contexto tenga la intención de lesionarlo o asustarlo; pero ello deberá ser objeto del proceso judicial en particular).

Conforme lo apunta García (2012, p. 63), las máximas de experiencia o el sentido común nos dicen que, si un ciudadano tiene en su casa un kilo de cocaína, será porque trafica o pretende traficar con ella, no porque sea previsor y la haya adquirido para su consumo de toda la vida o porque pretenda batir un récord de tenencia de cocaína sin ánimo de consumo.

Esas máximas de experiencia tienen una base inductiva compartida, por así decirlo. Cualquier persona juzgadora ha visto y oído múltiples veces, ha comprobado o sabido que otras personas comprobaban que quien tenía en su casa más de unos gramos de cocaína no los acumulaba para su consumo, sino para el tráfico con ella. Por eso se constituye así, inductivamente, la premisa mayor y universal de un razonamiento deductivo posterior:

P.1. Todo el que tiene un kilo o más de cocaína lo tiene para comerciar con ella.
P.2. “A” tiene un kilo de cocaína.
C. “A” la tiene para comerciar con ella.

Si no se refuta con elementos probatorios la verdad de (P.1), mostrando que este caso presenta una excepción, sentado que sea verdadero lo que en (P.2) se afirma, será razonable que el juez o la jueza concluya que “A” tenía la cocaína para comerciar con ella.

Recientemente, en Costa Rica, se presentó un caso, en el campo del derecho penal, en el que un tribunal de apelación de sentencia aplicó una máxima de experiencia siguiendo una lógica inductiva. Concretamente, en esta resolución, dispuso:

> *[...] Contrario a lo que se indica, el fallo sí analizó el aporte funcional de los imputados para la comisión conjunta de la tentativa de robo agravado endilgado, tomando en cuenta, la ubicación de los bienes sustraídos en el cielo-raso del local comercial, la cantidad y la dimensión de estos: tres ventiladores pequeños, un router de internet, una pantalla de televisión de 14 pulgadas, un control remoto de televisión, un teclado de computadora y un CPU, infiriendo el Tribunal que necesariamente para trasladarlos del interior de la primera planta a ese espacio físico se requería la participación de dos personas. Este razonamiento inductivo es adecuado, porque siguiendo máximas de experiencia, es imposible que una sola persona fuera capaz de entrar al local comercial por el techo, zafando láminas de zinc, perforando el cielo-raso, descendiendo al negocio, sustrayendo los bienes mencionados, colocándoles sobre el cielo-raso, subiendo hasta el techo y huyendo con el botín en sus manos, de manera ágil y rápida para no ser*

Volver al índice

> *descubierto ni atrapado [...]. (Resolución n.° 2020-00537 de las catorce horas quince minutos, del diecinueve de junio de dos mil veinte, del Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Primera, San Ramón).*

Cabe resaltar que la inferencia inductiva se utiliza mucho en los procesos judiciales en lo que respecta al razonamiento probatorio. Sin embargo, no es usual que, en la sentencia, se reconozca explícitamente, por ejemplo, que las conclusiones se establecen con cierto grado de probabilidad.

Según lo expone García (2014, p. 37), aun cuando los jueces indican que fallan o deciden en certeza, su conocimiento sobre la culpabilidad de alguien no puede ser sino probable, porque los hechos que respaldan la sentencia se definen por inducción que solo otorga probabilidad.

La materia penal tiene la particularidad de que para tener por acreditada la responsabilidad penal de la persona acusada, esta debe establecerse en grado de certeza. En Costa Rica, la Constitución Política dispone en su artículo 39: *"[...] A nadie se 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*** *[...]"*. (La negrita no es del original).

A su vez, el numeral 9 del Código Procesal Penal refiere: *"[...] El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de* ***duda*** *sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado [...]"*. (La negrita no es del original).

Desde esta perspectiva, si finalizado un juicio penal, no existe certeza de la comisión del hecho delictivo, sino solamente un grado de probabilidad (que necesariamente implica que existe duda), debe absolverse a la persona imputada.

Una situación distinta se presenta en lo que respecta a las medidas cautelares. Sobre esta materia, podemos encontrar ejemplos en los que la lógica inductiva adquiere relevancia.

En Costa Rica, el artículo 239 del Código Procesal Penal establece que, para imponer prisión preventiva a una persona, se requiere que:

> *a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él. b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva. c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad [...].*

Por su parte, el numeral 240 de este mismo cuerpo normativo regula el peligro de fuga, indicando sobre el particular:

> *[...] Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga. b) La pena que podría llegarse a imponer en*

Volver al índice

> *el caso. c) La magnitud del daño causado. d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.*

En términos generales, se podría señalar que es perfectamente posible que a una persona se le imponga la medida cautelar de prisión preventiva en el supuesto de que: *i)* exista una denuncia en su contra, por ejemplo, por la comisión de un delito de abuso sexual, el cual se sanciona con pena de prisión de acuerdo con lo establecido por el ordinal 161 del Código Penal; *ii)* en la investigación se determine que hay elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que es, con probabilidad, autor de ese hecho y *iii)* exista, verbigracia, peligro de fuga. Para establecer si se está ante este peligro procesal (fuga), la persona juzgadora tendrá que formular una serie de premisas y, mediante un razonamiento (o una cadena de razonamientos) de naturaleza inductiva, tendrá que concluir si existe probabilidad de que la persona, de quedar en libertad, se fugará y no se someterá al proceso.

Un último aspecto por comentar sobre los razonamiento inductivos es su estrecha relación con los argumentos por analogía, por generalización y por relación de causalidad. Su erróneo empleo puede llevar a que se incurra en falacias. Entre otras posibilidades, ello podría ocurrir si se presenta un problema al identificar las propiedades de los objetos o sucesos que se comparan; si el tamaño de la muestra es muy pequeño o si esta no es representativa para apoyar la conclusión, o, incluso, si se excluyen ciertas posibilidades que puedan dar origen a un determinado resultado.

La fortaleza de los argumentos inductivos, sin duda, dependerá, en primer lugar, de la verdad o verosimilitud de sus premisas y, en segundo término, de la evidencia existente (experiencias, observaciones, hechos concretos). A modo de ejemplo, cuanto mayor sea la cantidad de elementos involucrados de un conjunto y que son tomados en cuenta, el razonamiento inductivo será más fuerte o sólido.

V. Razonamientos abductivos

Aparte de la deducción y la inducción, diversos autores mencionan el razonamiento abductivo como un tercer tipo de inferencia lógica.

Al igual que en la inducción y a diferencia de la deducción, en la abducción, la conclusión no se deriva de las premisas con necesidad lógica, agregándose que, en la conclusión, se contiene información que en las premisas no estaba incluida (García, 2012, p. 65).

El estadounidense Charles Sanders Peirce (1839-1914) desarrolló la abducción como una forma o modalidad de razonamiento, básicamente, como una operación lógica que introduce una nueva idea. Este razonamiento es conocido también como conjetura o como argumento a partir de la mejor explicación a un hecho o un fenómeno.

Para Atienza (2013, p. 179), la abducción, en cierto modo, es una inducción, caracterizada porque cumple una función heurística (se utiliza para conjeturar algo) y porque tiene carácter derrotable, se alude más a la argumentación como actividad que como resultado. No obstante, lo cierto es que este mismo autor (2015, p. 1427) reconoce que la abducción es un argumento que se diferencia del deductivo y del inductivo, por cuanto consigue que surja una nueva idea.

Existe coincidencia entre los autores que han estudiado este tipo de razonamiento, en el sentido de que este es muy común en las series policiales, sobre todo en aquellas donde uno o varios detectives investigan cómo se cometió un

Volver al índice

crimen o delito. En la praxis judicial, se emplea tanto para guiar la investigación judicial como para fundamentar sus resultados.

La abducción se asemeja a una especie de razonamiento inductivo por hipótesis e inferencias por reconstrucción. Un esquema podría ser el siguiente:

- Tenemos la evidencia "B" (hecho).
- Si ocurre "A", se produce "B" (hipótesis).
- Por tanto, "A" está relacionado con la producción de "B".

Veamos un ejemplo expuesto por García (2014, pp. 145-146).

(1) La herida de la víctima presenta hemorragia profusa.
(2) Todas las heridas producidas con arma blanca causan hemorragia profusa.
(C) Por tanto, la herida fue producida por arma blanca.

Bonorino (2004, p.108) caracteriza a la abducción como un "salto a la mejor explicación", la cual posee la siguiente estructura:

(1) El fenómeno "A" tiene las siguientes características H1, H2, H3, H4, H5, H6, H7.
(2) "B" es la mejor explicación para todas las características que presenta "A".
(C) "B".

Bajo ese esquema, dicho autor muestra el siguiente ejemplo:

(1) González fue asesinado en su casa con un revólver calibre 38 que pertenecía a Pérez.
(2) Pérez necesitaba dinero para saldar sus deudas de juego.
(3) Pérez odiaba a González desde hacía mucho tiempo.
(4) Pérez era amante de la esposa de González, la cual era la única beneficiaria del seguro de vida de su marido.
(5) Dos testigos fidedignos vieron a Pérez salir de la casa de González diez minutos después de la hora estimada de su deceso.
(6) Las huellas digitales de Pérez fueron halladas en el arma empleada para asesinar a González.
(7) La esposa de González reconoció que había conspirado con Pérez para asesinar a su marido.
(C) Pérez asesinó a González.

La fuerza argumentativa de este tipo de argumentos depende de que:

1. Se conjugue mayor número de datos e hipótesis sobre el mismo hecho.
2. Las hipótesis exhiban relación causal entre lo explicado y la explicación.
3. Los intentos de refutar las hipótesis no tengan éxito.
4. Exista coherencia en el conjunto de argumentos.
5. La hipótesis explicativa causal, o sea la conclusión del argumento, sea la más simple, más relevante, más explicativa, compatible con el mayor número de pruebas y conocimientos confirmados previamente, y concordante con las demás hipótesis auxiliares (García, 2014, p. 146).

Para efectos de los procesos judiciales, puede afirmarse que la abducción es la forma de razonar que va "de las pruebas a las hipótesis". Zavaleta (2018) señala sobre este punto:

> *[...] Lo que en ningún caso puede ocurrir es que partamos de una teoría de los hechos construida sobre la base de prejuicios, suposiciones o ideas preconcebidas para buscar su confirmación en la realidad. En este caso no existiría una abducción sino*

Volver al índice

> *una mera especulación. Es sobre la base de los indicios que se van formulando hipótesis explicativas sobre los hechos del caso, y no al revés [...] (p. 198).*

Se indica que siempre o casi siempre que un juez o una jueza concluye sobre si un hecho discutido en el proceso ha quedado probado o no, hace un razonamiento abductivo (especialmente en asuntos penales por análisis de prueba indirecta o indiciaria).

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (a la que le corresponde conocer los recursos de casación y procedimientos de revisión en materia penal) ha indicado que los indicios (prueba circunstancial o indiciaria) deben ponderarse en su conjunto y no en forma aislada y sesgada (resolución n.° 2012-00034 de las diez horas y once minutos, del trece de enero de dos mil doce).

Además, ha sostenido que, conforme a las reglas básicas de análisis de la prueba indiciaria, es necesario que el juzgador, de manera previa y con extrema minuciosidad, examine si los indicios están debidamente acreditados y si conllevan a una explicación unívoca sobre el hecho indicado que se pretende demostrar, pues para que dichos elementos indiciarios ostenten el valor de plena prueba y, por consiguiente, tengan la entidad para sustentar un juicio de certeza, mediante una sentencia condenatoria, necesariamente debe haberse descartado la existencia de otras posibles conclusiones que puedan derivarse de ellos.

A contrario sensu, cuando es posible determinar que los indicios con que se cuenta resultan ser de carácter anfibológico, aunque no pierden su calidad de prueba útil dentro del proceso. Sin embargo, se tornan insuficientes para generar certeza sobre el hecho indicado y, más bien, producen un grado de probabilidad que indiscutiblemente imposibilitan emitir una sentencia condenatoria (resolución n.° 2017-01099 de las once horas y treinta y tres minutos, del quince de diciembre de dos mil diecisiete).

Asimismo, de manera más reciente ha apuntado que, para realizar un correcto manejo de la prueba indiciaria, se requiere determinar la existencia de indicios que, valorados conjuntamente, puedan ser unívocos, graves, precisos y concordantes como prueba crítica que permite arribar a una conclusión lógica (resolución n.° 2021-00022 de las doce horas cincuenta y cuatro minutos, del ocho de enero de dos mil veintiuno).

De acuerdo con García (2012, pp. 65-66), la conclusión será tanto más racional y defendible cuanto: a) Menos cabos sueltos deje, cuanto más integre en un esquema coherente y una narración congruente todos los elementos concurrentes; b) más verosímil y probable resulte a tenor de esos elementos con los que la "historia" se construye y se concluye de esa manera y c) menos posibles explicaciones alternativas existan o más irrazonables parezcan todas esas posibles explicaciones alternativas.

La inferencia abductiva se ubica, en un primer momento, en el contexto de descubrimiento de las hipótesis y da lugar a la indagación o investigación para la reconstrucción de los hechos del caso (función heurística).

Si ya se cuenta con datos adicionales que permitan formular una hipótesis más completa sobre cómo ocurrieron los hechos, resulta necesario verificarla o descartarla. Esta última dimensión del razonamiento probatorio se inserta en el contexto de justificación de la hipótesis y se caracteriza porque va de las hipótesis a las pruebas (función justificativa o probatoria). Se trata de someter "a prueba" las hipótesis. A diferencia de lo que ocurre en la fase de formulación de la hipótesis, deben haberse descartado otras explicaciones plausibles.

Volver al índice

Por ello, mientras la fase de formulación se caracteriza por ser provisional y, por tanto, revisable, la fase de control debe ser definitiva y, en la práctica, no derrotable. Debe tenerse presente que no cabe hacer una distinción tajante entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, pues la formulación de una hipótesis siempre debe tener en cuenta sus posibilidades de verificación (Zavaleta, 2018, pp. 198-199).

En los razonamientos abductivos, las conclusiones son hipótesis explicativas que parten de premisas que suelen identificar un hecho pasado o en desarrollo.

VI. Conclusiones

El uso de la lógica en el derecho es más importante de lo que usualmente se piensa. Incluso existe una categoría que se denomina lógica jurídica que ha sido poco estudiada.

En la actualidad, es posible distinguir entre lógica formal e informal. A la primera le interesa la forma de los razonamientos, mientras que a la segunda, su contenido y el contexto.

La lógica formal es un elemento necesario, mas no suficiente (o no siempre suficiente) de la argumentación jurídica. Se ha concebido como la teoría de la inferencia, siendo relevante la relación que se presenta entre las premisas y la conclusión de un razonamiento o argumento.

Los razonamientos deductivos, inductivos y abductivos resultan de especial interés.

Los argumentos deductivos garantizan que la conclusión necesariamente será verdadera si las premisas lo son. Este tipo de razonamientos pueden ser válidos o inválidos. Su empleo equivocado puede conducir a que se incurra en falacias. La inferencia deductiva más tradicional y común es el silogismo judicial.

Para efectos de un serio y adecuado ejercicio profesional, las personas abogadas, a la hora de exponer su teoría del caso, y las personas juzgadoras, al dictar las sentencias, cuando construyan razonamientos deductivos, deben emplear premisas que sean verdaderas desde una perspectiva material o real, las cuales, a su vez, deben cumplir con las reglas lógicas que se han establecido, lo anterior, en aras de presentar argumentos válidos con conclusiones verdaderas.

En la práctica judicial, no debe prescindirse de la lógica deductiva, ya que resulta útil en la medida en que se emplee de forma adecuada. Los fallos judiciales deben tener un grado de justificación interno (que sustente su propia estructura lógico-formal) y otro externo (que permite su corrección o fundamentación).

Debe dejarse de lado la concepción errónea que sostiene que los argumentos deductivos son aquellos que van de premisas generales a conclusiones particulares. No siempre es así. Pueden ir de lo general a lo particular (G-P), de lo general a lo general (G-G), de lo particular a lo general (P-G) y de lo particular a lo particular (P-P).

Los razonamiento inductivos son aquellos en los que su fuerza se mide en función de su probabilidad. Pueden ser inductivamente fuertes (si es altamente improbable que todas sus premisas sean verdaderas y la conclusión falsa) o débiles (si sus premisas pueden ofrecer algo de soporte a la verdad de la conclusión, pero no el suficiente como para considerarla altamente probable).

Es insatisfactoria la caracterización que plantea que los razonamientos inductivos van de lo particular a lo general. Pueden construirse razonamientos inductivos a partir de distintas combinaciones, tales como de lo general a lo

Volver al índice

particular (G-P), de lo general a lo general (G-G), de lo particular a lo general (P-G) y de lo particular a lo particular (P-P).

La inferencia inductiva se utiliza mucho en los procesos judiciales en lo que respecta al razonamiento probatorio. Su erróneo empleo puede llevar a que se incurra en falacias.

La fortaleza de los argumentos inductivos depende, en primer término, de la verdad o verosimilitud de sus premisas y, en segundo lugar, de la evidencia existente (experiencias, observaciones, hechos concretos).

Como un tercer tipo de inferencia, encontramos el razonamiento abductivo, el cual, pese a gozar actualmente de un estatus independiente, se asemeja, en cierto modo, a una especie de razonamiento inductivo. Una de sus notas distintivas es que, mediante una hipótesis explicativa, origina una nueva idea.

En la praxis judicial, la abducción se emplea tanto para guiar la investigación judicial, como para fundamentar sus resultados.

Se indica que siempre o casi siempre que una persona juzgadora concluye sobre si un hecho discutido en el proceso ha quedado probado o no, hace un razonamiento abductivo (especialmente en asuntos penales cuando se analiza prueba indiciaria, indirecta o circunstancial).

VII. Referencias bibliográficas

Arroyo Gutiérrez, J. M. y Rodríguez Campos, A. (2002). *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.

Bonorino, Ramírez P. (2015). Entimemas probatorios. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 38, 41-71. https://doxa.ua.es/article/view/2015-n38-entimemas-probatorios.

Bonorino Ramírez, P. (2004). *La justificación de las sentencias penales: una perspectiva lógica y conceptual*. San Salvador: CNJ-ECJ.

Camacho Naranjo. L. (2002). *Introducción a la lógica*. Cartago: Libro Universitario Regional.

Copi, I y Cohen, C. (2007). *Introducción a la lógica*. México: Limusa.

Freund, M. (2005). Enseñanza de la lógica para sentencias judiciales. *Revista de Ciencias Jurídicas*. 107, 71-89. https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9703.

GarcíaAmado,J.A.(2012).*Razonamientojurídico y argumentación. Nociones Introductorias*. León, España: Ediciones EOLAS.

García Restrepo, L. (2014). *Elementos de lógica para el derecho*. Bogotá: Editorial Temis.

González Solano, G. (2012). *Lógica jurídica*. San José: Editorial UCR.

Harbottle Quirós, F. y Lemus Víquez, F. (2019). *Falacias. Una aproximación teórico-práctica en el derecho*. San José: Investigaciones Jurídicas S. A.

Klug, U. (2004). *Lógica jurídica*. Bogotá: Editorial Temis.

Perelman, C. (2007). Lógica formal y lógica informal. *Praxis Filosófica*, 25, pp. 139-144. https://praxisfilosofica.univalle.edu.co/index.php/praxis/article/view/3117/4620.

Volver al índice

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2012-00034 de las diez horas y once minutos, del trece de enero de dos mil doce.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2017-01099 de las once horas y treinta y tres minutos, del quince de diciembre de dos mil diecisiete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2021-00022 de las doce horas cincuenta y cuatro minutos, del ocho de enero de dos mil veintiuno.

Schreiber, R. (1999). *Lógica del derecho*. México: Distribuciones Fontamara.

Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Primera, San Ramón. Resolución n.° 2020-00537 de las catorce horas quince minutos, del diecinueve de junio de dos mil veinte.

Zavaleta Rodríguez, R. (2018). Razonamiento probatorio a partir de indicios. *Derecho & Sociedad*, (50), 197-219. Recuperado de: https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20388

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 130, págs 100 - 114 ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

LOS TRIBUNALES DE DERECHO PROPIO Y LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO PARTE DE SU DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. CASO BRIBRIS Y CABÉCARES DE TALAMANCA

MSc. Pablo Amador Villanueva*

RESUMEN

El presente artículo pretende identificar y describir el modelo de resolución de conflictos familiares de los pueblos indígenas bribris y cabécares de Talamanca por medio del tribunal de derecho propio y de las juntas vecinales, para definir su influencia en el fortalecimiento de su derecho a la autodeterminación. Para ello, es necesario conocer sus características demográficas y organización social y cultural, con el fin de determinar cómo han podido conservar, promover y desarrollar su justicia o derecho propio conforme a sus costumbres y cosmovisión.

PALABRAS CLAVE: derecho propio, autodeterminación, derechos humanos, cosmovisión, pluralismo jurídico, territorio indígena, sistema jurídico indígena, clanes matrilineales.

ABSTRACT

This article aims to identify and describe the model of resolution of family conflicts of the Bribri and Cabécare indigenous peoples of Talamanca through the Court of Own Law and the Neighborhood Boards, to define their influence on the strengthening of their right to self-determination. For this it is necessary to know their demographic characteristics and social and cultural organization, in order to determine how they have been able to preserve, promote and develop their justice or their own right according to their customs and worldview.

Keywords: own right, self-determination, human rights, worldview, legal pluralism, indigenous territory, indigenous legal system, matrilineal clans.

Recibido: 10 de enero de 2022 Aprobado: 17 de agosto de 2022

* Juez de familia. Licenciatura en Derecho, Universidad Metropolitana Castro Carazo. Especialidad en derecho de familia, Escuela Judicial del Poder Judicial. Maestría de Administración de Justicia del Poder Judicial, enfoque socio-jurídico con énfasis en administración de justicia en relaciones familiares, Universidad Nacional de Costa Rica. Mediador y conciliador certificado, Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

Volver al índice

I. INTRODUCCIÓN

Según el Instituto Nacional de Estadística y Censo (2011): "*En Costa Rica, los pueblos indígenas representan el 2,4% de la población total del país y están conformados por ocho culturas indígenas que son: Boruca, Térraba, Bribri, Huetar, Chorotega, Cabécar, Maleku y Guaymíes*".

Entre las ocho culturas indígenas costarricenses, los pueblos bribris y cabécares de Talamanca aún mantienen una estructura organizativa propia. Son las poblaciones más numerosas, pues según el Censo 2011 del INEC, los bribris ascendían a 18 198 y los Cabécar a 16 985, representando más del 63% del total de las personas indígenas de Costa Rica, quienes en la actualidad conservan parte de su identidad cultural, como su lengua, costumbres y sistema de clanes, además de su organización social que incluye su sistema de derecho propio o derecho consuetudinario.

El mayor problema enfrentado por estos pueblos ha sido el despojo de sus tierras. Por eso ha sido una lucha constante recuperar sus territorios y mantener su cultura. Como grupo minoritario y vulnerable, los indígenas del país deben contar con la protección de sus derechos humanos por parte del Estado; entre ellos, el respeto a la diversidad cultural y a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas que poseen una vida, cultura y estructura social diferente a la población dominante.

Sin embargo, a pesar de la aprobación de una Ley Indígena en 1977, mediante Ley N.° 7316 del 3 de noviembre de 1992, publicada en *La Gaceta* n.° 234 del 4 de diciembre de 1992, Costa Rica aprueba el Convenio N.° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con el fin de tutelar los derechos humanos de los pueblos indígenas, por lo que es uno de los instrumentos internacionales más importantes que visualizan los derechos de los indígenas y brindan grandes aportes a la legislación nacional en pro de los derechos humanos de esta población.

En su artículo 8, entre otros derechos que poseen los pueblos indígenas, el Convenio 169 reconoce **el derecho de conservar, promover y desarrollar sus costumbres e instituciones propias**, como parte de su autonomía política y social. El derecho consuetudinario también conocido como derecho propio o derecho indígena es una de esas instituciones propias que los pueblos indígenas bribris y cabécares de Talamanca conservan como parte de su cultura para resolver aquellos conflictos que surgen en sus comunidades de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.

Respecto de lo anterior, el presente artículo pretende identificar y describir el modelo de resolución de conflictos familiares de los pueblos indígenas bribris y cabécares de Talamanca por medio del tribunal de derecho propio y las juntas vecinales, para así determinar su influencia en el fortalecimiento de su derecho a la autodeterminación.

II. Antecedentes: Características demográficas, sociales y culturales de los pueblos indígenas bribri y cabécar de Talamanca

Las poblaciones bribri y cabécar de Talamanca poseen en su mayoría un idioma, una cultura, tradición y sistema de creencias muy similares. **Su organización social es por clanes, siguiendo la línea materna**, con una tradición espiritual donde el **awá (bribri)** y el **jawá (cabécar)** son los líderes espirituales, y, además, practican la medicina tradicional de cada pueblo.

Borge (2004) señala:

> *Los primeros clanes fueron los Turiwak, los Kaberiwak, los Urabruwak, los Tsibriwak,*

Volver al índice

> *los MuruLiwak y los Suewótuwak, casi todos ellos con miembros Bribris y Cabécares. Luego vinieron otros clanes más específicos para cada tribu, que se desprendieron de los clanes originales por efectos de fisión de población en nuevos espacios geográficos.*

De acuerdo con Borge y Rodríguez (s/f), citado por el Centro de Información Jurídica en Línea (s/f) del Colegio de Abogados y de Abogadas de la República de Costa Rica:

> *Los bribris y cabécares comparten casi el mismo menú alimentario a partir de la flora y fauna local, las mismas técnicas de caza, pesca, recolección y agricultura, parecido menaje del hogar, parecidas herramientas de trabajo y parecido hato de animales domésticos. Etnográficamente son también las dos tribus más parecidas de la Baja Centroamérica (p. 14).*

De acuerdo con Chacón (2012), citado por Carballo y Meza (2014): "El territorio bribri se ubica dentro del Área de Talamanca en la Vertiente Caribe, dentro del Área de Conservación La Amistad Caribe (ACLAC), que incluye a los pueblos indígenas bribri y cabécar de kekoldi, Talamanca bribri, Talamanca Cabécar, Tayní, Telire, Nairi Awari, Alto Chirripó, y Bajo Chirripó" (p. 15).

Según la Asociación de Desarrollo Integral del Territorio Indígena Bribri de Talamanca (ADITIBRI), la población de Talamanca se compone de 26 comunidades: Chasse, Bambú, Watsi, La Pera, Meleruk, Suretka, Shiroles, Sepecue, Mojoncito, Bajo Coen, Alto Coen, Coroma, Amubri, Soki, Kachabri, Suiri, Katsi, Dururpe, Namu Woki, Boca Uren, Alto Uren, Alto Lari, Duriñak, Yorkin, Shuabb, Ak Bërie.

Todas estas comunidades poseen juntas vecinales y un consejo o tribunal de derecho propio, encargadas de resolver los conflictos internos que se presentan en la comunidad, como parte del sistema organizativo que ha impulsado el mismo pueblo indígena bribri de Talamanca por medio de la Asociación de Desarrollo Integral. Actualmente, el consejo o tribunal de derecho propio en conjunto con la Asociación de Desarrollo Integral dirigen y resuelven los conflictos internos del territorio bribri.

Por su parte, Guevara & Vargas (2000) indican lo siguiente con respecto a la cultura bribri:

> *En la cultura Bribri de Talamanca aún existe la figura del chaman o "awa", los cuales solamente pueden ser de ciertos clanes, se dice que su formación dura entre diez y quince años y empieza a edades muy tempranas. Los awapas al igual que los ancianos son personas indígenas importantes en la cultura Bribri (p. 45).*

De acuerdo con la Organización Panamericana de la Salud, *Memoria del Primer Encuentro Nacional Salud y Pueblos Indígenas: Hacia una Política Nacional Intercultural en Salud* (1998):

> *Los pueblos indígenas se encuentran dentro de los grupos sociales más excluidos de nuestra sociedad. Las estrategias y políticas sociales no toman en cuenta la multiplicidad étnica y como consecuencia, se presentan altos índices de pobreza, analfabetismo, necesidades básicas insatisfechas y el irrespeto- explotación [sic] de los pueblo (p. 1).*

El pueblo cabécar se ubica a ambos lados de la Cordillera de Talamanca, en el cantón de Buenos Aires de Puntarenas, en el Pacífico Sur, se localiza el territorio indígena de Ujarrás. En el Atlántico, se ubican los territorios indígenas de Chirripó Arriba (cantón de Limón centro y Turrialba), Bajo Chirripó (cantón de Matina y Turrialba), Nairi Awari (cantón de Turrialba,

Volver al índice

Matina y Siquirres), Tayni (cantón de Limón centro y Talamanca), Talamanca Cabécar y Keköldi (cantón de Talamanca) (p. 12).

En el cantón de Talamanca, los cabécares se localizan en las zonas más boscosas, en la parte montañosa, en las comunidades de Chirripó, Telire, Alto Chirripó, Nairí, Paso Marcos, Pacuare, Quetzal, Valle Escondido, Pozo Azul, Barbilla, San Pedro de río Coen, el Dos de Moravia, Alta Celia, Valle La Estrella, Mojoncito, Shiroles, Surekta, Gavilán Canta, Awari y Orochico (p. 12).

Borge (1998) señala que los pueblos bribris y cabécares son considerados entre ellos un mismo pueblo porque comparten historia y una cosmovisión muy similar, una estructura sociopolítica e idénticas formas de producción, así como el sistema matrilineal clánico donde la mujer es el eje social. Comparten casi el mismo menú alimentario a partir de la flora y fauna locales, las mismas técnicas de caza, pesca, recolección y agricultura, herramientas de trabajo y menaje, igual pasa con el hato de animales domésticos. Tienen algunas diferencias en su idioma y en la genética, han luchado por mantener su cultura y conservar sus tierras para que no sean alteradas.

Agrega (s. f.) que, a nivel cultural, el pueblo cabécar mantiene su idioma, las tradiciones espirituales y familiares. Sin embargo, producto de la pérdida de sus tierras, la tala de árboles, contaminación de ríos, venta de drogas y la enseñanza de una cultura dominante, se han ido perdiendo algunas tradiciones. Algunos indígenas han tenido que salir de su comunidad para buscar empleo, imponiéndose de esta forma el sistema capitalista que impera en la cultura dominante.

Parafraseando a Borge y Rodríguez (2004), la sociedad bribri-cabécar está organizada en clanes matrilineales, se pertenece a un clan solo si se es hijo o hija de una madre bribri o cabécar. En caso contrario, si la madre no es indígena, aunque el padre lo sea, no se pertenece a ningún clan, a ninguna comunidad y nunca será bribri o cabécar, ni podrá conocer los secretos de la etnia (p. 15).

Resumiendo a Borge y Rodríguez (2004), las familias son generalmente extensas y suelen vivir en conjunto de dos o tres casas de un mismo terreno o separadas por un riachuelo. Al existir el sistema de clanes matrilineales, las mujeres procrean entre 4 y 8 hijos e hijas. El trabajo es compartido entre las mujeres y los hombres, donde generalmente el varón se encarga del traslado y comercialización del excedente, mientras que las hijas y madres mantienen el rol de amas de casa, con el cuido de hijos e hijas pequeños, la preparación de alimentos y el aseo de la vivienda. El padre es quien decide los asuntos familiares. La participación de las mujeres es limitada (pp. 14-16).

A partir del acceso al campo en donde se efectuaron observaciones y se aplicaron entrevistas, se pudo constatar que, en las comunidades indígenas bribris y cabécares, se practica el trueque, principalmente entre las mujeres, con productos, tales como cacao, plátano, maíz, frijoles y tubérculos, los más cultivados.

En el caso del pueblo cabécar de Talamanca, las juntas vecinales son las que resuelven los conflictos familiares e internos del territorio en conjunto con la Asociación de Desarrollo Integral del Territorio Indígena Talamanca Cabécar (ADITICA).

III. Concepto de pueblos indígenas y tribales

El concepto de identidad indígena o pueblos indígenas es de importancia para determinar a quiénes se aplican y dirigen algunos instrumentos

Volver al índice

de orden jurídico nacional e internacional, como la Ley Indígena y el Convenio 169 de la OIT.

En Costa Rica, la Ley Indígena N.º 6172 de 1977 no contiene una definición de pueblos indígenas. Sin embargo, su artículo primero refiere que: "Son indígenas las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su identidad propia".

Según el Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Convenio 169 de la OIT, aprobado por Costa Rica por Ley N.º 7316 en 1992, los pueblos indígenas son aquellos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

Interpretando la *Guía de aplicación* del Convenio N.° 169 de la OIT, los elementos que definen a un pueblo indígena son: la continuidad histórica, la conexión territorial, las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintas y específicas que son propias y se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo corresponde a la autoidentificación colectiva en tanto pueblo indígena.

El investigador Rubén Chacón Castro define el concepto de pueblos indígenas como las colectividades reconocidas como indígenas. Explica que son descendientes de quienes vivían en las mismas tierras o en otras; pero dentro de las actuales fronteras del país, desde tiempos inmemorables y conservan instituciones ancestrales propias que actualmente, de algún modo, reconocen y reproducen (Chacón, R. *Décimo octavo informe estado de la nación en desarrollo humano sostenible, informe final. Reconocimiento y exigibilidad de derechos de los pueblos indígenas:* http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/018/chacon_derechos_pueblos_indigenas.pdf

De acuerdo con Morales y Zamora (2013), en Costa Rica, los criterios normativos para determinar el carácter indígena o no de una persona se basan en el Convenio 169 de la OIT y la Ley Indígena N.º 6172. Además, explican que la Ley Indígena y el Convenio 169 utilizan tres criterios para determinar la identidad indígena: "*a- la pertenencia a un grupo étnico, b- la descendencia directa de alguna de las civilizaciones precolombinas y, c- la identidad indígena o el sentimiento de pertenencia a un grupo particular, el ser aceptado así por sus miembros y reconocido por otros como integrante de aquel*".

Cuando existen conflictos en el territorio indígena del pueblo bribri y cabécar de Talamanca, donde está involucrado una persona no indígena, de acuerdo con los miembros del tribunal de derecho propio y las juntas vecinales, el caso se remite a los tribunales ordinarios, de ahí surge la importancia de conocer quiénes son consideradas personas indígenas.

IV. Legislación nacional e internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas

En Costa Rica, se han promulgado diversas normas -en su mayoría decretos ejecutivos- que consagran algunos derechos de las personas indígenas. Una de las primeras leyes en aprobarse con énfasis en el tema de las tierras indígenas fue la Ley General de Terrenos Baldíos, Ley N.º 13 del 10 de enero de 1939 que, en su artículo 8, disponía en lo que interesa: *"[...] se declara inalienable y de propiedad exclusiva de los indígenas, una zona prudencial a juicio del Poder Ejecutivo en los lugares en donde existan*

Volver al índice

tribus de éstos, a fin de conservar nuestra raza autóctona y de librarlos de futuras injusticias".

Esa norma fue desarrollada por el Decreto Ejecutivo N.º 45 del 3 de diciembre de 1945, el cual indicó en su artículo primero: *"[...] Declárense inalienables y de propiedad exclusiva de las tribus indígenas autóctonas, los terrenos baldíos por ellas ocupados; con excepción de las fajas destinadas a Carretera Interamericana [...]"*. (Voto del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, n.° 138-2013 de las 10:00 del 19 de noviembre de 2013).

Posterior a ello, esta ley es derogada en 1961 con la creación de la Ley de Tierras y Colonización, N.º 2825 donde se establece que el Estado es el dueño de las reservas indígenas y de todas las tierras habitadas por los indígenas en el país. En dicha ley, se crea el Instituto de Tierras y Colonización (ITCO) como ente autónomo.

Antes de esto, Costa Rica había suscrito el Convenio N.º 107 de la OIT, denominado Convenio Relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en 1957 y aprobado en 1959 por la Asamblea Legislativa por Ley N.º 2330, el cual fue un primer paso hacia la protección de las poblaciones indígenas existentes y del derecho de propiedad que tenían las poblaciones indígenas a ocupar las tierras que por años habían sido suyas.

En 1977, por Ley N.º 6172 del 20 de diciembre de 1977, se crea la Ley Indígena que establece quiénes deben ser consideradas personas indígenas (artículo 1). Además se establece que las reservas indígenas son exclusivas para las comunidades indígenas, inalienables e imprescriptibles y no transferibles, y que la tierra solo es negociable entre indígenas (artículo 2). Se consagra en el numeral 4 que **las reservas indígenas serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales** o de las leyes de la república que los rijan, bajo la coordinación y asesoría de la CONAI. (Lo resaltado no es del original).

Sin embargo, el Reglamento a dicha ley, Decreto N.º 8487 de 1978, sustituyó el derecho a la organización tradicional de los indígenas por las Asociaciones de Desarrollo Integral, funcionando estas como instancia del Estado. Esto se desprende del artículo 3 del citado Reglamento, el cual señala:

> *Para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 2° de la Ley Indígena, las Comunidades Indígenas adoptarán la organización prevista en la Ley No 3859 de la Dirección Nacional de Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad y su Reglamento.*

Pasaron más de veinte años luego de la aprobación de la Ley Indígena para que Costa Rica aprobara uno de los instrumentos más importantes en cuanto a la protección de los derechos indígenas, el cual es el Convenio 169 de la OIT que tiene rango constitucional según voto 06229-99 del 11 de agosto de 1999 y que, junto a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en el 2007, se convierte en el marco normativo internacional que promueve y protege los derechos de los pueblos indígenas.

Con la aprobación del Convenio 169, se empiezan a visualizar los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas de nuestro país; entre ellos, el derecho a mantener y fortalecer su cultura, formas de vida e instituciones propias y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que los afecten, premisas sobre las cuales descansa el *Convenio Nº. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los*

Volver al índice

Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014. 130 p). (Consulta electrónica del siguiente enlace: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf, el 2 de noviembre de 2021 a las 11:00 a.m.).

El Convenio 169 garantiza el derecho a la igualdad de oportunidades y la no discriminación, el respeto a la cultura, idiomas y religión, al control de las formas de organización social, económica, identidad propia, a la consulta y participación activa de los pueblos indígenas en las decisiones que los afecten de manera directa. De tal forma, el Convenio legitima y reconoce no solamente sus estructuras propias, sino también reinvindica su derecho o justicia propia como parte de la autodeterminación como pueblos indígenas. En relación con este Convenio, la magistrada Carmen María Escoto indica al referirse al Convenio 107 y 169 de la OIT:

> *[...] Tal instrumento internacional busca pasar de una visión integracionista a una autodeterminante de los pueblos indígenas, donde deben ser tomados en cuenta en toda aquella toma de decisiones legales y de planificación que les pueda afectar. El Convenio reafirma la trascendencia de preservar el bagaje cultural de los pueblos indígenas y su status de vida, ya no como una medida transitoria hacia su incorporación a la sociedad que les circunda, sino como un valor en sí mismo, que merece respeto, tutela y promoción.*

Guevara (1997) refiere que el Convenio 169 de la OIT es relevante por: "[…] garantizar a los pueblos indígenas la posibilidad de definir su propio desarrollo en forma autónoma y obliga al Estado a respetar sus tradiciones y costumbres. […] este convenio ha venido a implantar, […] la idea de que los indígenas tienen derecho a gobernarse a sí mismos" (p. 249).

Más recientemente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reforzó con disposiciones similares los derechos de los pueblos indígenas consagrados en el Convenio N.° 169, pues, en su numeral 33, inciso 2, se establece que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Por su parte, el artículo 34 de dicha Declaración señala que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y cuando existan costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

En el 2016, la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual reconoce el disfrute pleno de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Se consagra el reconocimiento del carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas por parte de los Estados, así como su derecho a la libre determinación, el cual les permite su desarrollo político, económico, social y cultural de forma autónoma. Sobre el derecho indígena, se plasma lo siguiente:

> *Artículo XXII. Derecho y jurisdicción indígena*
> *1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones,*

Volver al índice

> *procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.*
> *2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.*
> *3. Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales.*
> *4. Los Estados tomarán medidas eficaces, en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo.*

En el 2018, Costa Rica aprueba la Ley N.° 9593 sobre Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica, la cual señala en su artículo primero que el Estado costarricense deberá garantizar el acceso a la justicia a la población indígena tomando en consideración sus condiciones étnicas, socioeconómicas y culturales, **el derecho indígena,** siempre y cuando no transgreda los derechos humanos, tomando en cuenta su cosmovisión. (El subrayado no es del original).

La Ley N.° 9593 también establece que el Estado debe proveer un trato digno a los indígenas debido a sus tradiciones culturales, debe garantizar una persona intérprete durante los procesos, brindar asistencia letrada gratuita, realizar peritajes culturales, adaptar los procesos a la realidad de los pueblos indígenas y priorizar mecanismos de resolución alternativa de conflictos. (Leyes y políticas públicas al respecto de pueblos indígenas y tribales: perfiles de países de América Latina que han ratificado el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (n.º 169, p. 85).

V. El principio de libre determinación o autodeterminación de los pueblos indígenas

De acuerdo con el artículo primero de la Constitución Política, Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural (así reformado por el artículo único de la Ley 9305 del 24 de agosto de 2015). Esto implica entonces que el Estado costarricense, al ser pluricultural, debe respetar el derecho de las poblaciones indígenas a regirse por sus estructuras de gobierno propias, a reconocer su derecho consuetudinario o justicia propia, en donde sus autoridades tradicionales resuelvan los conflictos de acuerdo con sus costumbres y procedimientos; es decir, a partir de su libre determinación.

Comprender sobre el concepto de la libre determinación o autodeterminación de los pueblos indígenas es importante para entender y profundizar sobre el sistema de organización de los pueblos indígenas bribris y cabécares de Talamanca y la aplicación de su derecho consuetudinario o derecho propio en la resolución de conflictos familiares.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señalan en su artículo primero:

> *1. Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y*

Volver al índice

> *recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.*

Sobre la autodeterminación de los pueblos indígenas, el Convenio N.° 169 de la OIT, como instrumento jurídico, les otorga la posibilidad a los pueblos indígenas de su desarrollo autónomo: administrar sus tierras, regirse por su derecho consuetudinario, formular, aplicar y evaluar los planes y programas de desarrollo nacional que los afecten.

Asimismo, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se consagra igualmente que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, todo en virtud de su derecho a la libre determinación.

Los artículos 3 al 5 de la referida norma disponen que:

> *Artículo 3: "Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". Artículo 4: "Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas." Artículo 5: "Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.*

De acuerdo con el principio de libre determinación, el cual es irrenunciable e imprescriptible, los pueblos indígenas poseen la facultad de administrar su justicia, con base en sus costumbres, cultura y normas de derecho reconocidas por estos pueblos. De tal manera, el Estado y las instituciones gubernamentales no pueden soslayar este alcance jurídico conferido por las normas de derecho internacional.

VI. El tribunal de derecho propio (conformación del tribunal, conflictos que resuelven y procedimiento aplicado)

Según la Constitución Política y la Ley Orgánica del Poder Judicial, les corresponde a los Tribunales de Justicia por medio de los juzgados de pensiones alimentarias, juzgados contravencionales, juzgados de familia, violencia doméstica, niñez y adolescencia en primera instancia resolver todos aquellos conflictos familiares que se presenten entre los habitantes del país. En segunda instancia, esto les corresponde al tribunal de familia y a la Sala Segunda.

Amador (2013) señala que, en el caso de los pueblos indígenas bribris y cabécares de Talamanca, como parte de su organización social, ellos disponen de un tribunal de derecho propio y de juntas vecinales que se encargan de resolver

Volver al índice

los conflictos internos suscitados entre indígenas, incluidos los conflictos familiares.

Con base en el estudio de campo y las entrevistas realizadas en el 2013, se constató que los bribris cuentan con un tribunal de derecho propio y juntas vecinales. En el caso del pueblo cabécar, solamente cuentan con juntas vecinales para resolver conflictos familiares. Según la Asociación de Desarrollo Integral Bribri, existen alrededor de veinticinco comunidades indígenas bribris y cabécares que cuentan con su junta vecinal respectiva.

Desde 1999, el pueblo bribri tiene un tribunal de derecho propio encargado de impartir justicia cuando los indígenas acuden a buscar una solución, y aunque no ha sido un órgano constante debido a la falta de recursos económicos, a partir del 2011, ha mantenido y tomado fuerza en sus funciones.

En la actualidad, el tribunal de derecho propio está conformado por siete integrantes, cinco propietarios y dos suplentes, quienes son elegidos por la Asociación de Desarrollo Integral en conjunto con el pueblo bribri de Talamanca en asamblea general convocada para ese efecto.

Las personas integrantes del tribunal son elegidas por las juntas vecinales y el pueblo en audiencia convocada por la Asociación de Desarrollo Integral, y para ser postulados, deben tener buenas costumbres, un cargo tradicional, conocimiento amplio de la cultura y de lo espiritual, deben pertenecer a un clan, tener dominio del idioma bribri o cabécar para ser elegidas por un plazo de dos años. En el caso de los cabécares, la elección funciona igual, es el pueblo en conjunto con las juntas vecinales quienes escogen a las personas integrantes.

Tanto el tribunal indígena de derecho propio como las juntas vecinales se encuentran adscritos a la asociación de desarrollo por la personería jurídica que la asociación posee, sin que incida en su capacidad para resolver los conflictos familiares que se les presentan.

En ambos territorios, las asociaciones de desarrollo integral son de gran ayuda financiera para los tribunales de derecho propio y las juntas vecinales, pues son ellos los que pueden brindar transporte y otros insumos para que estos órganos continúen resolviendo los conflictos presentados en sus comunidades, ya que las personas integrantes de estas dependencias no reciben salario alguno, ni mucho menos cuentan con recursos económicos para fortalecer su sistema de justicia.

En la actualidad, tanto el pueblo bribri como el cabécar resuelven conflictos de tierras, alimentos, agresiones, bienes en caso de separaciones, daños a la propiedad por animales, daños a los animales, venta de chicha, licor y cigarros. En la mayoría de los casos, sus decisiones son respetadas. Sin embargo, en caso de que no sea así, el tribunal de derecho propio o la junta de vecinos comunican el asunto a la asociación correspondiente, para que sea esta quien lo remita a los tribunales jurisdiccionales comunes.

Habiendo identificado y descrito el modelo de resolución de conflictos familiares en los pueblos indígenas bribris y cabécares, es conveniente determinar el procedimiento instaurado por el tribunal indígena de derecho propio y las juntas vecinales, así como los conflictos que se resuelven. En términos generales y conforme a las entrevistas realizadas, el tribunal de derecho propio o junta de vecinos tiene el siguiente procedimiento para resolver conflictos:

> *1.-Se recibe al indígena que plantea el conflicto familiar de forma oral o escrita.*
> *2.-Se convoca al indígena con quien se tiene el conflicto familiar y se le pone en*

Volver al índice

conocimiento de los hechos denunciados en su contra.
3.-Se insta a las partes para que lleguen a un acuerdo conciliatorio, en caso contrario, que aporten prueba documental, pericial, testimonial o cualquier otra.
4.-Se reciben y evacuan las pruebas, en algunas ocasiones se piden peritajes culturales o se realizan visitas al lugar de los hechos.
5.-Luego el Tribunal o Junta de Vecinos toma una decisión que se comunica a la Asociación o a los Tribunales Jurisdiccionales Ordinarios, para tomar las acciones tendientes al cumplimiento de los acuerdos o decisiones realizadas por el Tribunal o Junta Vecinal.

Por su parte, de acuerdo con Salazar (2013), el procedimiento para la resolución de todos los conflictos en el tribunal de derecho propio requiere de los siguientes pasos:

Paso 1. La persona afectada presenta la demanda ante el Tribunal de Derecho Propio. Esta puede ser oral o escrita.
Paso 2. El Tribunal de Derecho Propio consulta a los Consejos de Vecinos de la comunidad donde surge, para tener un mejor conocimiento sobre los conflictos.
Paso 3. Se convoca a un dialogo con los mayores de esa comunidad para saber qué opinan y qué saben del problema.
Paso 4. Se convoca al demandado para hacerle saber de los hechos y se le solicita traer, si existen: dictámenes culturales, peritajes y cualquier otro elemento de prueba como testigos, documentos y otros.
Paso 5. Dependiendo de esta discusión, se hace una visita al campo para estar seguros de la ubicación donde acaecen los hechos, estar en contacto con las circunstancias y las pruebas.
Paso 6. Se convoca a las partes para el diálogo, con la finalidad de explicarles sobre todos los elementos que tiene el Tribunal sobre el caso, versión de los mayores de la respectiva comunidad, documentos, testigos, opinión de la Junta de Vecinos, y se les dan 8 días para que ellos mismos lleguen a un acuerdo.
Paso 7. De llegar a un acuerdo, las partes se presentan y firman el alcance de dicho acuerdo ante el Tribunal de Derecho Propio y queda resuelto el caso en disputa.
Paso 8. Para esa fecha y no habiendo acuerdo de las partes, el Tribunal toma la decisión por consenso respectivo escribiéndolo con la formalidad respectiva para el expediente y se le comunica a las partes.
Paso 9. Si alguno de los afectados no está de acuerdo con la decisión puede apelar a la Junta Directiva de ADITIBRI, este decide si ratifica la decisión del Tribunal, o les solicita retomar algunos aspectos que por omisión no se atendieron.
Paso 10. Se comunica a las partes la decisión y estos verán si acuden a los Tribunales de Justicia, pero el caso queda cerrado para esa instancia.
Paso 11. Caso que se tramite en los Tribunales de Justicia, el Tribunal de Derecho Propio no lo atiende, y espera que se le pida criterio del mismo en el proceso (pp. 8-9).

En caso de reincidencia, se le da la oportunidad a quien comete la falta en dos ocasiones, si continúa, se solicita que el caso sea tratado en los tribunales de justicia.

Salazar, *op. cit*., señala que, en los mecanismos de resolución de conflictos en la justicia tradicional de los territorios indígenas de Talamanca bribri-cabécar, existen procedimientos similares para resolver problemas intrafamiliares, distribución de bienes gananciales (terrenos), en caso de

Volver al índice

separación de la pareja, manutención de los hijos e hijas en casos de separación, tenencia de tierra, préstamo de tierra, linderos, invasión, conflictos en la niñez y la adolescencia.

En el procedimiento con respecto a los conflictos meramente agrarios o penales, el detalle diferencial se circunscribe a que, en los conflictos familiares, en primer lugar, la solución se busca en la familia, es decir, son los padres y las madres de una pareja los que por medio del diálogo buscan solucionar el conflicto y darle seguimiento. Pero *a contrario sensu*, si la situación persiste, el conflicto se presenta ante el tribunal indígena de derecho propio (pp. 9-10).

En la cultura indígena bribri-cabécar, todo conflicto relacionado con la tierra se considera como familiar. Así los conflictos presentados entre cualquier integrante de un clan o varios clanes por tierras, ya sea por tenencia, préstamo o daños a una propiedad, son vistos y resueltos por el tribunal de derecho propio y por las juntas vecinales como un asunto familiar.

VII. Conclusiones

El derecho a la libre determinación de los pueblos es considerado un derecho humano particular, siendo fuente para el ejercicio de todos los derechos conferidos por el derecho internacional. La libre determinación o autodeterminación de los pueblos indígenas se encuentra consagrada en los propósitos y principios de las Naciones Unidas, los cuales son considerados vitales para la protección de los valores más importantes de la humanidad.

La autodeterminación de los pueblos indígenas implica la facultad que tienen los pueblos indígenas costarricenses, con base en las garantías conferidas por el derecho nacional e internacional de organizarse en todas las esferas del desarrollo humano, incluyendo la posibilidad de resolución de sus conflictos, sin requerir la intervención del sistema judicial costarricense.

Los tribunales de derecho propio y las juntas vecinales de los pueblos indígenas bribri y cabécar de Talamanca resuelven conflictos familiares relacionados con la tenencia y préstamo de tierra, daños a la propiedad y a los cultivos por parte de los animales, conflictos por linderos y de terrenos adquiridos por personas no indígenas, resolución de conflictos de la niñez y la adolescencia, manutención de los hijos y las hijas, y la distribución de las tierras en caso de separación, entre muchos otros conflictos.

Todo conflicto relacionado con la tierra dentro de la cultura indígena bribri-cabécar se considera como familiar. Así los conflictos presentados entre cualquier integrante de un clan o varios clanes por tierras, ya sea por tenencia, préstamo o daños a una propiedad son vistos y resueltos por el tribunal de derecho propio y por las juntas vecinales como un asunto familiar.

Con respecto a la autodeterminación de los pueblos indígenas, en su artículo 4, la Ley Indígena N.º 6172 señala que se deben respetar su cultura y formas de organización. Así, a nivel nacional, también existe normativa que permite que los pueblos indígenas de Costa Rica mantengan su estructura de resolución de conflictos y posean tribunales o consejos de derecho propio.

La premisa de la autodeterminación de los pueblos indígenas se basa en el respeto a la cultura, la religión, la organización social y económica y la identidad propia como bien lo sostienen las fuentes del derecho internacional.

En la actualidad, si bien existen logros significativos a favor de los pueblos indígenas, es preciso replantear la Ley Indígena Costarricense, su Reglamento y decretos ejecutivos, a fin de corregir las inconsistencias existentes, las

Volver al índice

cuales no permiten a los pueblos indígenas el pleno disfrute de su derecho a la libertad de determinación.

En Costa Rica existe pluralismo jurídico porque existen un modelo de justicia familiar indígena y un sistema de justicia familiar ordinario. Los pueblos indígenas, al igual que el resto de la población costarricense y de otras etnias, tienen los mismos derechos humanos que se deben respetar. Los pueblos indígenas tienen derecho a no ser discriminados y a contar con un trato diferenciado que les permita, bajo el principio de igualdad, tener un verdadero acceso a la Justicia.

Para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, el *Protocolo de actuación* busca ser una herramienta que, de manera respetuosa de la autonomía e independencia judicial, auxilie a las personas juzgadoras en la tarea de impartir justicia a los y las miembros de los pueblos indígenas.

En Costa Rica, a nivel del Poder Judicial, existen circulares que disponen del trato preferencial que deben tener los y las indígenas cuando intervengan en un proceso judicial, por ejemplo: pago de personas traductoras, viáticos, derecho a una persona perita, señalamientos de juicios dentro de horario accesible.

El modelo de resolución de conflictos consiste en que las personas exponen su problema ante el tribunal de derecho propio o junta de vecinos, quienes, actuando como autoridad, convocan a las partes para intentar resolver el conflicto por conciliación, lo cual sucede en la mayoría de los casos. Cuando las partes no llegan a un acuerdo sobre el conflicto, las personas integrantes de ambos órganos (tribunal de derecho propio o juntas vecinales) reciben las pruebas ofrecidas por las partes y, evacuadas estas, emiten una resolución sobre el conflicto.

Este modelo de resolución de los conflictos familiares de los pueblos indígenas bribris y cabécares requiere del apoyo financiero y logístico del Estado que les asegure los recursos e insumos necesarios para ejecutar las resoluciones emanadas por el tribunal de derecho propio o las juntas vecinales, porque las personas entrevistadas refieren que el Estado no les aporta ningún recurso.

Muchas veces llegan personas peritas del sistema judicial a realizar valoraciones, y son ellas quienes aportan toda la información. Sin embargo, la paga es para el o la profesional, y a ellos y ellas como indígenas nunca se les cancelan sus servicios, tampoco disponen de un sistema coercitivo que les ayude con el cumplimiento de las resoluciones dictadas por el tribunal de derecho propio.

Bibliografía

Amador, P. (2013). *Confrontación entre el derecho familiar costarricense y la autodeterminación de los pueblos indígenas: caso bribris-cabécares de Talamanca. Un estudio socionormativo.* Tesis de grado titulada, período 2013-2014.

Borge, C. y Villalobos, V. (1998). *Talamanca en la encrucijada.* San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia. EUNED.

Borge, C. y Núñez, J. (2004). *Contexto regional del Parque Internacional La Amistad.*

Recuperado de https://docplayer.es/12556908-Contexto-regional-del-parque-internacional-la-amistad-indice.html

Carballo, Y. y Meza, J. (2014). *Aspectos acerca del derecho de familia de los pueblos indígenas en el sistema jurídico costarricense*. Análisis sobre tratamiento jurídico no diferenciado en casos de violencia doméstica en familias indígenas

Volver al índice

bribri que habitan en los territorios indígenas de Talamanca. Tesis.

Chacón, R. *Décimo octavo informe estado de la nación en desarrollo humano sostenible, Informe final. Reconocimiento y exigibilidad de derechos de los pueblos indígenas:* http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/018/chacon_derechos_pueblos_indigenas.pdf

Guevara, M. y Vargas, J. (2000). *Perfil de los pueblos indígenas de Costa Rica. Informe final.* Consultado el 27 de diciembre de 2021. Recuperado de https://docplayer.es/38848272-Perfil-de-los-pueblos-indigenas-de-costa-rica-informe-final.html

Ministerio de Educación Pública. *Los bribris y cabécares de Sulá*. Minienciclopedia de los territorios indígenas de Costa Rica.

https://mep.go.cr/sites/default/files/tomo_1.pdf

Morales, J. y Zamora, J. (2013). *La culpabilidad del imputado indígena maleku en Costa Rica.* Tesis de grado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. la Universidad de Costa Rica.

Organización Panamericana de la Salud. (1998). *Memoria del Primer Encuentro Nacional Salud y Pueblos Indígenas: Hacia una Política Nacional Intercultural en Salud.*

Soto, M. (2014). *Límites del acceso a la Justicia de los pueblos indígenas: análisis jurídico del peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal costarricense, para el respeto de la identidad cultural de los miembros de los pueblos indígenas*. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

Convenio N.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Convenio 107 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

(2014). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 130 p. (Consulta electrónica del siguiente enlace: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf, el 2 de noviembre de 2021 a las 11:00 a. m.).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Ley Indígena N.º 6172 del 29 de noviembre de 1977. Publicado en La Gaceta n.º 240 del 20 de diciembre de 1977.

Ley N.º 9593 sobre Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas.

(1989). *Leyes y políticas públicas al respecto de pueblos indígenas y tribales: Perfiles de países de América Latina que han ratificado el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales.* nº.169, p. 85.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1968.

Voto de la Sala Constitucional 2019-023943 de las 9:20 del 29 de noviembre de 201

Voto del Tribunal Contencioso Administrativo. Sección VI, n.°138-2013 de las 10:00 del 19 de noviembre de 2013.

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 130, págs 115 - 127 ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

¿REPRESIÓN Y/O PREVENCIÓN PARA CONTRARRESTAR LA VIOLENCIA Y LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS (INDÍGENAS)?

MSc. Adán Carmona Pérez*

RESUMEN

En el presente artículo se reflexiona acerca del contenido y visión que debería tener la Recomendación General sobre los derechos de las mujeres y niñas indígenas, que se pretende elaborar por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en colaboración con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Naciones Unidad de los Derechos Humanos, en el marco de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979. Se analiza el tema de la violencia contra las mujeres y niñas indígenas, su estado actual normativo y sociocultural. Se proponen cambios paradigmáticos y en cuanto a la política pública en materia de violencia de género.

Palabras clave: mujeres, niñas, violencia, género, indígena, penal, política, criminal, patriarcado, interseccionalidad.

ABSTRACT

This article reflects on the content and vision of the General Recommendation on the rights of indigenous women and girls, which the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in collaboration with the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, intends to draft within the framework of the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. It analyzes the issue of violence against indigenous women and girls, its current normative and sociocultural status. Paradigmatic and public policy changes on gender violence are proposed.

Keywords: women, girls, violence, gender, indigenous, penal, political, criminal, patriarchy, intersectionality.

Recibido 10 febrero 2022 Aprobado 17 de agosto de 2022

* Mediador de la Universidad de Costa Rica y de la Corte Suprema de Justicia - CEDEMAR; bachiller y licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica; egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica; máster en Criminología y Seguridad Humana de la Universidad de Cooperación Internacional; máster en Sociología Jurídico Penal de la Universidad de Cooperación Internacional y la Universidad de Barcelona; especialista en Justicia Constitucional y Tutela de Derechos Fundamentales de la Universidad de Pisa, Italia; especialista en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo por la Universidad de Salamanca, España; miembro de comisiones en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica y en el Poder Judicial de Costa Rica; conferencista nacional e internacional; profesor universitario; autor de múltiples publicaciones. Ha sido defensor público, es el coordinador nacional; coordinador de proyectos de cooperación internacional la Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres del Poder Judicial. Correo electrónico: acarmonap@poder-judicial.go.cr

Volver al índice

INTRODUCCIÓN

En el año 2021, durante el 79º período de sesiones, celebrado del 21 de junio al 1 de julio, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer realizó un debate general sobre los derechos de las mujeres y las niñas indígenas, organizado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

La actividad mencionada tenía entre sus fines principales estimular el debate y buscar aportaciones para la elaboración por parte del Comité de una ***recomendación general sobre los derechos de las mujeres y las niñas indígenas,*** con el objetivo de dar a los Estados partes de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (conocida por sus siglas en ingles como CEDAW), una orientación sobre las medidas que deben adoptar para garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones obtenidas en el citado instrumento internacional, de respetar y proteger los derechos de las mujeres y las niñas indígenas. (Ver https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/DGDRightsIndigenousWomenAndGirls.aspx consultado el 12/10/21).

La celebración de dicho acontecimiento es motivo suficiente para realizar algunas reflexiones sobre el tema de la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas, principalmente indígenas.

Lo primero que debe recordarse es que la igualdad, la no discriminación, la prohibición de la violencia y el derecho de vivir en paz son categorías que se derivan de la dignidad humana. Esto quiere decir que cualquier ser humano es titular de ellas solo por el hecho de ser persona. Ni en el más profundo estado de insania, se podría negar en la actualidad esta premisa, al menos, en el contexto de un Estado de derecho, pues, en modelos de Estado de corte totalitario, la citada categoría puede perfectamente revestir poca o ninguna importancia.

También es necesario aceptar que las categorías apuntadas no siempre fueron reconocidas a todas las personas por igual. Por el contrario, la regla que históricamente monopolizó las relaciones interpersonales y sociales era la de categoría de personas y cuasipersonas y no personas. Dicho de otra manera, lo que prevalecía era la dimensión de lo desigual, pues no todas las personas eran iguales.

Lo anterior es fácilmente palpable con solo dar una mirada a la historia reciente de la humanidad, donde, por ejemplo, conceptos, tales como absolutismo, monarquías (reyes y reinas) y noble, clero; señor feudal, campesinos, siervos y siervas, esclavos y esclavas, negros vs. blancos, indios vs. españoles, entre otros, eran los que prevalecían; más recientemente, judíos vs. arios donde, en la visión nefasta del nacionalsocialismo, la raza aria era superior.

Entre esas marcadas estratificaciones y categorías de personas, la mujer, los niños y las niñas siempre ocuparon el lugar menos privilegiado, pues aquellos sistemas socioculturales perfilaron y asentaron una visión de mundo basada en una estructura principalmente patriarcal y adultocentrista.

Se puede afirmar que el reconocimiento de las categorías mencionadas para todos los seres humanos no ha sido obra de la casualidad, sino del producto de grandes luchas sociales (algunas de ellas con consecuencias mortales teñidas de sangre) que han logrado grandes avances, principalmente, en el plano formal (teórico/normativo) y declarativo. Empero, en su dimensión real/material, falta mucho peregrinaje.

En este estado de cosas, para algunos seres humanos, la igualdad, la no discriminación, la

Volver al índice

prohibición de la violencia y el derecho de vivir en paz, entre otros derechos, todavía no se han logrado materializar del todo. Lamentablemente, las mujeres y niñas, especialmente indígenas, destacan en este grupo en virtud de que siguen ocupando posiciones menos privilegiadas en las sociedades actuales.

Lo dicho no es un dato menor, pues estamos ante la posibilidad de que más de la mitad de la población mundial sufre de algún tipo de violencia y discriminación teniendo en cuenta que, para el año 2021, según la Organización Mundial de las Naciones Unidas, el **49,5 % de la población mundial son mujeres (***World Populatión Prospects - Highlights***, 2019- 2021).**

Debido a la importancia de lo indicado, en este texto, interesa reflexionar sobre algunos aspectos en torno a la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas indígenas, acentuando la atención en lo atinente a la forma en que los Estados han tratado de contrarrestar este flagelo.

Desde la perspectiva indicada, es conveniente cuestionarse si ¿ha funcionado el abordaje, principalmente de corte represivo, que se ha realizado en Costa Rica y en gran parte de Latinoamérica para contrarrestar la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas indígenas?

Una posible respuesta a dicho planteamiento sugiere que las políticas públicas de corte, principalmente represivo, que se han realizado en Costa Rica y en gran parte de Latinoamérica para afrontar la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas indígenas no han sido suficientes ni idóneas para terminar o, al menos, minimizar esta grave problemática. Por esta razón, es necesario un cambio de paradigma para contrarrestar este flagelo, basado en un abordaje integral cimentado en los derechos fundamentales de las personas.

Para abordar esta línea de reflexión, como objetivo general, se analizará de manera general el perfil de las acciones que actualmente utilizan Costa Rica y Latinoamérica para contrarrestar la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas, principalmente indígenas.

Con la misma finalidad apuntada, seguidamente, como objetivos específicos, se abordarán los siguientes: se mencionarán algunos elementos de carácter interseccional presentes en el tópico de la violencia contra las mujeres y las niñas. Luego se intentará describir de forma general el perfil de las políticas públicas de corte político-criminal con las que actualmente se trata de contrarrestar la discriminación y la violencia contra las mujeres en Costa Rica y Latinoamérica. Por último, se ensayará una propuesta de cambio de paradigma en el abordaje de la discriminación y la violencia contra las mujeres en Costa Rica y en Latinoamérica.

Para finalizar, se advierte por integridad intelectual que el presente artículo parte de una visión teórica/descriptiva, abordando el contenido temático de manera breve y superficial dadas las limitaciones propias que un texto de la presente naturaleza trae aparejadas

DESARROLLO: Inicialmente es prudente y honesto aceptar que hablar sobre el tema de la violencia contra las mujeres es muy complejo y tan complicado como su abordaje. Esta dificultad se agudiza tratándose de la violencia y la discriminación que sufren las mujeres y las niñas indígenas, debido a que, generalmente, estas poblaciones son víctimas de otras categorías de violencia, discriminación y vulnerabilidades, asociadas principalmente a aspectos socioculturales y económicos, particulares de esta población.

A la complejidad apuntada, debe agregarse un tercer elemento que hace aún más enrevesado el

Volver al índice

tratamiento de este tópico, el cual está relacionado con las circunstancias de vulnerabilidad que son propias de la niñez en general; pero que se acentúan todavía más tratándose de las niñas indígenas.

La violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas indígenas se observan a partir de múltiples escenarios (alguno de ellos invisibles e imperceptibles), factores y categorías que han sido evidenciados desde la interseccionalidad (CELS, 2011), (Platero, 2014, pp. 80-81), tales como el género, idioma, etnia, edad, clase social y la orientación sexual, entre otros.

Esta multiplicidad de situaciones, a su vez, es utilizada consciente o inconscientemente por la sociedad en general (especialmente por las estructuras patriarcales) en complicidad con los Estados, para perpetuar una no solo sistemática, sino también estructural, la cual se distingue de las demás por su gravedad y poca visibilidad (Barrata, 1990), (Galtung, 1969; Pereira, 2014, p. 41).

A partir de lo anterior, es imposible no reconocer la existencia del flagelo de la violencia machista, reproducida, especialmente, por patrones socioculturales que han prevalecido a lo largo de la historia de la humanidad (Lerner, 1990), los cuales se encuentran muy profundizados y arraigados en la mayoría de las culturas del mundo (Pereira, 2014, p. 41).

Esta permanente y normalizada violencia contra las mujeres, especialmente de las mujeres y niñas indígenas, no es compatible con el derecho humano que tiene toda persona del planeta de vivir sin violencia de cualquier naturaleza, independientemente de sus condiciones personales y socioculturales.

La violencia y la discriminación de cualquier naturaleza en contra de cualquier persona o grupo es sinónimo no solo de violación de derechos fundamentales y humanos (derecho de vivir una vida libre de violencia (Camacho, 2009, p. 77), sino también implica ausencia de paz. Por tanto, es obligación de todos los Estados realizar las acciones necesarias para contrarrestar este flagelo.

Sin embargo, aquella obligación de los Estados de crear políticas públicas (entre ellas, política criminal) para el abordaje de la violencia citada debe tener algunas características, elementos y contenido diferenciador de aquellas que se utilizan para contrarrestar la violencia ordinaria/común. Esto es así, debido a que debe partirse de la premisa de que la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas, especialmente indígenas, tienen peculiaridades y componentes diferentes determinados de raigambre sociocultural, basados en estructuras históricas patriarcales, lo cual hace que su eliminación amerite otras soluciones, pues estamos, como se indicó, ante una problemática más compleja.

Esta obligación y responsabilidad de los países de contrarrestar la violencia y la discriminación en análisis no es imaginaria; por el contrario, tiene varios sustentos, no solo desde una perspectiva moral, sino también ética y, especialmente, jurídica.

Interesa destacar la dimensión jurídica que encuentra sustento en la vasta normativa tanto de carácter internacional como nacional, así como en principios básicos que deben regir un Estado democrático de derecho, como lo es, por ejemplo: *el principio de superioridad ética del Estado.*

Entre la normativa internacional de gran relevancia sobre este tema se encuentran, entre otras: la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer conocida como CEDAW (Ley N.º 6968, 1985) y la Convención Interamericana para

Volver al índice

Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida como la Convención de Belém do Pará (Ley N.º 7499, 1995), las cuales fueron ratificadas por el Estado costarricense, mediante las leyes señaladas (para más detalle ver Carmona, 2020).

Son importantes también todos los instrumentos internacionales existentes, relacionados directa o indirectamente con los derechos de las poblaciones indígenas, entre ellos: la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* adoptada en 1965 (validada por el país mediante Ley N.º 3844, 1967); *Convenio n.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Mundial del Trabajo*, adoptado en 1989 (aprobada por Costa Rica mediante Ley N.º 7316, en 1992); el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992 (sancionado por nuestro país en Ley N.º 7416, 1994) y la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Naciones Unidas* de 2007.

Por último, sin que se agote aquí, se puede señalar la *Convención de los Derechos del Niño* de 1989, la cual fue aprobada por Costa Rica mediante Ley 784 de 1990.

En el plano nacional, se cuenta con el respaldo normativo de carácter nacional, entre ella: *Ley Indígena, N.º 6172* de 1977 y *Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica, N.º 9593* de 2018.

Con lo anterior, se evidencia que los Estados, entre ellos, el costarricense, tienen la obligación de realizar política pública con el fin de erradicar cualquier tipo de violencia y discriminación en contra de las mujeres, especialmente cuando se trata de mujeres y niñas indígenas.

Sin embargo, aquellas obligaciones y acciones estatales y sociales, encaminadas a la eliminación de la violencia y la discriminación contra las mujeres y a los reconocimientos de sus derechos, especialmente de la población citada, deben supeditarse para lograr su legitimidad ética, moral y legal, al menos en las siguientes condiciones:

1. Deben realizarse en el marco de los derechos humanos y fundamentales de las partes involucradas (Aniyar, 2011). Esto implica que las acciones tomadas deben respetar como condición *sine qua non* (de carácter vinculante y como límite infranqueable): el pleno respecto de las diferencias culturales (multicultural/ autoidentificación/cosmovisión) de los pueblos originarios y los demás derechos y las garantías que trae aparejados la dignidad humana (Chacón, 2005).

2. Un Estado democrático de derecho debe también ser capaz de lograr implementar acciones, mediante la utilización de herramientas y mecanismos menos invasivos y violentos en contra de los derechos de las partes involucradas, en el entendido de que, en el contexto de la ideología de Estado mencionado, de conformidad con el principio de superioridad ética del Estado, de dignidad humana y de legalidad, no puede justificarse el uso de la violencia de cualquier tipo (incluye la estatal/pública) para defender y obtener otros derechos (Chinchilla, 2010), (Ferrajoli, 1995), (Ambos, 2009).

   En este sentido, se comparte lo referido por Binder cuando afirma que *"La política criminal, como política de un Estado republicano, democrático y sometido al de Derecho, debe usar de la violencia lo menos posible. El principio de mínima intervención rige toda la política criminal de este, diametralmente opuesto al de*

Volver al índice

Policía, que se funda en el ejercicio de la violencia" (2014, p. 112).

3. Lo anterior significa que las acciones de políticas públicas desplegadas por cualquier Estado en contra de la violencia contra las mujeres, en particular de las mujeres y las niñas indígenas, se deben realizar mediante un abordaje *integral, intercultural y transversal* de dicho flagelo y no únicamente mediante mecanismos represivos de corte penal y administrativo sancionatorio.

4. Requiere, además, que cualquier acción encaminada a contrarrestar la violencia contra las mujeres y las niñas indígenas se debe realizar respetando en la medida de lo posible sus tradiciones ancestrales y los derechos que les son reconocidos desde su distintividad, diversidad cultural y atendiendo la normativa y las recomendaciones internacionales relacionada al respeto de los derechos de la población indígena y las comunidades (Schliemann, 2012).

Solo de esta manera las acciones utilizadas por los Estados en contra de la violencia y la discriminación citada pueden ser legítimas y respetuosas de los derechos humanos y fundamentales de las partes.

Las sugerencias respecto al contenido que se considera que deben contemplar, como mínimo, cualquier acción estatal en la lucha de la violencia y la discriminación contra las mujeres, deben permear sin lugar a dudas las acciones, regulaciones y recomendaciones que se emitan desde los organismos regionales y globales como la Organización de Estados Americanos y la Organización de Naciones Unidas sucesivamente, tomando en consideración que, desde estas esferas, muchos países en el mundo toman las bases para generar una política pública sobre el tema en cuestión y otros.

Es importante señalar en este sentido que se corre el riesgo de hacer surgir una aporía cuando se lucha contra la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas indígenas, desde el núcleo de la cultura de los pueblos originarios, en tanto, inicialmente, parece muy difícil hacer frente a este flagelo, sin que surja el riesgo —o acuses— de fricción o intromisión ilegítima a sus cosmovisiones.

Dicho de otra manera, con alguna razón, se puede pensar que la lucha contra la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas indígenas, en el escenario apuntado, no es más que una nueva imposición cultural de parte de la cultura "dominante/oficial", justificada ahora, en la lucha contra la violencia contra las mujeres, a modo de un neocolonialismo, donde se pretende la implementación forzada de estructuras y categorías neocoloniales: los derechos humanos y fundamentales.

Si surge la dificultad apuntada, esta puede ser superable por medio de los siguientes aspectos:

1. Al contenido esencial de los derechos humanos y fundamentales para que sirvan como elemento delimitador y barrera infranqueable en dos sentidos:

a) A las prácticas culturales que se consideran insanas para los derechos de las personas, ante lo cual debe existir consenso. En caso de que no exista conciencia (y, por tanto, consenso) en lo interno de las diferentes culturas originarias, respecto a que el tópico de la violencia contra la mujer es insano para cualquier convivencia social por afectar la dignidad humana, la sana convivencia y la igualdad entre las personas, debe trabajarse mediante

Volver al índice

diferentes estrategias para crear tanto la conciencia como el consenso y, para ello, es indispensable un abordaje integral del flagelo, punto que se retomará en el párrafo subsiguiente.

b) A las políticas públicas para contrarrestar la violencia y la discriminación con el objetivo de que no caigan en la tentación de invadir el núcleo esencial de las formas de vida de la población indígena o aspectos que no tienen relación alguna con la configuración de la violencia y la discriminación.

2. El otro aspecto tiene que ver con la forma de abordaje de la discriminación y la violencia, el cual debe ser necesariamente integral, no parcial, con el fin de que se resuelva el fondo del asunto. Respecto a este punto, se profundizará más adelante (sobre la necesidad de un enfoque integral de la violencia de género ver: Chirino, 2002).

La propuesta anterior basa sus cimientos en el reconocimiento de la dignidad del ser humano sus derechos fundamentales, independientemente del contenido de su personalidad y condición sociocultural; es decir, sin distingo alguno.

Además, parte de un planteamiento de abordaje integral de la violencia contra las mujeres que sugiere reconocer la naturaleza ecológica (multifactorial) (Camacho, 2009, p. 18) y, por ende, compleja de la violencia contra las mujeres. Esto significa que se debe entender que la respuesta también debe ser multidireccional, donde todas y todos reconozcamos que debemos realizar acciones para cambiar aquellos factores y escenarios que históricamente han sido terreno fértil para el surgimiento y afianzamiento de la violencia machista.

Lo anterior supone, principalmente, admitir que la violencia contra las mujeres se adquiere mediante los mecanismos de aprendizaje social, pues, a través de esta interacción, la persona aprende el ejercicio de las conductas violentas.

Desde dicha perspectiva, se podría concluir que la violencia es el uso de la agresividad innata para el ejercicio de un daño a otra persona como método para resolver o detener situaciones conflictivas o para obtener o mantener una posición de poder o privilegios (Marisol Lila y Heinrich Geldschläger. (Mayo de 2021). *Proyecto Contexto*. Costa Rica) en defensa de determinado *status quo*. Esto sugiere que *esta violencia, por ser aprendida socialmente, puede ser desaprendida y sustituida por otras herramientas más proactivas y menos lesivas para todos* (Batres, 1999).

Como se ha podido notar, la propuesta de abordaje y eliminación de la violencia contra las mujeres, especialmente indígenas, se decanta, principalmente, por un cambio de paradigma (o su afincamiento, según se dirá) en la forma que actualmente se echa mano para contrarrestar dicha problemática, ya sea la utilización de mecanismos y medios represivos/sancionatorios que abordan parcialmente el tema en análisis.

Lo anterior requiere que las políticas públicas que se construyan para hacerles frente a la discriminación y la violencia contra las mujeres comprendan acciones que contengan, al menos, los siguientes elementos:

a. La necesidad de *reconocimiento* de parte de toda la población en general y del Estado de que todavía persiste violencia generalizada en contra de las mujeres, acentuada, en no pocas ocasiones, en algunos grupos poblacionales como, por ejemplo: las mujeres y las niñas indígenas.

Volver al índice

Desde esta perspectiva, se requiere realizar acciones y estrategias desde todas las instancias (estatales y no estatales), dirigidas a la sociedad, en general, enfocadas en el *reconocimiento y la visualización* de todos los escenarios de violencia (incluyendo los micromachismos), con el fin de contrarrestar su normalización.

b. Además, apuesta a dirigir la mirada a la *integralidad y la prevención* de la violencia machista y no solamente a los enfoques represivos/sancionatorios que actualmente han minado las políticas públicas de la región latinoamericana con algunas excepciones.

c. Este cambio de paradigma (o la propuesta de reafirmación) en la lucha contra la violencia machista apuesta a un enfoque de *construcción de nuevas masculinidades* en todos los grupos etarios, con independencia de la clase social a la que se pertenezca, bajo una dinámica que implique: *DESAPRENDER masculinidades tóxicas para APRENDER masculinidades críticas y sanas.*

La propuesta no es del todo novedosa (aunque presenta algunos matices personales), pues ya varios países en el mundo han emprendido este cambio de paradigma desde hace algunos años. Sin embargo, quedan muchas barreras que superar, debido a que, en no pocas ocasiones, aquellas rutas han sido tomadas con incredulidad y atacadas con frecuencia por sectores de la población que consideran que el hombre no puede cambiar y, por tanto, su educación es una pérdida de tiempo y recursos. Desde estas corrientes, la represión es el único camino, pero el tiempo y las experiencias surgidas en algunas latitudes han dado muestra de lo contrario.

En el contexto costarricense, se visualizan algunos esfuerzos muy tímidos tendientes para cambiar la forma, principalmente represiva, en que se ha venido afrontando históricamente esta temática. Por ejemplo, desde el Instituto Nacional de la Mujer (como ente rector designado por ley para vigilar y promover actuaciones respecto al tópico de cita, según el artículo 21 de la Ley contra la Violencia Doméstica) así como por medio del Gobierno central, se han instaurado políticas públicas, contenidas en el Plan Nacional para la Atención y Prevención de la Violencia contra las mujeres de todas las edades, conocida como PLANOVI, 2017-2032, las cuales están encaminadas al abordaje integral de este tema, pero enfocadas principalmente a niños y adolescentes. (Ver Carmona, 2020).

Como se indicó, las políticas contenidas en el PLANOVI pretenden dar un abordaje más integral que apunte principalmente a la prevención y la educación desde diferentes ámbitos y acciones estratégicas con el fin de propiciar un cambio en la cultura machista y promover masculinidades no violentas que impulsen la igualdad de la mujer. Sin embargo, desde aquí, no se propician programas adecuados y especializados para trabajar con hombres mayores de edad, orientados a la construcción de nuevas masculinidades, esto a pesar de que la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres (N.º 8589) les asigna esta obligación en el artículo 16. (Sobre una crítica al respecto, ver Carmona, 2020).

En este sentido, existen propuestas, modelos y programas serios, creados desde las ciencias sociales como la psicología, los cuales apuntan a un abordaje integral de la violencia contra las mujeres desde el paradigma mencionado que ha sido implementado con grandes éxitos en varios países del mundo (por ejemplo, en España (Programa Contexto) y, en Costa Rica, (Programa Hombres en Construcción) que, en términos generales, han apostado por contrarrestar la violencia en cuestión bajo visión más humana,

Volver al índice

más civilizada, privilegiando la educación en y desde todos los niveles.

Parece que esta alternativa es conciliable con algunas corrientes teóricas que han abogado por políticas públicas de carácter criminal principalmente preventiva. Entre estas corrientes, podemos señalar, por ejemplo: las ciencias penales, específicamente las corrientes como el derecho penal mínimo y garantista (Ferrajoli, 1995), y la criminología, especialmente la criminología crítica (Baratta, 2004), las cuales, partiendo de la idea de que la cárcel no resocializa a las personas, decantan políticas públicas, cuya esencia se caracteriza por menos represión y más prevención, educación e inversión social (Ferrajoli, 2015).

Desde estas líneas de pensamiento, se es consciente de que la cárcel es un instituto obsoleto, en la mayoría de los casos, indigno e inhumano, inmerso irónicamente, en una sociedad "civilizada", por lo cual, solo debe ser utilizada en casos de violencia grave y calificada (Aniyar, 2011). Debe advertirse que existen otras corrientes como la abolicionista que no considera útil la cárcel bajo ninguna circunstancia.

Desde el paradigma que aquí se propone (y/o se reafirma) como el que debe prevalecer y reforzarse en la lucha de la violencia contra las mujeres, se parte de que la mejor protección y erradicación de la violencia contra las mujeres a corto, mediano y largo plazo es la educación al hombre y a la sociedad en general, con el fin de hacerles ver, no solo que el sentido de superioridad del hombre hacia la mujer no es una cuestión natural, sino que aquello es producto de un desarrollo histórico insano normalizado, acentuado en una cultura patriarcal, al tiempo que se les *educa y enseña otras formas más bondadosas de desarrollar las masculinidades.* (*Sobre el fundamento de patriarcado moderno*, Cobo, 1995).

Las propuestas teóricas de cita, con razón, apuntan que las políticas públicas *"de poco costo económico pero de gran costo social y humano"* han demostrado ser el camino incorrecto para enfrentar esta problemática.

Bajo estas corrientes que abogan por políticas públicas de corte represivo/sancionatorio, se incluyen todas aquellas ideas de política criminal que son partidarias de la construcción de más delitos, la maximización de penas y relajamiento de derechos y garantías fundamentales (sustantivas y procesales penales (Feller, 2005) del ciudadano (Chirino, 2009).

Generalmente, estas corrientes se basan en doctrinas de mano dura y/o del riesgo (Prittwitz, 2003) y, a la vez, son azuzadas por posiciones populista punitivas (Llobet, 2016) de corte autoritario y motivadas por pretensiones político/partidistas (Garrido, Stangeland y Redondo, 2009, p. 877).

Estas líneas de pensamiento han sido teorizadas en los denominados "nuevos modelos de derecho penal", representados entre otros por el derecho penal del enemigo (Jakobs y Cancio, 2003), el derecho penal máximo, el derecho penal de emergencia, cuyos adeptos en América Latina y gran parte de Europa son muchos y representados bajo diferentes formas (personas, Estado, entes públicos, organizaciones no gubernamentales, grandes empresas, mercados, bancos, etc. (Ferrajoli, 1995), (Zaffaroni, 2005).

Sin embargo, aquellas posiciones teóricas, marcadamente totalitarias, con tendencias perversas a la venganza y con exótica devoción al castigo (cárcel) y una resistencia desmesurada (algunas veces incompresible e irracional) al garantismo penal, *han fracasado una y otra vez*, cuando se ha evidenciado, por ejemplo, que la hiperinflación represiva y el ensanchamiento penal no son, en definitiva, mecanismos propicios

Volver al índice

que *unilateralmente* sirvan para hacer frente a la violencia y es especialmente a la que se materializa en contra de las mujeres.

Se ha comprobado que el derecho penal (y la pena) no educa, no resocializa, a lo sumo, otorga una falsa sensación de solución y seguridad. Pero no erradica el problema de fondo, lo cual ha quedado demostrado mediante una operación muy sencilla: *el aumento de penas y delitos construidos alrededor de esta temática no ha disminuido (ni menos desaparecido) la violencia, por el contrario sigue en aumento.* (Sobre los cuestionamientos sobre la penal ver: Zaffaroni, 1998).

El problema se agrava cuando vemos que los Estados, especialmente de la región latinoamericana, han demostrados ser incapaces de lograr en la etapa de ejecución de la pena los fines *"legítimos"* que legalmente se le han asignados a esta en un Estado de derecho; es decir, el resocializador (prevención especial positiva). (Muñoz, 2014).

Así las cosas, en materia de violencia contra las mujeres, luego de que la persona condenada descuente la pena, no solamente vuelve a delinquir, sino también aprende una carrera delincuencial, donde ensancha el abanico criminal a otros tipos de delincuencia, después de haber pasado por la universidad del crimen: la cárcel. A la vez, los efectos criminosos de esta grave sanción han calado perfectamente en la vida de la persona excondenada desde muchos ámbitos, tales como la salud física y emocional, lo familiar, laboral y social (estigma), entre otros.

Esto se convierte en el resultado lógico de la falta de abordaje integral del problema que lo llevó a delinquir: sus aprendidas conductas de violencia machista/patriarcal, pues nunca las desaprendió, lo cual amplía abismalmente la posibilidad de reiterar la conducta delictiva.

CONCLUSIÓN

En definitiva, la ***Recomendación general sobre los derechos de las mujeres y niñas indígenas,*** que debe crear el Comité de la CEDAW, debería contener, al menos, la ruta y los principales elementos señalados en este texto, para que sean una orientación legítima y respetuosa de los derechos humanos para los Estados parte de la Convención CEDAW.

Esto es así, debido a que no se puede seguir transitando por el mismo camino y utilizando, únicamente, la misma y vieja fórmula represiva para combatir la violencia y la discriminación contra las mujeres, especialmente cuando se trata de las realizadas contra las mujeres y las niñas indígenas, pues esta violencia, como se sostuvo líneas *supra*, tiene sus particularidades. Por tanto, no puede pretenderse dar la misma receta con la que se combate la delincuencia común, la cual, incluso, es disfuncional también para estos escenarios.

La solución orbita, sin lugar a dudas, en *apostar en mayor prevención, inversión en lo social y en la educación y menos por la represión*, tal y como se apuntó líneas arriba.

Al fin de cuentas, en el marco de un Estado democrático constitucional de derecho, los mecanismos y acciones de corte represivo/ sancionatorio deben estar reservados como opciones de *última ratio.* De otro modo, la aplicación del *ius puniendi* debe ser descalificada por ilegítima, desproporcional y por ser contraria a la dignidad humana y sus derivados: *los derechos fundamentales.*

Volver al índice

BIBLIOGRAFÍA

Ambos, K. (2009). Colecciones Derecho y Justicia. *Revista Escuela Judicial*. San José, Costa Rica.

Aniyar de Castro, L. (2011). Propuesta para una política criminal vinculada a los derechos humanos. O criminología del oprimido. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* de la Universidad de Costa Rica. N.º 3.

Baratta A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Baratta, A. (1990). Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. *Revista IIDH*, n.° 11. San José, Costa Rica.

Batres, G. (1999). *El lado oculto de la masculinidad. Tratamiento para ofensores*. San José, Costa Rica. ILANUD. Programa Regional de Capacitación de la Violencia.

Camacho, Robert (comp.). (2009). *Antología guiada: Restableciendo los derechos humanos en el ámbito intrafamiliar desde el quehacer judicial*. 1. ed., Heredia, Costa Rica: Poder Judicial, Escuela Judicial.

Binder, A. (2014). *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. México: Coordinación editorial, Poder Judicial del estado de Nuevo León. I ed.

Carmona, A. (2020). *Aspectos teóricos y prácticos para la defensa penal en delitos de violencia contra las mujeres*. I ed. Costa Rica. Heredia: Poder Judicial, Departamento de Artes Gráficas.

Chirino, A. (2009). *El derecho penal "moderno" y la política criminal en Costa Rica hoy. En Derecho penal sustantivo & derecho procesal penal.* Colecciones Derecho y Justicia. San José-Costa Rica: Escuela Judicial Lic. Édgar Cervantes Villalta.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2011). *Mujeres en prisión: los alcances del castigo.* Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Procuración Penitenciaria de la Nación. 1° ed. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno.

Chacón, R. (2005). El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial. *Revista IIDH.* Vol. 41.

Chinchilla Calderón, R. (2010). *Principio de legalidad. ¿Muro de contención o límite difuso para interpretación de la teoría del delito en C.R.?* San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S. A.

Chirino, A. (2002). *Reflexiones a propósito del dictamen afirmativo de mayoría de la Comisión Permanente de la Mujer*. (Informe sobre Proyecto de Ley de expediente n.° 13 874). Asamblea Legislativa de Costa Rica.

Cobo, R. y otros. (1995). *Fundamentos del patriarcado moderno: Jean Jacques Rousseau.* Valencia, España: Universitat de València.

Feller, C. (2005). El derecho penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales. *Revista de Derecho de la* Pontificia Universidad Católica de Valparaíso de Chile. Valparaíso-Chile, I semestre (XXXVI).

Ferrajoli L. (2015). *La cárcel.* Lección expuesta el 4 de julio de 2015. Curso de posgrado Ejecución Penal y Derecho Penitenciario Organizado. San José, Costa Rica. Por Iñaki Rivera Beiras de la Universidad de Barcelona y Carlos Manavella de la Universidad para la Cooperación Internacional.

Volver al índice

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta, S. A.
Galtung, J. (1969). Violencia, paz e investigación para la paz. En *Sobre la paz.* Fontamara.

Garrido V., Stangeland P., Redondo S. (2009). *Principios de la criminología*. Valencia-España: Editorial Tirant Blanch.

Jakobs G., Cancio M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. I ed., Madrid, España: E. Civitas, S. L.
Lerner, G. (1990). *La creación del patriarcado*. Barcelona, España: Crítica, S. A.

Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. (2013). Folleto informativo n.º 9 / Rev. 2.

Llobet, J. (2016). El "éxito" del populismo punitivo en Costa Rica y sus consecuencias. *Revista de Ciencias Penales*. UCR. Revista digital de la Maestría de Ciencias Penales. Número 8. ISSN 1659-4479. RDMCP-UCR. Recuperado el 25/02/2017, de https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/download/25296/25577.

Pereira, S. (2014). Modelo de abordaje integral en violencia doméstica. San José, Costa Rica: Juricentro.

Muñoz, M. (2014). *El hacinamiento carcelario: Reflejo del fracaso de la prisión.* Tesina de máster no publicado. Universidad de Cooperación Internacional (UCI). Universidad de Barcelona. San José, Costa Rica.

Platero, R. y otros. (2014). *Otras formas de (re) conocer. Reflexiones, herramientas y aplicaciones desde la investigación feminista*. España.

Prittwitz, C. (2003). *Sociedad del riesgo y derecho penal*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios, 91). Cuenca. Recuperado el 05/01/2016 en http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13sociedad-del-riesgo-y-derecho-penal.pdf.

Schliemann, Ch. (2012). La autonomía de los pueblos indígenas de Costa Rica. Una contrastación del estándar internacional con la legislación nacional y su implementación. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 23 145. Volumen 23 (1).

Organización de las Naciones Unidas. (2019-2021). *World Populatión Prospects - Highlights.*

Zaffaroni, E. (2005). *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial D d F.

Zaffaroni, E. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal.* Buenos Aires, Argentina: Edit. Ediar.

Legislación nacional

Ley 7316 de 1992.

Ley 784 de 1990.

Ley contra la Violencia Doméstica, N.° 7586 de 1996.

Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica, N.º 9593 de 2018.

Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, N.º 8589 de 2007.

Ley Indígena, N.° 6172 de 1977.

Ley N.° 6968 de 1984.

Ley N.° 7499 de 1995.

Ley N.º 3844 de 1967.

Ley N.º 7416 de 1994.

Volver al índice

Legislación internacional

Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

Convención de los Derechos del Niño de 1989.
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), 1994.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial adoptada en 1965.

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer conocida (CEDAW), 1979.

Convenio N.º 169 sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Mundial del Trabajo, adoptado en 1989.

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Naciones Unidad de 2007.

Sitios web

https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/DGDRightsIndigenousWomenAndGirls.aspx

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 133, págs 129- 148 ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

LA SENTENCIA ORAL
ANÁLISIS COMPARATIVO EN LAS MATERIAS CIVIL, LABORAL, FAMILIA Y AGRARIA

MSc. Diamantina Romero Cruz *

RESUMEN

En un primer apartado de la ponencia, se contemplan aspectos atinentes al instituto de la sentencia, concepto, naturaleza jurídica, tipos**,** requisitos, efectos y formas de la sentencia. El segundo apartado describe la forma en que debe ser emitida una sentencia dentro del juicio oral en las materias civil, laboral, familia y agraria, conforme a las legislaciones procesales aprobadas en esas materias. Se concluye que, si bien la sentencia oral quiso ser la culminación final del proceso basado en la oralidad de las audiencias, lo cierto es que el legislador dejó en todas las reformas procesales indicadas el portillo abierto para que, al final de la etapa probatoria, la persona juzgadora a cargo determinara que la sentencia debía emitirse en forma oral o escrita, optando, en la mayoría de las veces, por la sentencia escrita.

Palabras clave: sentencia, oralidad, escritura, sentencia oral, sentencia escrita, Código Procesal Civil, Reforma Procesal Laboral, Código Procesal de Familia, Código Procesal Agrario.

THE ORAL SENTENCE. COMPARATIVE ANALYSIS IN THE CIVIL SUBJECTS, LABOR, FAMILY AND AGRARIAN LAW

ABSTRACT

In the first part of the following exposition, aspects related to the concept, juridical nature, types, requirements, effects and form of a sentence are contemplated. In the second section, the proper way of sentencing in an oral trial are described according to civil, labor, family and agrarian law, in agreement with the approved procedure legislation for these subjects. In conclusion, even though the oral sentencing process was pretended to be the culmination in an oral audience trial, the option of a written or oral sentence it´s still open for the judge in charge, according to the procedure reform, which leads to the written sentence being the preferred method most of the time.

Keywords: judment, orality, scripture, oral sentence, writeen sentence, Civil Procedure Code, Labor Procedure Reform, Family Procedure Code, Agricultural Procedure Code.

Recibido: 18 de abril de 2022 Aprobado: 17 de agosto de 2022

* Master en derecho. Jueza 5 en el Tribunal de Apelaciones de Trabajo del Primer Circuito Judicial de San José. Correo electrónico:dromero@poder-judicial.go.cr

Volver al índice

Sumario: Sección primera. La sentencia. **I.** Naturaleza jurídica. **II.** Tipos de sentencia. **III.** Requisitos de la sentencia. **A)** En la materia laboral. **B)** En la materia de familia. **C)** En la materia agraria. **IV.-** Efectos de las sentencias. **V.** Forma de la sentencia. **Sección segunda.** La oralidad en la fase decisoria de los procesos. **I.** La estructura externa de las sentencias en el proceso por audiencias orales. **A)** Ventajas de una sentencia oral. **B)** Desventajas de una sentencia oral. **II.** Forma de emisión de la sentencia oral en materia civil. **III.** Forma de emisión de la sentencia en otras materias. **A)** Forma de emisión de la sentencia en materia laboral. **B)** Forma de emisión de la sentencia en materia agraria. **C)** Forma de emisión de la sentencia en materia de familia. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En el ámbito procesal, los actuales sistemas jurídicos del civil law, producto de las recientes reformas que a este nivel han operado, en concreto en Latinoamérica, se han decantado por adoptar un sistema procesal basado en la oralidad, más que en la escritura.

En este punto, tanto la doctrina como la experiencia judicial concuerdan en que las bondades son más que los bemoles que esta corriente brinda a los Poderes Judiciales, en aras de impartir justicia lo más pronta y cumplida posible.

Las ventajas de la oralidad en los procesos son muchas. Cabe mencionar la inmediación, desplegando todas las implicaciones beneficiosas de la persona juzgadora cuando tiene ese contacto con las partes, la realidad fáctica, probatoria que le permiten dictar una sentencia verdaderamente sustentada en su apreciación.
Con la presente ponencia, se desarrollan aspectos importantes acerca de las implicaciones que tiene la oralidad en la fase decisoria materializada en la sentencia dentro de los procesos.

En la tendencia actual, la sentencia y la sentencia oral, en particular, representan el acto judicial más importante del proceso, y acerca del cual la persona usuaria pretende conocer el resultado en forma inmediata, una vez recibida la prueba.

Se enfatizará en la interrogante de si la sentencia en su modalidad oral es la regla o la excepción en nuestro moderno sistema procesal que se nutre de la oralidad en las audiencias.

Para concluir en este punto, si bien la sentencia oral quiso ser la culminación final del proceso basado en la oralidad de las audiencias, lo cierto es que el legislador dejó en todas las reformas procesales en estudio el portillo abierto para que, al final de la etapa probatoria del proceso, la persona juzgadora a cargo determine si la sentencia debe emitirse en forma oral o escrita, optando, en la mayoría de las veces, por la sentencia escrita.

Para lo anterior, también se ha consultado bibliografía clásica porque trasciende el aspecto temporal del desarrollo del derecho, y contemporánea que contempla las más actualizadas posturas en cuanto a la oralidad y su introducción en el ámbito nacional, así como la forma en que se desarrolla el instituto dentro de la normativa procesal de reciente aprobación.

SECCIÓN PRIMERA
LA SENTENCIA

La sentencia, sin duda alguna, es el acto procesal por excelencia de los que están atribuidos al órgano jurisdiccional y es el más esperado por las partes a lo largo del proceso.

Volver al índice

La sentencia es la resolución judicial que contiene la decisión del juez o el tribunal interviniente sobre el fondo de la cuestión que se le ha encargado juzgar[1].

La doctrina tradicional enseña que, mediante la sentencia, termina normalmente el proceso, y el Estado cumple la delicada labor de aplicar y actuar el derecho objetivo. En la importante clasificación de los actos procesales, atendiendo precisamente a su función, es decir, la que los divide en actos de iniciación, actos de desarrollo y actos de terminación, la sentencia corresponde a los últimos mencionados, a los actos de decisión y extinción[2].

El autor Montero Aroca indica que la sentencia:

> *es el acto procesal del juez (unipersonal) o del tribunal (colegiado) en el que se decide sobre la estimación o desestimación (total o parcial) de la pretensión ejercitada por el actor, con base en su conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico. Se trata pues, de la resolución que se prevé para decidir sobre el fondo del asunto*[3].

> *También la sentencia "es una resolución de carácter jurisdiccional dictada por jueces o Tribunales imparciales y que, como consecuencia de la tutela judicial efectiva amparada en la Constitución, decide sobre las cuestiones planteadas en el proceso de una forma definitiva"*[4].

En ese mismo sentido, se desprende el concepto de sentencia contenido en el Código Procesal Civil vigente, sustentado en la oralidad y se recoge como sigue:

> **58.1. Denominación.** *Las resoluciones judiciales serán orales o escritas y se denominarán providencias, autos y sentencias. Son providencias las de simple trámite; autos, las que contienen juicio valorativo; y, sentencias, las que deciden definitivamente las cuestiones debatidas.*

Hugo Alsina explica que, por su etimología, la palabra sentencia proviene del latín "sentiendo" que equivale en el castellano a sintiendo; es decir, juzgando, opinando, ya que el juez declara u opina con arreglo a las constancias procesales[5].

La doctrina ha equiparado la sentencia con un silogismo en que se pretende explicar fácilmente su esquema lógico. Se dice que la premisa mayor está conformada por la norma legal, que la premisa menor constituye los hechos o el caso concreto sometido a la decisión de la persona juzgadora y que la conclusión es su propia decisión.

Sin embargo, se estima que la actividad jurisdiccional decisiva de la persona juzgadora trasciende la mera actividad lógico-mecánica que se desarrollaba en los albores del sistema judicial francés, en el cual se tenía como premisa que el juez era "la boca de la ley".

---

1 Orgaz, Arturo (1952). «Sentencia». *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*. Córdoba, Argentina, 1ª. Edición, Editorial:: Assandri. p. 378.)

2 Para Guasp, la sentencia es aquel acto del órgano jurisdiccional en que este emite su juicio sobre la conformidad o inconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión, satisfaciéndola en todo caso. Jaime, Guasp. Citado por Aguirre Godoy, Mario. (1996). *Derecho procesal civil de Guatemala*. Tomo I. Guatemala: Centro Editorial Vile, p. 762.

3 Montero Aroca, Juan. *Et. al.* (2000). *Derecho jurisdiccional* II. Valencia: Tirant Lo Blanch. 9 edición p. 340.

4 Lorca Navarrette, Antonio María. *El proceso civil español,* p. 268, citado por Parajeles Vindas, Gerardo. (2005). *Introducción a la teoría general del proceso civil.* San José. Costa Rica. IJSA. 2da edición, p. 185.

5 Aguirre Godoy, Mario. (1996). *Derecho procesal civil de Guatemala.* Tomo I. Guatemala: Centro Editorial Vile, p. 762.

Volver al índice

Actualmente, esas nociones se encuentran ampliamente superadas y, aunque aquel se encuentra sometido únicamente a lo que imponen la Constitución y la ley, la función primordial de la persona juzgadora es brindar justicia, haciendo uso de las herramientas y potestades inherentes a esta investidura.

El autor Manuel de la Plaza sostiene que la sentencia siempre implica la declaración de una voluntad de ley, concede o deniega un bien acerca del cual el actor y el demandado tienen pretensiones contrarias, para cuyo efecto es indispensable el pronunciamiento de la persona juzgadora sobre la existencia o inexistencia de aquella voluntad.

A dicho autor le parece exacta la definición de Chiovenda, quien indica que la sentencia es la resolución que, acogiendo o rechazando la demanda del actor, afirma la existencia o inexistencia de una voluntad de ley que le garantiza un bien, o lo que es igual, respectivamente, la inexistencia de una voluntad de ley que garantiza un bien demandado[6].

Llegado a este punto, se considera que la actuación del derecho no se puede circunscribir a los pasajes normativos. El derecho surge, se desarrolla y muta en las distintas relaciones interpersonales y sociales que diariamente se producen en las sociedades. Consecuentemente, la función de decisión de la persona juzgadora en la sentencia debe ser extensiva y no limitativa de un mero compendio de preceptos normativos.

I NATURALEZA JURÍDICA

Sobre este aspecto de la sentencia, se discute en la doctrina, y hay dos posturas primordiales: por una parte, radica en una actividad de declaración del derecho, es decir, la persona juzgadora no innova ni crea el derecho, sino que simplemente lo aplica. La segunda sostiene que la actividad de la persona juzgadora es eminentemente creadora y que, en consecuencia, la sentencia constituye una nueva norma jurídica. Las opiniones tan encontradas en este punto consideran, por un lado que, en relación con la norma general, la sentencia es una *lex specialis.*

Para Guasp, la naturaleza jurídica de la sentencia no es un supuesto de producción de derecho, no es *lex specialis* ni tampoco es simple aplicación de la ley al caso concreto. Su esencia constituye en ser la actuación o denegación de la actuación de una pretensión de cognición. Francesco Carnelutti plantea que, si se presume que la ley regula el caso particular como lo haya decidido el juez, entonces la eficacia de la decisión es tan intensa como la de la ley[7]. De las posturas citadas, lo que no se puede dudar es que al concretarse en la sentencia, la actividad judicial no se limita a la simple aplicación del derecho o a la simple actuación de la ley. En este punto, hay que hacer referencia de que existen sentencias declarativas que únicamente constatan una situación jurídica sin agregar nada nuevo a tal situación; pero otras, como las constitutivas, son verdaderas fuentes de nuevos derechos.

6 Agrega Manuel de La Plaza "Y es tan fecunda esa idea, que incluso es válida para la sistematización de la doctrina procesal, como se aprende en las Instituciones del famoso procesalista que al estudiar lo que él llama actuación de la ley en el proceso civil, distingue la que se produce a favor del demandante por la sentencia estimatoria, término amplio que recoge todas las variedades de la resolución, según la naturaleza funcional de la acción ejercitada, y la que por la sentencia desestimatoria, se causa a favor del demandado, sea o no la actitud de este supuesto necesario de la desestimación […]". De La Plaza, Manuel, citado por Aguirre Godoy, Mario. Op. cit., p. 764.

7 Guasp. Derecho procesal civil. (1998). Tomo I. Madrid: Editorial Civitas. 4ta Edición. Revisada y actualizada por Pedro Aragoneses, p. 480, citado por López González, Jorge Alberto. (2017). Curso de derecho procesal civil costarricense. Tomo I. Según el nuevo Código Procesal Civil. Parte general. San José. Costa Rica: EdiNexo. 1era edición, p. 382.

Volver al índice

II. TIPOS DE SENTENCIAS

En forma genérica, al hablar de sentencia, se entiende como una resolución que pone fin al proceso, o bien, es el pronunciamiento sobre el fondo del asunto principal.

En concreto a la clasificación, según su sistematización tradicional, se dividen de la siguiente manera: desde la perspectiva de las partes, pueden ser estimatorias y desestimatorias, condenatorias o absolutorias; las primeras, cuando se accede a lo que se pide en la demanda, y las segundas, cuando rechazan la petición de la persona demandante, y una sentencia intermedia, cuando se estiman unas pretensiones y se desestiman otras. Las sentencias de condena se disponen cuando se estima la pretensión de la demanda y se condena a la persona demandada, y la sentencia absolutoria, cuando se absuelve a quien se demanda y puede haber una sentencia intermedia que condene sobre una petición y absuelva sobre otra. De acuerdo con el objeto procesal, las sentencias son de condena, declarativas, constitutivas[8]. Serán declarativas las que tengan por objeto la declaración de la existencia o inexistencia de un derecho. Las sentencias de condena son aquellas que imponen al cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo, dar, hacer o en sentido negativo, no hacer o abstenerse. Las sentencias constitutivas son aquellas que sin limitarse a la mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación, crean, modifican o extinguen un estado jurídico, citando, como ejemplo, la sentencia de divorcio. En principio, todas las sentencias son declarativas porque declaran el derecho en un caso concreto a manera de norma abstracta.Se puede señalar que otro criterio de clasificación apunta que las sentencias pueden ser totales o parciales, si resuelven la totalidad de las cuestiones de fondo discutidas o bien parte de ellas. Por la forma en que se comunican a las partes, pueden ser escritas u orales. Por su instancia o grado, las sentencias serán de única instancia, de primera instancia, de segunda instancia o sentencia de casación. Finalmente, las sentencias pueden ser firmes y no firmes o recurribles. Las primeras serán aquellas con las que se fija o consolida una situación, y ya no admiten recurso alguno, o bien, las que, por el contrario, sí admiten impugnaciones.

III. REQUISITOS DE LA SENTENCIA.

Esta resolución exige unos requisitos formales de contenido, y su estructura hace diferencia entre algunas partes o secciones que se deben incluir: el encabezamiento, parte considerativa que incluye los antecedentes de hechos probados y no probados, fundamentos de derecho, parte dispositiva. Algunos otros requisitos formales señalan que la sentencia debe estar firmada por el juez o tribunal que la emite y debe contener información acerca del plazo y los recursos que se podrán interponer[9].

Las particularidades varían dependiendo de las políticas legislativas en los distintos países, atendiendo a factores, tales como el sistema procesal que se adopte, prioridades en dichos sistemas, principios que se contemplen. Así, según el artículo 61.2, nuestra legislación procesal civil señala que una sentencia debe reunir como mínimo los siguientes requisitos de contenido:

> **1)** *Las sentencias deben resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto de debate, no pueden conceder más de lo pedido, salvo disposición legal en contrario y no podrán comprender otras cuestiones que las demandadas; se exceptúan aquellas*

8 Parajeles Vindas, Gerardo. (2005). *Introducción a la teoría general del proceso civil.* San José. Costa Rica. IJSA. 2da edición, p . 186.

9 04/21/2022 en https://www.conceptosjuridicos.com/sentencia/.

Volver al índice

para las que la ley no exige iniciativa de parte.

Además de los requisitos propios de toda resolución judicial, las sentencias tendrán un encabezamiento, una parte considerativa y otra dispositiva.

a) El encabezamiento:
El encabezamiento contendrá la clase de proceso, el nombre de las partes, sus representantes y sus abogados.

b) Parte Considerativa:
En la parte considerativa se incluirá:

1. *Una síntesis de las alegaciones y pretensiones y mención de las excepciones opuestas.*

2. *La enunciación, clara, precisa y ordenada cronológicamente de los hechos probados y no probados de importancia para la decisión, con referencia concreta a los medios de prueba en que se apoya la conclusión y de los criterios de apreciación de esos elementos.*

3. *Un análisis de las cuestiones debatidas por las partes, de las excepciones opuestas y lo relativo a costas, con la debida fundamentación jurídica, con las citas estrictamente indispensables de legislación, jurisprudencia y doctrina que se consideren aplicables.*

4. *La parte dispositiva se iniciará emitiendo pronunciamiento sobre los incidentes que no pudieron ser resueltos con anterioridad y sobre las excepciones opuestas. Seguidamente, se consignará el fallo en términos imperativos y concretos, con indicación expresa y separada de los extremos que se declaran procedentes o deniegan.*

Finalmente, se dispondrá lo que corresponda sobre la repercusión económica de la actividad procesal.

Las sentencias de segunda instancia y casación incluirán un breve resumen de los aspectos debatidos en la resolución impugnada y de los alegatos de las personas recurrentes.

A) EN LA MATERIA LABORAL

En la legislación laboral introducida por medio de la Ley N.º 9343 vigente a partir del 25 de julio de 2017, en el artículo 560 del Código de Trabajo, se contempla un contenido similar en cuanto a la estructura de la sentencia:

La sentencia se dictará y tendrá como límites los actos de proposición de las partes y lo fijado en la fase preliminar de la audiencia de juicio, sin perjuicio de las variaciones que sean permitidas por la ley.

Contendrá un preámbulo, una parte considerativa y una dispositiva. En el preámbulo se indicará la clase de proceso, el nombre de las partes y sus abogados o abogadas.

En la considerativa se consignará una síntesis de las pretensiones y excepciones deducidas. Luego se enunciarán de forma clara, precisa y ordenada cronológicamente los hechos probados y no probados de importancia para resolver, con indicación de los medios de prueba en que se apoya la conclusión y las razones que la amparan y los criterios de valoración empleados, para cuyo efecto deberá dejarse constancia del análisis de los distintos elementos probatorios evacuados, mediante una

Volver al índice

explicación detallada y exhaustiva de cada uno de ellos. Finalmente, en párrafos separados, para cada caso se darán las razones de hecho, jurídicas, doctrinales y jurisprudenciales, se bastanteará la procedencia o improcedencia de las proposiciones, lo cual se hará en párrafos separados, por temas. Es indispensable citar las normas jurídicas que sirven de base a las conclusiones sobre la procedencia o improcedencia de las pretensiones o excepciones propuestas.

En la parte dispositiva se pronunciará el fallo y se indicarán en forma expresa y separada, en términos dispositivos, los extremos que se declaran procedentes o deniegan y la decisión correspondiente a las excepciones opuestas y se dispondrá lo procedente sobre las costas del proceso.

Las sentencias de segunda instancia y de casación contendrán un breve resumen de los aspectos debatidos en la resolución que se combate, los alegatos del recurso, un análisis de las cuestiones de hecho y de derecho propuestas y la resolución correspondiente, de la forma prevista en este mismo Código.

Grosso modo, la diferencia de la norma civil respecto a la laboral, únicamente radica en el nombre dado al encabezamiento y al preámbulo de la sentencia, cuyo contenido es básicamente el mismo.

B) EN LA MATERIA DE FAMILIA

En la materia de familia, el Código Procesal de Familia, aprobado por medio de la Ley N.° 9747 del 23 de octubre de 2019 y que entra a regir a partir del 1° de octubre de 2022, según la Ley N.º 9904 del 22 de septiembre de 2020, regula lo que sigue acerca de los requisitos de la sentencia:

Además de los requisitos generales de las resoluciones judiciales, toda sentencia debe contener:

1) Identificación de las partes y demás personas involucradas en el proceso.
2) Resumen de las pretensiones de partes e intervinientes.
3) Decisión sobre las cuestiones interlocutorias dejadas para resolver en el fallo.
4) Hechos tenidos por acreditados y no acreditados.
5) Las consideraciones de hecho y de derecho, con la correspondiente valoración probatoria y el análisis de las normas legales aplicables.
6) Resolución de las pretensiones y excepciones deducidas porlas partes.
7) Las consecuencias económicas del proceso.

Como se observa, aunque esta norma contiene, en resumen, los puntos más importantes que debe contener una sentencia para la decisión de las pretensiones, se despoja de las formalidades de la normativa civil y laboral que exigen una estructura con preámbulo/encabezamiento, parte considerativa y parte dispositiva. Hace referencia solamente al contenido de los puntos propios que se deben contemplar en esta resolución tan importante.

C) EN LA MATERIA AGRARIA

En el Código Procesal Agrario, aprobado por Ley N.º 9609 del 27 de septiembre de 2018, y cuya vigencia se dispuso a partir del 28 de febrero de 2023, según la Ley N.º 9944 del 3 de febrero de 2021, en cuanto a los requisitos y contenido de la sentencia, se indica:

ARTÍCULO 81- Requisitos y contenido de la sentencia

Volver al índice

Las sentencias deberán resolver todos y cada uno de los aspectos objeto de debate. No podrán conceder extremos no pedidos o dar más de lo solicitado, a excepción de aquello para lo cual el ordenamiento jurídico no exija iniciativa de parte o sean consecuencia intrínseca de lo pretendido para su eficacia. Deberá indicarse el tipo de proceso, el nombre y las calidades de las partes e intervinientes y sus representantes, además de los requisitos propios de toda resolución. En los considerandos se indicará:

1) Una síntesis de los alegatos, las pretensiones y las excepciones.

2) La enunciación clara, precisa y ordenada de los hechos probados y no demostrados cuando los haya, con referencia concreta a los medios probatorios en que se apoya la decisión, de cuyo contenido se hará una referencia lacónica, así como de los criterios de apreciación de esos elementos.

3) Un análisis de las gestiones incidentales pendientes, de las cuestiones pretendidas y debatidas por las partes, las excepciones y las costas. Se expresarán con claridad los fundamentos jurídicos y las razones de equidad en que se basa la decisión.

La parte dispositiva iniciará con lo resuelto sobre los incidentes, las excepciones y lo decidido en términos imperativos y concretos. Se indicarán, de forma expresa y separada, los extremos que se declaren procedentes y los denegados, así como lo dispuesto sobre costas.

Las sentencias que resuelvan la apelación y la casación incluirán un breve resumen de los aspectos debatidos en la resolución impugnada y de los alegatos del recurso. Al tribunal superior le está prohibido resolver solo con remisión a las consideraciones de la sentencia de la instancia inferior. Deberá expresar sus razones."

Se observan el contenido y la estructura, igual a la civil y laboral, que han sido tradicionales con excepción de que se elimina la parte de preámbulo/encabezamiento /resultandos, de la resolución y similar en cuanto a que, en la relación de hechos probados y no probados, hay que indicar además de los elementos probatorios los criterios de valoración de prueba utilizados.

IV. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

Se enfatiza que el efecto fundamental de la sentencia es producir cosa juzgada en relación con la situación debatida y decidida en el proceso. De ello se establece que, si la sentencia es impugnable en virtud de algún otro recurso o proceso, se habla de cosa juzgada formal. Si, por el contrario, además de que la sentencia es inimpugnable por la vía de recurso, adquiere el carácter de inmutable, puesto que su contenido no puede ser modificado en otra discusión judicial y produce la llamada cosa juzgada material.

En relación con la cosa juzgada, el artículo 64 del Código Procesal Civil indica:

Para que se produzca cosa juzgada es necesaria la identidad de sujetos, objeto y causa, la cual puede ser declarada de oficio. Sus efectos se limitan a lo dispositivo. Producen cosa juzgada material las sentencias firmes dictadas en procesos ordinarios y las resoluciones expresamente indicadas por la ley, lo cual hace indiscutible, en otro proceso, la existencia o no de la relación jurídica juzgada. Las sentencias dictadas en los demás procesos tendrán efecto de cosa juzgada formal y la

Volver al índice

presentación de un proceso ordinario no impedirá su ejecución.

Otros efectos que merecen atención de la sentencia son los que esta produce en el tiempo. De esta manera, cuando la sentencia produce efectos hacia el futuro, se dice que es *ex nunc*. En caso contrario, cuando adquiere un efecto retroactivo y produce consecuentemente efectos hacia el pasado, se indica que la sentencia es *ex tunc*.

Para relacionar estos efectos con la clasificación tradicional de las sentencias, las sentencias declarativas producen efectos *ex tunc*, ya que la efectividad del fallo se produce hacia el pasado, sin hacer referencia a la fecha de notificación de la demanda o presentación de esta. Es diferente con las sentencias de condena, ya que los efectos sí se retrotraen a la fecha de presentación o notificación de la demanda.

Ahora bien, en el caso de las sentencias constitutivas, los efectos de estas se producen hacia el futuro, lo cual es lógico porque se crea un nuevo estado jurídico.

V. FORMA DE LA SENTENCIA

Por su forma, la sentencia puede emitirse en forma escrita u oral. Hasta el momento, no representa mayor complejidad entender la emisión de una sentencia escrita, lo cual ha imperado en las normativas procesales internas anteriormente vigentes y, en concreto, es la que ha imperado en la materia civil y ha resultado aplicable para el resto de las materias.

La sentencia oral es aquella cuya emisión se hace a viva voz ante las partes después de ocurrida la deliberación por parte del órgano jurisdiccional unipersonal o colegiado; es decir, está de por medio la palabra hablada para transmitir el veredicto a las partes, y cuyo respaldo será la grabación de audio, audio e imagen o transcripción del fallo, ya sea en papel o en forma digital.

SECCIÓN SEGUNDA. LA ORALIDAD EN LA FASE DECISORIA DE LOS PROCESOS

I. LA ESTRUCTURA EXTERNA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO POR AUDIENCIAS ORALES

Debe tenerse presente que la estructura externa de la sentencia implica la manera como el fallo es transmitido al mundo exterior y, esa forma, responde a la política legislativa que se haya adoptado.

Sobre los requisitos de contenido y estructura de la sentencia, ya hubo referencia en líneas anteriores. En ese sentido, la sentencia debe reunir los mismos requisitos de contenido independientemente de si el sistema que se adopte para transmitirla a las partes sea oral o escrito. Dichos requisitos deben prevalecer y son de observancia obligatoria, máxime cuando el sistema que se adopta es el de oralidad, en que la jueza o el juez se encuentra sujeto a inadvertencias propias del error humano, y que podría conllevar a una nulidad si son impugnadas.

Se entiende el porqué de cada una de las partes de la sentencia (encabezado/ preámbulo, parte considerativa y parte dispositiva) y que no es un mero formalismo el que las origina. Por el contrario, su concurrencia responde a razones de seguridad jurídica en la emisión de la sentencia. Por ello, deben prevalecer independientemente del sistema oral o escrito que las legislaciones adopten.

El doctor López González plantea al respecto si el fallo debe emitirse obligatoriamente en forma oral, lo que conllevaría a dictarlo en momentos

Volver al índice

distintos, incluso días después de finalizado el trámite del proceso, o si basta con leer la parte dispositiva o el fallo completo, o notificarlo. Discute también si debe consignarse en la ley la nulidad de la sentencia que no es pronunciada de viva voz, con lo que se llevaría al extremo el principio de publicidad. Agrega que no solo se satisface el principio de publicidad publicando las resoluciones oralmente, sino también se hace realidad evitando el secreto de las actuaciones. El pronunciamiento de la sentencia de viva voz no es más que una forma de hacer llegar o comunicar el sentido y la motivación del fallo. Por ello, estima que es innecesario adoptarlo[10].

No obstante, puede surgir la interrogante de si, en un sistema basado en la oralidad, debe necesariamente emitirse la sentencia en forma oral. Por un lado, hay un sector de la doctrina que considera que, en un sistema basado en la oralidad, la sentencia debe emitirse en forma oral. Al menos en nuestro medio, en el proceso penal, así se establece.

Sin embargo, la posición adoptada en el Código Procesal Civil actual en el artículo 61.1 es la emisión de la sentencia oral como una posibilidad no obligatoria, sino facultativa. Se tiene la opción de que, en algunos casos, se pueda dictar la parte dispositiva del fallo y la sentencia integra en otro momento, sin necesidad de señalar a otra audiencia para ello, o postergar la sentencia en forma integral para dentro de un plazo previsto en la ley.

Como consecuencia de lo anterior, puede afirmarse que, en la práctica, permanece el dictado de la sentencia en forma escrita, con la facultad para la persona juzgadora de dictarla verbalmente en los casos donde las circunstancias podrían permitirlo, con la obligatoriedad de documentación.

Por su supuesto, si la sentencia se emite en forma oral y completa, deben observarse los requisitos que permitan advertir, en la voz de la persona juzgadora, la labor interna de valoración de pruebas, el análisis de las posturas litigiosas de las partes, la legitimación de cada una de ellas, las consideraciones jurídicas realizadas, la determinación de los hechos probados y, muy particularmente, el contenido de la parte resolutiva que será la base de la ejecución y la determinación de la naturaleza del fallo. Son los mismos rigurosos requisitos para cuando se emite por escrito la sentencia.

Así mismo, en relación con la emisión de una sentencia oral, hay quienes apuntan las ventajas y desventajas de esta. Para llegar a una mejor conclusión de su estudio, se concretan como sigue.

A) VENTAJAS DE UNA SENTENCIA ORAL

La doctrina señala algunas ventajas de la oralidad que son aplicables también a la sentencia oral:

1. Es la forma natural en la oralidad, de comunicarse con los sujetos procesales. Por ello, la sentencia debe ser comunicada en forma oral.

2. Tanto las audiencias como las sentencias orales y públicas permiten el control del pueblo sobre la justicia[11].

3. Se da vigencia a la oralidad no solo en las otras resoluciones emitidas en audiencia,

10 López González, Jorge Alberto. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense.* Tomo I. Según el nuevo Código Procesal Civil. Parte general. San José. Costa Rica: EdiNexo. 1era edición, p. 389.

11 Parajeles Vindas, Gerardo. (2010). *Los procesos civiles y su tramitación.* Heredia, Costa Rica. Escuela Judicial. 1era edic., p. 246.

Volver al índice

sino también a la resolución más importante que es la sentencia[12].

4. La celeridad que produce la oralidad: las personas juzgadoras tardarían menos tiempo en bosquejar una sentencia oral, que cuando la hacen por escrito, lo cual dependerá también de la mayor o menor capacidad de un juez o de una jueza para hacer un razonamiento pronto y debidamente concatenado de la valoración de la prueba con que debe concluir el fallo.

5. Se disminuye el retraso judicial, por cuanto la sentencia emitida por escrito otorga más plazos para el dictado de la sentencia.

6. La sentencia oral puede ser archivada en el equipo de informático u otros medios que son de más o igual segura preservación que la sentencia escrita.

7. Se señala que la inmediatez en la sentencia permite la determinación del cuadro fáctico, el cual resulta mucho más simple que en el sistema de escritura y simplifica al juzgador su trabajo intelectual para el expedito dictado de la sentencia documentada[13].

8. Por ello, el pronunciamiento de la parte dispositiva, genérica, no requiere ser detallado ni pormenorizado, es concreto, por lo que, al concluir la audiencia probatoria, después de la deliberación del tribunal, resulta absolutamente posible expresar la conclusión a la cual llegaron los jueces[14].

9. El fallo dictado verbalmente y frente a las partes conlleva mayores garantías que el mismo documento escrito, pues mientras el fallo verbal se dispone directamente frente a las partes, el documento escrito y firmado se redacta en condiciones que las partes desconocen y que les resulta imposible controlar por tratarse de actos que se realizan en las oficinas de los funcionarios judiciales y, de una u otra forma, puede verse expuesto a interferencias variadas[15].

B) DESVENTAJAS DE UNA SENTENCIA ORAL

Algunos de los bemoles que se atribuyen a la sentencia oral son los siguientes:

1. Una de las adversidades que mayormente enfrenta la sentencia oral es la que se da ante la posibilidad de que sea recurrida y obliga a los jueces integrantes del órgano de alzada a dedicar más tiempo para escucharla y determinar si realmente existen los vicios alegados por las partes. Existe una diferencia abismal entre leer un documento o tener que escuchar un discurso, provocando una enorme pérdida de tiempo para los órganos de casación[16].

2. Se indica que, por regla general, las sentencias dictadas verbalmente pierden el rigor lógico-jurídico que debería

12 Sent. 2009-0409, nota del juez Zúñiga Morales. Tribunal de Casación penal de Goicochea, San José, Costa Rica.

13 Zeledón Zeledón, Ricardo. (1998). *Salvemos la Justicia. Humanización y oralidad para el siglo XXI.* Ensayo. San José, Costa Rica: Ediciones Guayacán. 1era ed., p. 105.

14 Zeledón Zeledón, Ricardo. (1998). *Salvemos la Justicia. Humanización y oralidad para el siglo XXI.* Ensayo. San José, Costa Rica: Ediciones Guayacán. 1era ed., pp. 105 y 106.

15 Salazar, Ronald; Sanabria Rafael y Vargas, Omar, jueces de casación penal. Sent. 2008-0534. San José, Costa Rica.

16 Voto del juez Zúñiga Morales, Ulises. Causa 05-00916-0175. Circuito de Goicochea. San José, Costa Rica.

Volver al índice

caracterizarlas, en cuanto a su contenido y estructura. Además se descuida o hay falta de fundamentación probatoria e intelectiva. Hay ausencia de citas doctrinales o jurisprudenciales que, en muchos casos, deben acompañarlas, las cuales se hacen en un lenguaje que, pretendiendo ser coloquial, termina siendo bastante confuso (tanto para expertos como para neófitos)[17].

3. Deben establecerse los reglamentos necesarios para normar el envío, recepción, trámite y almacenamiento de los medios electrónicos en que se registran las sentencias orales, para garantizar su seguridad y conservación, así como para determinar el acceso del público a la información contenida en las bases de datos conforme a la ley.

4. Otro obstáculo a la oralidad en la sentencia es la firma de la sentencia, lo anterior por cuanto se asocia al concepto de documento y firma a la escritura tanto a la escritura sobre papel como a la escritura digital, lo que se contrapone al uso de otras formas de registro tecnológico. Precisamente, el avance tecnológico es el que permite múltiples formas de comunicación como de registros, las cuales han dado paso a la oralidad en los procesos[18].

Se anota que la firma autógrafa utilizada para la identidad del juzgador se sustituye porque no cabe duda alguna de que se trata del mismo juzgador que estuvo en la audiencia oral y emitió la sentencia. Es el mismo que aparecerá en el video o en audio de viva voz, aunque no ponga su firma[19].

5. Otra desventaja que tiene que ver con la brecha tecnológica son las dificultades para acceder al fallo en documento electrónico o tecnológico y que, con ello, se trata de una justicia que no cobija a la persona ciudadana media. No obstante, con esta desventaja, hay que señalar que, si bien no se puede tener un equipo para volver a escuchar la sentencia, el fallo que ya escuchó de viva voz al exponer el juez oralmente la sentencia y, en todo caso, se debe dar respaldo o grabación a las partes de la sentencia y, como última solución, los tribunales deben proveer medios para que las personas interesadas puedan examinar el documento electrónico, en caso de que no tengan medios para reproducirlos.

6. Otra alegación en contra se refiere a si los respaldos o registros tecnológicos o electrónicos judiciales deben ser considerados documentos o no. Deben ser considerados documentos oficiales ahora con los medios electrónicos. Las sentencias orales necesariamente deben quedar registradas en medios audiovisuales.

7. Es innecesario exigir que, en todo caso, la sentencia se pronuncie a viva voz y, para ello, sea obligatorio realizarse una nueva audiencia. Si se señala una audiencia oral solo para el pronunciamiento oral de la sentencia, se tomaría tiempo que el tribunal podría invertir en otros menesteres. El

17 Voto del juez Zúñiga Morales, Ulises. Causa 05-00916- 0175. Circuito de Goicochea. San José, Costa Rica.

18 Salazar Ronald, Sanabria Rafael y Vargas Omar, jueces de casación penal. Sent. 2008-0534. San José, Costa Rica. Circuito Judicial de Goicochea.

19 Sentencia n.º 2009003117 de la Sala Constitucional.

Volver al índice

pronunciamiento oral de la sentencia es solo una forma de notificación[20].

8. Ya se tenía hecha una sentencia antes de la audiencia oral, su fundamentación es insuficiente, o se toma la decisión con ligereza[21].

Acerca de las ventajas y desventajas de la emisión de la sentencia en forma oral, con respaldo tecnológico de audio y video, estas no resultan contrarias al principio de legalidad (contenido y estructura), ni a ningún otro derecho constitucional con el deber de suministrar a las partes el registro respectivo que permita su reproducción y se provea, incluso, en las instalaciones del Poder Judicial los medios necesarios para accederla.

En los casos en que sea necesaria la sentencia, esta debe ser entregada por escrito o digital en el idioma o forma de comunicación requerida como el lesco o braile u otras formas, lo anterior para no lesionar el derecho de defensa.

Si se promueve que la sentencia sea emitida en forma oral, además de que permite introducir al proceso el avance tecnológico, el cual es determinante en la oralidad de los procesos por audiencias, comprende superar exigencias de formas escritas del sistema procesal anterior, incluyendo a la más importante resolución del proceso, la sentencia.

II. FORMA DE EMISIÓN DE LA SENTENCIA EN MATERIA CIVIL

El artículo 61.1 del Código Procesal Civil señala acerca de la emisión de la sentencia lo siguiente:

> *Concluida la audiencia de prueba, en cualquier tipo de proceso, se procederá al dictado de la sentencia. De ser posible se emitirá oralmente en ese acto. Para tal efecto, el tribunal podrá ordenar un receso. La sentencia dictada oralmente se deberá digitar y se entregará a las partes una reproducción en el acto de la notificación,*
> *Cuando no sea posible emitirla en el acto oralmente, se dictará por escrito dentro de los cinco días siguientes.*
> *En procesos muy complejos lo que se informará a las partes se dictará por escrito, dentro del plazo de quince días.*

De esta norma, deriva la posibilidad de la emisión de la sentencia oral, como primera opción o como regla, empero, con la obligación de digitarla.

A mi criterio, su digitación constituye un primer obstáculo para la emisión de la sentencia en forma oral totalmente, por cuanto, es innecesaria su digitación, si su respaldo puede ser en audio y video o solo audio. No tiene sentido digitar una sentencia que se emite en forma oral, si se puede plasmar en otro tipo de respaldo como lo son el audio e imagen o solo audio. La exigencia de la digitación de la sentencia puede retrasar, antes bien, su emisión en forma oral. Claramente la persona juzgadora va a digitar su sentencia primero y luego va a exponerla o leerla.

Como segunda opción, si no es posible emitir la sentencia en forma oral, entonces, se dictará en forma escrita dentro de los cinco días y, en asuntos complejos, el plazo se extiende a los quince días.

Cabe preguntarse si cada uno de los supuestos u opciones deben ser obligatorios en el orden

20 López González, Jorge Alberto. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense.* Tomo I. Según el nuevo Código Procesal Civil. Parte general. San José, Costa Rica: EdiNexo. 1era edición, p. 389.

21 López González, Jorge Alberto. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense.* Tomo I. Según el nuevo Código Procesal Civil. Parte general. San José, Costa Rica: EdiNexo. 1era edición, p. 391.

Volver al índice

establecido y, solo si es posible el dictado de la sentencia oral, sería posible la sentencia por escrito.

Uno de los objetivos con la presente investigación es determinar si la regla pensada y plasmada por el legislador en la reforma procesal civil es, antes bien, la sentencia oral y no la sentencia emitida por escrito, como quedó la norma aprobada.

No obstante, el legislador estableció la emisión de la sentencia oral como primera opción en todos los procesos y dejó anclada la sentencia oral al tener que digitarse, con lo cual asentó una gran traba en la emisión de la sentencia en forma oral por medio de la palabra hablada.

Es evidente que una es la sentencia leída, y otra es la sentencia oral donde esta ocupa otro tipo de respaldo tecnológico y no la escritura.

El imperativo de digitar la sentencia no promueve la oralidad en el proceso ni como forma de comunicación de la resolución más importante del proceso, en un sistema basado en la oralidad como el actual vigente.

Para el doctor López González, el dictado de la sentencia en forma oral es una posibilidad que se debe dejar establecida en la legislación procesal, no como forma obligatoria, sino facultativa a discreción del tribunal, y sostiene que, en muchos casos, después de terminada la audiencia, ya sea por la escasa entidad del aspecto debatido o por la aceptación de las partes. El tribunal se encontrará en posibilidad de dictar sentencia en forma inmediata, lo cual debe permitirse por el ahorro de recurso que implica[22].

En una entrevista realizada al doctor Gerardo Parajeles Vindas, jurista nacional, este señaló que era mejor dejar la posibilidad abierta tanto para el dictado de la sentencia oral como por escrito, y no imponer como obligatoria una sentencia oral, dado que esta dependerá de que exista esa "posibilidad" de su dictado. Si el asunto no es complejo, y no hay mayor discusión o debate acerca de lo pretendido en el proceso, podría dictarse una sentencia oral[23].

También, el doctor Carlos Adolfo Picado Vargas opina sobre el tema de la sentencia oral y al respecto señala que los abogados, en general, sufren el síndrome de hoja de papel en blanco, el cual es la dependencia obsesiva por el modelo o machote, en particular cuando se trata de redactar o exponer oralmente la aplicación de las normas sustantivas al caso concreto. Señala que, en aras de una mal concebida oralidad, se recurre a llevar la sentencia redactada por escrito a la audiencia, en el 90%, antes de recibir la prueba, lo que conlleva a que se está predeterminado a fallar de cierta manera, y eso no implica oralidad[24].

Este último autor de cita, respecto de la sentencia oral, la reduce, a lo sumo, a los asuntos no contenciosos y algún proceso sumario o monitorio sencillos, y jamás para ordinarios o casos complejos que producen cosa juzgada material.

Sobre esta opinión en particular, hay que destacar que los casos complejos son aquellos supuestos que califican en que no es posible la emisión de la sentencia oral en forma inmediata después de la audiencia.

22 López González, Jorge Alberto. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense.* Tomo I. Según el nuevo Código Procesal Civil. Parte general. San José, Costa Rica: EdiNexo. 1era edición, p. 390.

23 Parajeles Vindas, Gerardo. El 9 de junio de 2020 a las 6:00 p. m. en San José, Costa Rica.

24 Picado Vargas, Carlos Adolfo. (Octubre de 2018). *Reforma Procesal Civil*. San José, Costa Rica. IJSA. Investigaciones Jurídicas S. A. Edición I, p. 181.

Volver al índice

Como se desprende de la norma de cita, la regla general es la sentencia oral, y solo cuando no sea posible su emisión oral inmediata, debe dictarse por escrito dentro de los plazos de cinco o quince días en asuntos complejos. Como sea, no se trata de una normativa que procure el dictado de sentencia oral como regla general, y el dictado de sentencia escrita en forma excepcional.

Se estima que el obstáculo se presenta si se requiere siempre la digitalización de la sentencia, lo que constituye una barrera para que se emita la sentencia en forma verbal u oral y esta quede solamente respaldada en el sistema tecnológico de grabación. Si se debe digitar la sentencia, se impone doble trabajo a la persona juzgadora, pues la transcripción requiere tiempo, es larga y tediosa.

Para el profesor López González,:

> *En principio la sentencia se debe dictar en forma oral, si ello es posible. La posibilidad dependerá, de la complejidad del litigio, incluso de la experiencia y preparación de la persona juzgadora, y el hecho de que la sentencia tenga que ser digitada es para que las partes tengan un detalle exacto de la motivación y para facilitar la conservación y acceso a la jurisprudencia*[25].

En conclusión de quien expone, la imposición de que la sentencia oral deba digitalizarse para dar copia a las partes también constituye un obstáculo a la oralidad que permite su respaldo por cualquier medio tecnológico que la conserve (audio/audio y video). Con lo cual, finalmente se sigue la filosofía de una sentencia escrita, tal y como ha imperado en legislaciones derogadas.

III. FORMA DE LA SENTENCIA EN OTRAS MATERIAS

A) FORMA DE EMISIÓN DE LA SENTENCIA EN MATERIA LABORAL

En cuanto a la forma de emisión de la sentencia, la materia laboral sí contempla como regla general que la sentencia es oral en asuntos de menor cuantía, y es oral la parte dispositiva en asuntos de mayor cuantía, salvo en asuntos complejos.

En el artículo 518, inciso 4) del Código de Trabajo, se establece:

> *Se deliberará y dictará la parte dispositiva de la sentencia de inmediato de forma oral, debiendo señalarse, en ese mismo acto, la hora y fecha, dentro de los cinco días siguientes, para la incorporación al expediente y entrega a las partes del texto integral del fallo, el cual será escrito. Cuando se utilice tecnología electrónica, el fallo deberá documentarse en el respaldo correspondiente, de manera que se pueda reproducir de forma escrita o entregarse a la parte por otro medio. En procesos complejos o con abundante prueba, según lo determine la persona juzgadora, podrá postergarse, improrrogablemente hasta por un lapso máximo de quince días después de la conclusión del juicio, el dictado completo de la sentencia, incluida su parte dispositiva./ Cuando todas las partes se manifiesten satisfechas con la sentencia en su parte dispositiva, podrán relevar al juzgado de la redacción de las otras partes de esa resolución, debiéndose dejar constancia, de forma expresa, de esa conformidad.[…].*

25 López González, Jorge Alberto. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense.* Tomo I. Según el nuevo Código Procesal Civil. Parte general. San José, Costa Rica: EdiNexo. 1era edición, p. 393.

Volver al índice

Como bien se observa, la regla general es que se debe emitir la parte dispositiva del fallo en forma oral y, posteriormente, en el plazo de cinco días, el texto integral de la sentencia, salvo que las partes releven al juzgado de la redacción de las otras partes de la sentencia.

No obstante, en la práctica judicial, no se ha utilizado esta norma para favorecer la oralidad de por lo menos emitir la parte dispositiva del fallo en forma oral, sino que se echa mano de la norma para dictaminar los procesos como complejos o con abundante prueba a efectos de que la sentencia en forma integral se emita por escrito dentro del quinto día o de los quince días, plazos en que la norma permite postergar el dictado total del fallo.

Interesa destacar de la norma en estudio que la sentencia oral no necesariamente debe transcribirse, como en materia civil, sino que su respaldo puede constar en forma oral con el medio tecnológico adecuado para ello.

Por otro lado, el artículo 539 del Código de Trabajo prevé que, en los procesos de menor cuantía, se tramitarán en una sola audiencia oral, y la sentencia se dictará de forma oral y, salvo que alguna de las partes solicite expresamente la redacción integral de la sentencia, únicamente, se consignará su parte dispositiva por escrito, excepto en procesos tramitados electrónicamente, en cuyo caso, esa parte dispositiva será digitada, de modo que pueda ser reproducida de forma escrita o en respaldos electrónicos.

No obstante, se establece como regla la sentencia oral en procesos de menor cuantía y solamente se debe digitar su parte dispositiva. Pero lo cierto es que también se trata de una norma que, en la mayoría de las veces, cede en aplicación del artículo 518, inciso 4) del Código de Trabajo, el cual permite la postergación del plazo para su emisión en forma escrita y se admite en asuntos complejos. En dicha aplicación mal o bien, lo cierto es que no contribuye al fin de la oralidad y del proceso por audiencias que era un dictado oral del fallo y de forma inmediata a la finalización de la audiencia complementaria de pruebas, en procesos de menor cuantía.

Valga aclarar que, cuando la norma se confecciona, realmente los asuntos eran de menor cuantía, de cinco millones de colones, según circular de la Corte Plena n.º 174-2015[26], lo que ha cambiado a quince millones, y rige actualmente conforme a la circular de la Corte Plena n.º 184-2020 [27]. Esto plantea si por la cuantía los asuntos se vuelven complejos o no.

B) FORMA DE EMISIÓN DE LA SENTENCIA EN LA MATERIA AGRARIA

El Código Procesal Agrario fue aprobado por Ley N.º 9609 del 27 de septiembre de 2018, y su vigencia se dispuso a partir del 28 de febrero del 2023, según la Ley N.º 9944 del 3 de febrero de 2021. Esta normativa establece un marco diferente, en cuanto establece un plazo de deliberación que también, si se inobserva, es motivo de casación por incumplimiento de plazos y se reproduce como sigue:

26 En la sesión n.º 33-15, celebrada el 24 de agosto de 2015, artículo XXIV, la Corte Plena acordó aumentar el monto de la cuantía para el conocimiento de los procesos correspondientes a la materia laboral a ¢5 000 000,00 (cinco millones de colones exactos) que conocen los juzgados de menor cuantía de esa materia. La mayor cuantía en dicha materia se establece en los montos superiores a los ¢5 000 000,00 (cinco millones de colones exactos).

27 En la sesión n.º 46-2020, celebrada el 24 de agosto de 2020, artículo IX, la Corte Plena acordó aumentar el monto de la cuantía para el conocimiento de los procesos que deban tramitarse como de menor cuantía en los juzgados de trabajo a ¢15 000 000,00 (quince millones de colones exactos). Los procesos cuyas pretensiones superen ese monto serán de mayor cuantía.

Volver al índice

ARTÍCULO 78- Deliberación, votación y redacción en tribunales colegiados.

Si la sentencia se emite en audiencia, la deliberación tendrá una duración máxima de dos días.

Propiamente, en cuanto a la forma de emisión de la sentencia, establece:

ARTÍCULO 79- Emisión de la sentencia
La sentencia se emitirá oralmente después de la exposición de conclusiones o, en su caso, de la deliberación. Cuando la deliberación no sea necesaria, terminadas las respectivas etapas procesales se pronunciará dentro del plazo legal.
Por razones de seguridad e integridad del tribunal y demás asistentes a la audiencia u otras razones referidas al tiempo y el lugar donde se realice la audiencia, la sentencia podrá emitirse en el plazo de cinco días.
En supuestos de excepcional complejidad, su dictado íntegro se podrá realizar en el plazo de veintidós días hábiles. El tribunal deberá exponer el fundamento de la decisión.
Si las partes lo solicitan o el tribunal lo estima necesario, la sentencia deberá transcribirse.

Como se obtiene de la lectura de esa norma, en primer orden, la sentencia debe emitirse oralmente después del acto de deliberación. También podrá emitirse dentro del plazo de cinco días y, si el asunto es complejo, podrá emitirse la sentencia en el plazo de veintidós días hábiles.

Aunque la norma no lo señala, al parecer la sentencia debe emitirse en forma oral siempre, aun en los plazos indicados, por cuanto, en el último párrafo, establece que, si las partes lo solicitan o el tribunal lo estima necesario, la sentencia se debe transcribir, porque el tribunal también deberá exponer el fundamento de su decisión. En su conjunto, estas normas optan por una sentencia oral.

C) FORMA DE EMISIÓN DE LA SENTENCIA EN MATERIA DE FAMILIA

En materia de familia, el Código Procesal de Familia fue aprobado mediante la Ley N.° 9747 del 23 de octubre de 2019 y entra a regir a partir del 1° de octubre de 2022, según Ley N.º 9904 del 22 de septiembre de 2020. Dentro del articulado del proceso resolutivo familiar, en el artículo 233, prevé como actuación dentro de la fase probatoria y conclusión del proceso, después de la etapa de conclusiones, en el inciso 6), lo siguiente:

El dictado de la parte
dispositiva de la sentencia. En casos de especial complejidad, mediante resolución debidamente fundamentada al concluir la audiencia, se podrá obviar este dictado y, en ambos casos, la sentencia integral debe ser dictada y notificada en los medios señalados dentro del quinto día posterior. a la parte dispositiva.

De lo anterior se deduce que debe dictarse en forma oral la parte dispositiva del fallo como acto último de la audiencia oral. No obstante, permite en casos complejos, la omisión de esa parte, y se puede postergar la emisión del fallo integral dentro del plazo del cinco días. Esto implica que ya sea que se emita o no la parte dispositiva del fallo en forma oral, la sentencia integral siempre debe ser dictada y notificada dentro de los cinco días posteriores. Con lo cual, la regla dispone que la parte dispositiva del fallo es oral, y siempre la integralidad de la sentencia es por escrito,

Volver al índice

CONCLUSIONES

Después de realizar la investigación y de acuerdo con los resultados obtenidos, interesa destacar las siguientes conclusiones:

1. Se coincide en las materias estudiadas que la resolución más importante del proceso judicial es la sentencia. Por tanto, en un sistema dominado por la escritura o por la oralidad, el legislador regula sus requisitos de contenido y estructura que se consideran importantes, con el fin de garantizar que realmente decidan todos los puntos debatidos y las pretensiones del proceso para dar seguridad jurídica.

2. El contenido de la sentencia en realidad es la misma que se regulaba en la legislación procesal civil anterior, solo se observan cambios en cuanto a la nomenclatura de su estructura principal y la fundamentación que requieren los hechos probados y los no probados. Al menos en materia civil y laboral, lo que se consignaba en los antiguos resultandos, ahora se ubica en la parte considerativa. Y la información de partes, abogados, abogadas, representantes, tipo de proceso se les denomina encabezamiento en materia civil y preámbulo en materia laboral.

3. La materia de familia no consideró la denominación de las estructuras indicadas, sino solamente hace referencia a los requisitos de contenido.

4. Aunque, en la materia agraria, no contempla la denominación de encabezamiento, sí indica que debe tener ese contenido y, por supuesto, la parte considerativa y la parte dispositiva.

5. En cuanto a la forma de la sentencia en materia civil, interesa destacar que la doctrina consultada señala que se establece la posibilidad y no la obligatoriedad de la sentencia oral en el proceso civil, lo anterior a pesar de que el artículo 61.1 del CPC establece que "*Cuando no sea posible emitirla en el acto oralmente, se dictará por escrito dentro […]*". A criterio de quien expone, la regla es la sentencia oral, y la excepción es la sentencia escrita que opera solamente ante imposibilidad.

6. Aunque el legislador contempló en primer orden la sentencia oral, aun tratándose de una sentencia oral, la legislación obliga a digitalizarla, lo que provoca que el respaldo oral no sea suficiente y se deja anclada la sentencia oral a la escritura. Esto provoca que el respaldo tecnológico oral no cumpla su función de facilitar la justicia oral.

7. Se debe romper paradigmas. En su función didáctica, la persona juzgadora debe ser promotora del cambio. Lo contrario sería mantener la tendencia a continuar con el sistema escrito.

8. Se concuerda que, en la oralidad, como consecuencia de la inmediación, el tribunal personal o colegiado va a realizar con mayor facilidad la verificación y ponderación de los hechos y la subsunción de los hechos a las normas, por lo que la oralidad va a provocar una mejor sentencia, ya sea que esta se emita en forma oral o escrita.

9. La normativa procesal introducida en las materias civil, laboral, familia y agraria pone al servicio del órgano jurisdiccional la herramienta de la sentencia oral, y será solamente con su práctica y experiencia, como se obtendrán sus resultados, en cuanto a su influencia en la resolución pronta de los asuntos donde se pueda resolver de esa forma.

10. Son muchas las ventajas de la sentencia oral y también las desventajas, de manera

Volver al índice

que debe buscarse un equilibrio. En aquellos procesos donde se permita la emisión de una sentencia oral por su escasa complejidad, debe optimizarse ese recurso, en aras de la justicia pronta y cumplida. En los procesos complejos, debe cumplirse con los plazos establecidos, con el fin de aprovechar los beneficios de la inmediación y hacer realidad una justicia de calidad, pronta y cumplida.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS CONSULTADOS

1. Picado Vargas, Carlos Adolfo. (Octubre de 2018). *Reforma procesal civil práctica*. *Código Procesal Civil de 2016*. San José, Costa Rica. IJSA. Edición 1, p. 641.

2. Picado Vargas, Carlos Adolfo y Víquez Vargas, Shirley. (Junio de 2020). *Reforma procesal familiar práctica. Código Procesal de Familia*. San José, Costa Rica. IJSA. Edición 1, p. 497.

3. Parajeles Vindas, Gerardo. (2010). *Los procesos civiles y su tramitación*. Heredia, Costa Rica. Escuela Judicial. 1era edición.

4. Parajeles Vindas, Gerardo. (2005). *Introducción a la teoría general del proceso civil.* San José, Costa Rica. IJSA. 2da edición, p. 216.

5. López González, Jorge Alberto. (2007). *Teoría general sobre el principio de oralidad en el proceso civil.* Costa Rica: Editorial Juricentro. 1ª edición.

6. López González, Jorge Alberto. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense.* Tomo I. Según el nuevo Código Procesal Civil. Parte general. San José, Costa Rica: EdiNexo. 1era edición, p. 523

7. Montero Aroca, Juan. *Et al.* (2000). *Derecho jurisdiccional II*. 9 edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.

8. Aguirre Godoy, Mario. (1996). *Derecho procesal civil de Guatemala*. Tomo I. Guatemala: Centro Editorial Vile.

9. Zeledón Zeledón, Ricardo. (1998). *Salvemos la Justicia. Humanización y oralidad para el siglo XXI.* Ensayo. San José, Costa Rica: Ediciones Guayacan. 1era ed., p. 105.

TEXTOS NORMATIVOS

1. Código Procesal Civil aprobado por Ley N.º 9342 vigente a partir del 8 de octubre de 2018.

2. Código de Trabajo, Ley N.º 2 del 27 de agosto de 1943 y Reforma Procesal Laboral aprobada por Ley N.º 9343 vigente a partir del 25 de julio de 2017.

3. Código Procesal de Familia,aprobado por medio de la Ley N.° 9747 del 23 de octubre de 2019, y entra a regir a partir del 1° de octubre de 2020.

4. Código Procesal Agrario aprobado por Ley N.º 9609 del 27 de septiembre de 2018, y su vigencia se dispuso a partir del 28 de febrero de 2023, según la Ley N.º 9944 del 3 de febrero de 2021.

FUENTES ELECTRÓNICAS

04/21/2022 en https://www.conceptosjuridicos.com/sentencia/)

ENTREVISTA

Al Dr. Gerardo Parajeles Vindas, el 9 de junio de 2020 a las 6:00 p. m en San José, Costa Rica. Profesor universitario.

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 133, págs 149 - 164 ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

ALGUNOS TÓPICOS DEL PROCESO ALIMENTARIO SEGÚN EL CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA

MSc. José Miguel Fonseca Vindas *

RESUMEN

En el presente artículo, se abordarán algunos supuestos procesales en el trámite del proceso resolutivo especial en materia de alimentos, acorde con los alcances del Código Procesal de Familia. Al respecto, se pretende exponer de forma lacónica una serie de eventuales requerimientos a la aplicación de la normativa procesal en pensiones alimentarias, para la tutela judicial efectiva del reclamo alimentario, según los presupuestos de instrumentalidad que establece la normativa procesal familiar, los cuales ceden al derecho sustantivo alimentario.

Palabras claves: Código Procesal de Familia, pensiones alimentarias, monitorio, sentencia anticipada, audiencia, oralidad.

ABSTRACT

In this article, some procedural assumptions will be addressed in the process of the special resolution process in matters of alimony, in accordance with the scope of the Family Procedural Code. In this regard, it is intended to expose in a laconic way a series of eventual requirements to the application of the procedural rules on alimony, for the effective judicial protection of the alimony claim, according to the instrumentality presuppositions established by the family procedural rules, which yield to the substantive alimony law.

Keywords: Family Procedural Code, alimony, order for payment, anticipated sentence, hearing, orality.

Recibido: 27 de mayo de 2022 Aprobado: 17 de agosto de 2022

* Juez de Familia y Violencia Doméstica desde 2005. Actualmente juez propietario en el Juzgado contra la Violencia Doméstica del Primer Circuito Judicial de Alajuela; juez suplente del Tribunal de Familia desde 2014 a la fecha. Máster de la Maestría de Administración de Justicia de la Universidad Nacional de Costa Rica. Correo electrónico: mfonsecav@poder-judicial.go.cr

Volver al índice

1. Introducción

Con la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia (Ley N.º 9747), las personas que administramos justicia y aquellas que litigan en materia familiar tendremos que aplicar el primer cuerpo normativo uniformado para tramitar y decidir las pretensiones de naturaleza familiar, de pensiones alimentarias, en materia de violencia doméstica y protección cautelar, así como los procesos donde se decidan derechos de la niñez y la adolescencia.

Uno de los grandes cambios que nos trae la reforma procesal familiar es, sin duda alguna, el empleo de un sistema procesal basado en la oralidad. No obstante, dicha oralidad se permea con la aplicación estricta de los principios generales y propios del derecho procesal familiar, estableciendo desde su inicio (ver artículo 2, párrafo segundo[1]) que toda la instrumentalidad de las normas procesales deberá ceder al resguardo y garantía del derecho de fondo aplicable al caso concreto.

Para ello, este Código posiciona a la persona usuaria de la Administración de Justicia familiar como el **centro del proceso**, otorgando así un protagonismo ineludible a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales reclamados en los procesos de naturaleza familiar (ver artículo 7[2]).

Es entonces evidente que la naturaleza procesal de los asuntos judiciales en nuestra materia tendrán como norte la garantía y el resguardo de los derechos humanos que han sido reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico desde lo constitucional y lo convencional.

En tal sentido, el derecho alimentario mantiene ese alcance y naturaleza fundamental de ser un derecho que requiere la garantía y el resguardo de una tutela judicial efectiva, tanto para las personas acreedoras como aquellas obligadas a satisfacer dicha pretensión alimentaria.

Para ello, el Código Procesal de Familia **implementa** un novedoso proceso de estructura **monitoria**, por el cual, se definirá, desde sus inicios, la satisfacción del reclamo alimentario peticionado, ya sea a través de un acuerdo conciliatorio en sede judicial, o bien, ante el dictado de una sentencia anticipada.

En el presente artículo, se pretenden evidenciar y hacer notar algunas novedades del proceso judicial por el cual se decidirán extremos de índole alimentario, dejando claro desde aquí, que las posturas empleadas estarán sujetas a múltiples interpretaciones, siendo obvio que, en la práctica y con la intervención de una Sala Constitucional y posibles reformas legislativas, se irán consolidando criterios de interpretación de las regulaciones procesales que establece el Código Procesal de Familia.

2. Ley de Pensiones Alimentarias N.º 7654

Mediante *La Gaceta* n.º 16 del 23 de enero de 1997, se publicó y entró a regir en nuestro país la Ley de Pensiones Alimentarias N.º 7654, la cual

1 "Las normas se aplicarán, interpretarán e integrarán de una forma sistemática, atendiendo al espíritu y la finalidad de ellas, haciendo prevalecer los principios constitucionales y de los instrumentos internacionales, potenciando las normas y los principios del derecho de fondo sobre los procesales y los de tipo personal sobre los patrimoniales".

2 "Artículo 7- Efectivización de derechos transversales. En los procesos de la jurisdicción familiar, las personas juzgadoras tendrán particular esmero en la efectivización de los derechos humanos de personas en situación de vulnerabilidad, contenidos en la normativa nacional, internacional y sus principios".

Volver al índice

derogó la otrora Ley de Pensiones Alimenticias N.º 1620 del 5 de agosto de 1953.

En igual sentido, se derogó también el título IX del Libro III del Código Civil, el cual trataba del apremio corporal en materia civil, del artículo 1001 al 1006 inclusive de ese cuerpo normativo. Desde aquel entonces, hemos aplicado la normativa en mención –Ley 7654– para tramitar los procesos judiciales de índole alimentaria, con una base procesal cimentada en la escritura y con la supletoriedad del Código Procesal Civil de 1989.

Se deroga dicha Ley 7654 con la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia; es decir, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 9747, dejará de aplicarse la Ley de Pensiones Alimentarias. Si bien, podríamos advertir que tal efecto con la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia es obvio y no requiere mayor análisis, considero de suma importancia hacer notar que la derogatoria de la Ley 7654 implica no solo que esa ley ya no es aplicable, sino también la gran mayoría de los criterios procesales jurisdiccionales alrededor de dicha normativa también resultan inaplicables.

Tenemos claridad en afirmar que, en múltiples sentencias, la Sala Constitucional ha servido de referente para el discernimiento de la interpretación y aplicación de la materia procesal alimentaria con la Ley de Pensiones Alimentarias. No obstante, consideró que ahora con la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia, tales criterios no serían del todo procedentes u aplicables.

Para ejemplificar lo expuesto, es de conocimiento general la existencia de múltiples pronunciamientos de la Sala Constitucional sobre el apremio corporal, el cual fue regulado por la Ley de Pensiones Alimentarias en los artículos 24[3] y 25[4]. Ahora con la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia, si bien se mantiene como medida coercitiva el apremio corporal como tal para exigir el cumplimiento del pago alimentario, este contiene una serie de variaciones que nunca pudieron ser consideradas por dicha Sala, dado que ni el numeral 24 ni tampoco el 25, ambos de la Ley 7654, establecieron las regulaciones de una gradualidad en la orden de apremio corporal –como sí lo hace el numeral 283 del Código Procesal de Familia–; o bien, la posibilidad de establecer un apremio parcial, sea diurno o nocturno. Estas especificas variaciones que nos trae el Código Procesal de Familia en el tema del apremio corporal son novedosas y, por ende, será ante nuevos cuestionamientos de constitucionalidad cuando nuestra Sala Constitucional vierta sus criterios.

Lo que pretendo exponer es que, así como la Sala Constitucional tendrá que realizar distintos análisis de constitucionalidad sobre la normativa procesal del nuevo Código, en igual sentido, las personas juzgadoras y las litigantes en materia alimentaria tendremos que realizar distintas valoraciones, con ocasión de las normas que establece el Código Procesal de Familia y ya no

3 “Artículo 24.- Apremio corporal. De incumplirse el deber alimentario, podrá librarse orden de apremio corporal contra el deudor moroso, salvo que sea menor o mayor de setenta y uno”.

4 “Artículo 25.- Procedencia del apremio. El apremio corporal procederá hasta por seis mensualidades, incluyendo el período vigente, siempre que la parte actora haya gestionado el cobro en forma reiterada. El apremio no procederá si se probare que al obligado se le practica la retención efectiva sobre salarios, jubilaciones, pensiones, dietas u otros rubros similares. El apremio no podrá mantenerse por más de seis meses; se revocará, si la parte interesada recurre a la vía ejecutiva para cobrar la obligación o si el deudor alimentario la cancela. Se suspenderá la obligación alimentaria, mientras dure la retención, excepto que durante la reclusión se probare que el demandado cuenta con ingresos o posee bienes suficientes para hacer frente a la obligación. La detención por alimentos no condonará la deuda”.

Volver al índice

haciendo eco de las referencias o similitudes en el trámite con la Ley de Pensiones Alimentarias y el Código Procesal Civil de 1989[5].

En efecto, considero que uno de los grandes retos que tendremos a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia es **sacarnos de nuestro imaginario** aquellas formulas del trámite que dimos a los procesos alimentarios con la Ley de Pensiones Alimentarias.

En mi opinión, el mayor reto será asumir que ya no existe un auto inicial por el cual se cursa la demanda y se fija un monto provisional de alimentos.

En contraposición, aplicando el Código Procesal de Familia, una vez que sea procedente la demanda alimentaria, se convoca a una audiencia de conciliación a las partes y, si esta resulta fracasada –por cualquier razón– se dicta una sentencia anticipada, mediante la cual se fijan un monto alimentario y otros extremos teniendo únicamente como base el solo dicho de la parte acreedora de los alimentos.

Déjese claro que, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia, no será aplicable la Ley de Pensiones Alimentarias y, por ello, todos los criterios, fórmulas, trámites y buenas prácticas que fueron desarrollados alrededor de dicha normativa derogada tampoco serán aplicables en la especie.

Hágase especial mención que el trámite del proceso alimentario **varió** completamente. Por tanto, aquel modelo procesal basado en la escritura quedó inaplicable en el nuevo proceso oral con estructura monitoria que implementa el Código Procesal de Familia para el trámite de los procesos alimentarios.

3. El escrito de la demanda alimentaria

El proceso alimentario en el Código Procesal de Familia inicia con una demanda, la cual podrá ser interpuesta de forma escrita o bien verbal ante el despacho competente. De acuerdo con el numeral 267 del Código Procesal de Familia, el contenido de la demanda alimentaria deberá contener en lo compatible los requisitos establecidos en dicho Código; es decir, resulta aplicable entonces el artículo 215 *ibidem*. Ese numeral de forma mucho más amplia establece los requisitos mínimos de una demanda en cualquier tipo de proceso, entendiendo pues como mínimo aquellos requisitos enunciados del inciso 1 al 7 del artículo 215 del Código Procesal de Familia.

Para las resultas del proceso alimentario como tal, considero importante destacar que ni el artículo 267 ni tampoco el 215, ambos del Código Procesal de Familia, establecen como requisito la indicación de las necesidades y las posibilidades de ambas partes, para la fijación del *quantum* alimentario, como sí lo establecía el artículo 17, inciso d)[6] de la Ley de Pensiones Alimentarias.

A pesar de esa omisión, considero que tal situación no obstaculiza el actuar oficioso de la persona juzgadora, a partir de sus deberes –ver artículo 31, incisos 1, 4 y 7 del Código Procesal de Familia– para prevenir a la parte actora que aclare, corrija o indique aquello que impide iniciar el procedimiento, según lo regula el último párrafo del numeral 267 en relación con el artículo 216, ambos del Código Procesal de Familia.

Es decir, si consideramos que la demanda del proceso alimentario **es la antesala** de una sentencia anticipada con ocasión de la falta de

5 Aplicable aún a la materia familiar por resorte exclusivo de la Ley 9621. Dejará de serlo una vez que entre en vigencia el Código Procesal de Familia.

6 "d) Mención de posibilidades económicas de los obligados alimentarios y necesidades de los beneficiarios".

Volver al índice

acuerdo entre las partes, resulta ineludible que aquella demanda contenga toda la información de relevancia para ponderar el *quantum* que fue peticionado por concepto de monto alimentario, versus las necesidades y posibilidades de ambas partes del caso concreto.

Considero que la revisión y análisis del escrito de demanda por parte del juez o de la jueza a cargo del proceso correspondiente deberá ser exhaustivo, esto por cuanto será a partir de la información que desprenda la demanda, junto con la posible probanza documental incorporada con esta, cuando se pondere la existencia del derecho reclamado y, con ello, se razone el monto alimentario correspondiente.

Entiéndase que, con la propuesta procesal del nuevo Código, esa demanda alimentaria deberá arrojar los suficientes elementos de convicción ante la autoridad judicial, bajo un **litigio estratégico** adecuado, por el cual se verifique la existencia de la **fortísima verosimilitud del derecho de alimentos** que se reclama. Por ende, la información o la falta de esta en la demanda podrá tener como resultado el archivo del expediente por falta de cumplimiento en lo prevenido acorde con los numerales 216 y 267, ambos del Código Procesal de Familia; o bien, por esa misma información o falta de aquella, la autoridad judicial se servirá del rechazo de plano, según lo establecen los numerales 268 y 217 *ibidem*.

4. Archivo del expediente y rechazo de plano

En palabras muy sencillas, se debe distinguir el archivo del expediente que regula el párrafo final del artículo 267 junto con el numeral 216, ambos del Código Procesal de Familia ante la falta del cumplimiento de la prevención para que se corrija, aclare o adicione la demanda; versus, el rechazo de plano que regulan el ordinal 268 junto con el 217 *ibidem*, el cual se dicta cuando sea evidente la inexistencia del derecho alimentario reclamado, o bien, ante la existencia de otro proceso donde se discute la misma obligación.

Estos dos supuestos son diferentes entre sí, por cuanto, el archivo del proceso se ordena por la falta de cumplimiento de una prevención para corregir la demanda, sin hacerse valoraciones de fondo del derecho reclamado. Empero, en el rechazo de plano, cuando se decide que no existe derecho alimentario que reclamar –por ejemplo– sí se entra a conocer el reclamo por el fondo y, a partir de esas consideraciones, se dicta dicho pronunciamiento.

Para ejemplificar lo antes expuesto, expondré un escenario hipotético, con dos distintas versiones:

a) La parte actora es una persona mayor de edad, pero menor de 25 años, quien peticiona alimentos contra uno de sus progenitores, alegando que se encuentra estudiando. En tal escenario, considero ineludible que del escrito de demanda se desprenda e, incluso, se aporte con la documental aquella probanza que arroje la información del buen rendimiento y la debida carga académica; en caso de que no se aporte y no se indique, será necesario prevenirla, y, si no se cumple, solamente, se deberá archivar el expediente.

b) La misma parte actora es mayor de edad, pero menor de 25 años, y peticiona alimentos contra uno de sus progenitores, alegando que se encuentra estudiando, pero de la documentación que sí fue aportada y del propio dicho de la parte accionante en su escrito de demanda, se infiere que no existen carga académica razonable ni tampoco un buen rendimiento. No habría que prevenir que corrija la demanda, sino

Volver al índice

resolver acorde con el numeral 268 del Código Procesal de Familia, en el sentido de que es evidente la inexistencia del derecho reclamado y, por ello, se dicta un rechazo de plano.

Nótese que, tanto para el archivo del expediente, como para el rechazo de plano, el insumo para resolver lo que corresponda deviene en gran medida de la información que desprenda la demanda. Por ello, se reitera la importancia de revisar los escritos de demanda presentados de forma exhaustiva, por cuanto, ante un llamado a conciliación fracasado, a partir de la información que desprenda esa demanda, se argumentará y motivará el dictado de la sentencia anticipada.

5. Sentencia anticipada

Recordemos que la estructura del proceso alimentario varió. Con la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia, no se dicta un auto inicial, tampoco se emplaza a la parte obligada alimentaria de la demanda en su contra para que la conteste, ya no hay contestación de demanda y tampoco existe la fijación provisional de alimentos.

Ahora con este nuevo Código, a falta de un acuerdo de conciliación entre las partes, el juez o la jueza de la autoridad correspondiente procede al dictado de una sentencia anticipada, en la cual –acorde con el artículo 270 del Código Procesal de Familia– se debe hacer especial pronunciamiento en cuanto a la razón y el fundamento de la existencia del derecho de la prestación alimentaria, y el monto razonado de la cuota mensual fijada y demás extremos reclamados en la demanda, junto con otros pronunciamientos, advertencias y disposiciones que indica dicho numeral.

En mi opinión –salvo mejor criterio– **la sentencia anticipada es una resolución intimatoria**, y no procede –bajo esa lógica– una sentencia anticipada "*sin lugar*".

En el diseño del proceso alimentario, la legisladora estableció que dicho proceso será de estructura monitoria. Eso lo que quiere decir, en palabras sencillas, es que se dicta una resolución intimando para que la parte demandada realice o no algo en específico; y solo en caso de que se oponga a dicha disposición, se abrirá el contradictorio. Para lo que nos ocupa, esa resolución intimará el pago del monto para el cumplimiento de un deber alimentario.

Los procesos monitorios no son extraños para la jurisdicción familiar. Desde vieja data y con la reforma que hubo en el año 2011[7] a la Ley 7586, Ley contra la Violencia Doméstica, en los procesos de medidas de protección de violencia doméstica, se implementó una estructura monitoria por la cual solamente se señala audiencia de contradictorio, si la parte obligada al cumplimiento de las medidas de protección así lo peticiona dentro del plazo de cinco días; o bien, cuando el juzgado la señala de oficio en los casos donde quien pide la protección figura en el Registro de Personas Agresoras que al efecto lleva el Poder Judicial. Es decir, sin recabar prueba y con el solo dicho de la persona solicitante de protección, el juzgado otorga medidas en ese sentido, y solamente cuando se peticiona –lo que valdría como oposición– se abre el contradictorio a través de la comparecencia que regula el numeral 12 de la Ley contra la Violencia Doméstica.

De forma análoga, en el Código Procesal Civil de 2016, a partir del numeral 110, se regulan los procesos monitorios de cobro judicial –monitorio dinerario artículo 111– y el proceso de desalojo –monitorio arrendaticio artículo 112–, entre

7 Así reformado por el artículo 1° de la Ley N.° 8925 del 3 de febrero del 2011.

Volver al índice

otros. En ambos procesos, se dicta una resolución inicial intimando[8] a la parte demandada a que pague lo que debe, o bien, que desaloje lo que ocupa, siendo evidente que lo ordenado en un primer momento es una resolución intimatoria que dispone hacer algo.

Tal similitud procesal ocurre ahora con el Código Procesal de Familia, implementando procesos de estructura monitoria en asuntos donde se decida –por ejemplo– la restitución internacional de personas menores de edad, en los cuales se dicta –como acto inicial del proceso– una resolución denominada también sentencia anticipada –ver numeral 307, *ibidem*– ordenando a la persona requerida la restitución de la persona menor de edad del caso concreto. Solamente cuando haya oposición de quien fue prevenido en la restitución, se abre el contradictorio entre las partes.

En materia alimentaria, entonces, tenemos claridad de que la sentencia anticipada del numeral 270 del Código Procesal de Familia **tiene que ser intimatoria y estimatoria**; es decir, debe conceder aquello que fue peticionado, razonando y fundamentando la procedencia del reclamo y el *quantum* de los extremos requeridos, junto con las advertencias de su incumplimiento.

Por tanto, muy respetuosamente considero que no es posible atender posiciones de una sentencia anticipada "*sin lugar*", ya que tal postura deviene abiertamente en improcedente, contraviene todo el diseño procesal del reclamo alimentario y obstaculiza los procedimientos según los principios sustantivos del interés de la persona beneficiaria y el principio de la responsabilidad de cumplimiento de la obligación alimentaria, ambos regulados en el ordinal 258 del Código Procesal de Familia.

Ahora bien, qué sucede si al dictar la sentencia anticipada tenemos prueba idónea que verifica la inexistencia del derecho alimentario reclamado. En mi entender, tal situación se debe resolver aplicando el principio propio del derecho procesal de familia de la **preclusión flexible** que regula el numeral 6 del Código Procesal de Familia; es decir, acorde con dicho principio, resulta procedente que si al dictado de la sentencia anticipada, se logra verificar la **evidente inexistencia del derecho reclamado**, lo procedente **no es** una sentencia anticipada sin lugar, sino el dictado de un **rechazo de plano**, aun cuando ya se haya convocado la audiencia de conciliación del numeral 269 *ibidem*.

Distinta sería la situación de que lo aportado –en el supuesto de prueba documental– verse sobre otros aspectos del litigio, como, por ejemplo, las posibilidades del alimentante o las necesidades del alimentario. En ese supuesto, lo que procede es el dictado de la sentencia anticipada –ya que no se discute el derecho accionado– con el razonamiento y la fundamentación que exige el numeral 270 del Código Procesal de Familia, para la fijación del *quantum* alimentario, atendiendo aquellas probanzas aportadas para definir el monto correspondiente.

Lo explico de la siguiente forma con un caso hipotético y dos distintas vertientes:

a) En la audiencia de conciliación programada en autos, se apersona únicamente la parte demandada, la cual aporta una certificación de la sentencia judicial firme en el proceso de Familia que desplaza la filiación por la cual se le exige el reclamo alimentario. Según el numeral 175 del Código Procesal de Familia, tal documental es admitido de pleno derecho con su aportación al

8 "*Artículo 110.2 del Código Procesal Civil Ley 9342.Resolución intimatoria, oposición y efectos. Admitida la demanda, se dictará resolución ordenando a la parte demandada que realice la prestación pedida por la parte actora".*

Volver al índice

proceso en su fase inicial –acorde con el 154 *ibidem*–. Bajo ese escenario procesal, considero que lo procedente es el dictado de un rechazo de plano y no el de una sentencia anticipada sin lugar.

b) El mismo caso, pero ahora lo que se aporta es simplemente la constancia de salario, la cual desprende un monto inferior por concepto de salario de la parte obligada alimentaria, a la que fue referida por la parte actora en su demanda. En ese caso, no se está atacando el derecho reclamado (evidente inexistencia), sino que se está refutando con prueba documental –admitida de pleno derecho– el dicho de la actora en cuanto a las posibilidades del alimentante. Por tanto, lo procedente es el dictado de la sentencia anticipada, tomando en cuenta tanto lo dicho en la demanda por la parte actora, como la información que desprende la documental aportada por la parte demandada en la audiencia de conciliación; es decir, se dicta una sentencia anticipada intimatoria/estimatoria.

Es importante mencionar que la sentencia anticipada carece de todo recurso; es decir, ni la revocatoria ni tampoco la apelación proceden contra ella. Dicha afirmación tiene como fundamento el numeral 101 del Código Procesal de Familia, el cual dispone de forma taxativa un listado de las resoluciones que sí son apelables, y no establece dicha impugnación para la sentencia anticipada que regulan los artículos 273 –alimentos– y 307 –restitución–; es decir, la sentencia anticipada reglada en el Código Procesal de Familia **carece de apelación**.

En cuanto a la revocatoria, *contrario sensu* del numeral 99 *ibidem*, se puede afirmar que la sentencia anticipada no es un auto puro y simple. Por ello, también carece del recurso horizontal de la revocatoria.

Si bien es cierto, existen posiciones y cuestionamientos respecto a la falta de impugnación de la sentencia anticipada, esas valoraciones surgen a partir de la aplicación análoga de la otrora Ley de Pensiones Alimentarias N.º 7654, la cual, como se expuso en el apartado 2º de este artículo, fue derogada a la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia. Es por ello que dichas comparaciones resultan improcedentes.

Nótese que, al igual que en violencia doméstica, contra el auto inicial que otorga medidas de protección no cabrá recurso alguno, según lo establece el numeral 10, párrafo 1º de la Ley 7586[9]. En tanto, en la materia alimentaria, por no haberse incluido en la lista taxativa del numeral 101 del Código Procesal de Familia, se infiere –de forma taxativa– que contra la sentencia anticipada del 273 *ibidem*, tampoco cabrá recurso alguno.

Con tal razonamiento –en mi entender– no se está causando indefensión a ninguna de las partes del proceso; por cuanto, acorde con la estructura monitoria del proceso alimentario, ante cualquier inconformidad en contra de la decisión alcanzada en la sentencia anticipada, la legisladora dispuso que tanto la parte actora como la parte demandada se podrán oponer, dentro del plazo de cinco días (artículo 271, Código Procesal de Familia), lo cual advierte el inicio del contradictorio y la tutela del derecho de defensa de ambas partes.

9 "Planteada la solicitud, la autoridad competente ordenará, de inmediato, aplicar cualquiera de las medidas de protección solicitadas. Esta resolución deberá notificarse conforme al artículo 177 del Código Procesal Civil y no cabrá recurso alguno contra ella".

Volver al índice

Déjese claro –salvo mejor criterio– que la sentencia anticipada del artículo 270 del Código Procesal de Familia siempre será intimatoria/estimatoria en cuanto al derecho reclamado y la fijación del *quantum* alimentario. Sobre el monto mensual, este podrá coincidir en la suma que fue peticionada por la actora y podrá ser mayor[10], o bien en un monto menor. Eso dependerá de las circunstancias probatorias allegadas al expediente por ambas partes.

En cuanto a los demás extremos[11] que también se deben decidir al dictado de la sentencia anticipada –trátese de cuotas retroactivas, o bien, gastos de embarazo y maternidad– se corre con una similar suerte, en el sentido de que podrán otorgarse las sumas peticionadas o podrán concederse otros montos menores, dependiendo de la **fortísima verosimilitud** del derecho reclamado y la probanza que lo acompañe. Aquí no procede dar más de lo pedido, ya que no existe normativa específica que así lo autorice.

Con respecto a estos rubros –cuotas retroactivas o gastos de embarazo y maternidad– es importante destacar que estos podrán ser denegados con el dictado de la sentencia anticipada, dado que el inciso 5 del ordinal 270 del Código bajo examen condiciona dicho pedido a la existencia de la condena en el proceso respectivo. Evidentemente, se está haciendo referencia al escenario de una sentencia judicial que emplazó una filiación y no otorgó esos extremos.

Por ello, si en pensiones alimentarias se peticiona alguno de esos rubros y no hay esa condena –reitero, del proceso judicial de filiación– se deberá denegar lo peticionado, sin que por esto se deba inferir que se está dictando una sentencia anticipada sin lugar. Déjese claro que la condición de la condena en sentencia a esos rubros no aplica en casos donde se emplace la filiación en sede administrativa por el Registro Civil, aplicando la Ley de Paternidad Responsable. En esos escenarios –aun sin condena– sí le corresponderá a la sede alimentaria valorar y motivar la procedencia de tales rubros.

Valga destacar entonces que todo lo resuelto en la sentencia anticipada no tiene apelación ni revocatoria; simplemente, si de lo resuelto surge alguna inconformidad por alguna de las partes del proceso –parte acreedora y parte deudora– se deberá formular la oposición correspondiente, y será en la audiencia respectiva[12] cuando se abra el correspondiente contradictorio.

6. La carga de la prueba y su dinamicidad

El artículo 259 del Código Procesal de Familia regula dos situaciones procesales: la carga de prueba y el deber de aportación de esta. Con respecto a la primera, es claro que el numeral citado de forma expresa establece que la carga de la prueba le corresponde a quien niegue o se oponga a los ingresos y las formas económicas indicadas por la parte acreedora. En palabras sencillas, es evidente que dicho numeral hace referencia exclusiva de la parte deudora, quien tendrá entonces la carga de probar sus posibilidades, cuando niegue o se oponga al dicho de la parte actora.

Ahora bien, en un segundo escenario, tenemos el deber de aportación de la prueba, el cual aplicará tanto a la parte acreedora como a la parte deudora del proceso alimentario, en el sentido de que

10 Párrafo final del numeral 273 del Código Procesal de Familia que indica: “La indicación del monto pedido en la demanda no implicará limitación alguna para la fijación de la cuota alimentaria”.

11 Ver inciso 5) del artículo 270 del Código Procesal de Familia.

12 Artículo 273 del Código Procesal de Familia.

Volver al índice

solamente quien tenga mejores condiciones en aportar aquella prueba admitida por ser pertinente, útil y lícita, será quien tenga que hacerlo. Eso lo que quiere decir es que, dependiendo del medio probatorio que se admita en autos, aquella parte con mejores o mayores condiciones de cercanía con esta tendrá la obligación de aportarla al proceso, lo cual podrá aplicar tanto a la parte actora como a la parte demandada.

Considero procedente integrar el artículo 259 con el alcance del numeral 152 *ibidem*[13] –párrafo final– en el sentido de advertir a quien deba aportar dicho probanza que se le aperciba que, en caso de no hacerlo, se podrá tener por demostrado el hecho de la contraria que se pretende acreditar con dicha prueba.

Retomando la carga probatoria del 259, considero relevante destacar –otra vez– la importancia de la demanda y la documental aportada con esta, para determinar esa **fortísima verosimilitud del derecho alimentario** alegado y, con ello, el dictado de una eventual sentencia anticipada mediante la cual se tutelen los derechos sustantivos del **interés a la persona beneficiaria** y el **cumplimiento responsable de la obligación alimentaria**.

Retomemos que, ahora con el nuevo Código, no tendremos un auto inicial, ni un emplazamiento o una contestación de demanda, por lo que, en el tema probatorio, para discernir la fijación de montos recae –en suma, medida– en el dicho y prueba que arrojen la demanda y la documental aportada.

En ese sentido, resulta muy necesario que ese escrito inicial se baste por sí mismo, con el fin de potenciar la existencia del derecho reclamado y la verosimilitud del *quantum* alimentario requerido. Tómese en consideración que –de acuerdo con el diseño del nuevo Código– con el solo dicho de la parte actora y la prueba documental aportada con su demanda, una vez corregida esta –si es necesario– la autoridad judicial deberá dictar –a falta de acuerdo de conciliación– una sentencia anticipada intimatoria/estimatoria por la cual deberá razonar la imposición del *quantum* alimentario; todo lo anteriormente expuesto, **sin requerir** en un primer término **prueba directa para ello**.

Valga señalar entonces que acorde con la estructura procesal del nuevo Código en materia de alimentos, el momento para el ofrecimiento de la prueba, antes del contradictorio en una eventual oposición a la sentencia anticipada, lo tiene solamente la parte actora con la demanda, ya que, en estricto sentido, la audiencia de conciliación del 269 no es para ofrecer ni para recabar prueba.

No obstante, debe advertirse que, tratándose de prueba documental en específico, acorde con el numeral 175 del mismo cuerpo legal, surge una excepción evidente, ya que se establece que la documental aportada en la fase inicial del proceso es admitida de pleno derecho.

Consecuentemente, aplicando una integración de normas que rige el proceso familiar en general, considero procedente que la prueba de carácter documental allegada por ambas partes en el ínterin del proceso, antes del dictado de la sentencia anticipada, sí debe servir para el razonamiento y fundamentación de la existencia del derecho para la prestación alimentaria, así como para la motivación razonada del *quantum* alimentario.

Me explico de la siguiente forma:

a) En la demanda, se reclama la fijación del *quantum* alimentario entre cónyuges. durante el ínterin del proceso, desde la

13 "El incumplimiento de ese deber permitirá al tribunal tener por demostrado el hecho de la contraria que se pretende acreditar con la prueba".

Volver al índice

presentación de la demanda y al momento de abrir la audiencia de conciliación, la parte demandada "sube" al expediente electrónico copia certificada de la sentencia firme del proceso resolutivo familiar que dispone la disolución del vínculo matrimonial y declara cónyuge culpable a quien reclama alimentos. Evidentemente, esa documental aportada le da un giro de 180º al caso concreto, y en mi entender procesal, lo procedente será el dictado de un rechazo de plano –por la evidente inexistencia del derecho alimentario– y no una sentencia anticipada. Valga destacar que, por tratarse de prueba documental el medio probatorio aportado, ésta ya fue admitida de pleno derecho.

Otro escenario de excepcionalidad de la prueba al inicio del proceso alimentario es el que regula el propio numeral 269 del Código Procesal de Familia, cuando se faculta al juez o la jueza a consultar antes de la audiencia de conciliación convocada en el proceso alimentario, la información de planillas de la CCSS o verificar cualquier dato de ingreso salarial de la persona deudora o del registro de bienes.

Esa facultad de consulta debe aplicarse con los alcances del artículo 69 *ibidem*[14], por el cual se infiere que dicha información, en caso de que se trate de elemento de prueba[15], deberá darse con la garantía del debido proceso, lo que involucra necesariamente en mi opinión, al derecho de audiencia a las partes, acorde con el numeral 146 del Código Procesal de Familia[16].

Me explico utilizando otros dos posibles escenarios hipotéticos con dos variables diferentes:

a) De la demanda se dice que el ingreso salarial de la parte demandada es por 500 mil colones al mes. Empero, de la información de planilla, se desprende que el promedio salarial de la parte demandada es por 300 mil colones al mes. Si el juez o la jueza utiliza esa información como elemento de prueba para la decisión de la sentencia anticipada deberá garantizar el debido proceso, debiendo, en mi opinión, dar audiencia a las partes de esta.

b) De la demanda se dice que la parte demandada no cuenta con otras obligaciones alimentarias del mismo orden que la aquí reclamada a favor de persona menor de edad. De la información registral consultada, se verifica que no existen otras obligaciones alimentarias de personas menores de edad, más que la del caso concreto que nos ocupa. En tal sentido, esa información no es relevante para el proceso, por lo que no se utiliza como elemento de prueba para la decisión de la sentencia anticipada. Ergo, no hay que dar audiencia de ninguna información.

Con respecto a las garantías del debido proceso en el resguardo probatorio de la información obtenida según el 269 del Código Procesal de Familia, estas se obtienen aplicando el numeral 69 del mismo cuerpo legal, en el sentido de que, ya sea en el

14 "Artículo 69- Uso de medios tecnológicos para obtener información. En cualquier estado del proceso, la autoridad judicial puede obtener información de interés para el proceso por medios electrónicos; si se tratara de elementos de prueba, deberá establecerse en cada caso el procedimiento necesario de garantía del debido proceso, según las normas probatorias de este Código".

15 El elemento de prueba es el producto final del procedimiento probatorio, el cual se debe analizar para la decisión.

16 Artículo 146- Principios específicos de prueba en el proceso familiar. La materia probatoria en el proceso familiar se regirá por los principios generales de la prueba; específicamente los principios de libertad probatoria, gratuidad, privacidad, confidencialidad, contradictorio, concentración y flexibilidad en el ofrecimiento, admisión y práctica probatoria dentro del marco de legalidad.

Volver al índice

auto que convoca la conciliación, o bien, en la diligencia misma de conciliación, el juez o la jueza a cargo del proceso deberá poner en conocimiento de las partes esa información a la cual le dará trato probatorio. Es decir, asumiendo que la información que se obtiene servirá como elemento de prueba, de esta se confiere audiencia a las partes en la convocatoria a la audiencia de conciliación.

El otro momento procesal sería en el desarrollo de la misma audiencia de conciliación, dado que el juez o la jueza podrá dar garantía del debido proceso de esa información contemplada como medio de prueba –o de cualquier otra así aportada al expediente– de forma verbal en el desarrollo de la audiencia misma. No se debe olvidar que acorde con el numeral 86 del Código Procesal de Familia, las resoluciones que se dicten de forma verbal en las audiencias –no se especifica en cuáles, por lo que se asume que aplica en todas– se tendrán por notificadas en el acto a todas las partes, aunque no hayan comparecido.

En resumen, en los supuestos del numeral 269 sobre la información relevante que se quiera utilizar como elemento de prueba, en la convocatoria de la audiencia de conciliación o durante esta, el juez o la jueza a cargo de la sumaria podrá poner en conocimiento de ambas partes esa información que sirva de elemento de prueba. Con ello, ante el eventual caso de que las partes no concilien, entonces esa información sí podrá ser utilizada como elemento de prueba para dictar la sentencia anticipada correspondiente.

7. Apremio corporal

Este será un tema importante de análisis debido a sus alcances, desde la legalidad y la constitucionalidad, ya que, con la reforma procesal familiar, surgen evidentes cambios en la disposición de dicha medida coercitiva por la cual se exige el cumplimiento del pago alimentario.

Acorde con el numeral 283 del Código Procesal de Familia, no procede el apremio contra personas menores de edad, ni personas adultas mayores (más de 65 años de edad). Así mismo, no procederá en aquellos casos donde el apremio corporal ponga en mayor riesgo en su salud o embarazo a las personas obligadas alimentarias. Pero, para ello, en mi opinión, deberá ofrecerse la prueba que así lo acredite, ya que quedará a criterio de la autoridad judicial ordenar o no dicha exclusión del apremio requerido.

En cuanto a la gradualidad, considero que, a partir del día en que entre a regir el Código Procesal de Familia, todas las órdenes de apremio corporal que se giren en el país deberán ser consideradas **las primeras** y, por ello, serán giradas hasta por dos meses, lo anterior, indistintamente del número de otras órdenes de apremio que ya fueron ordenadas con anterioridad en ese mismo proceso judicial.

Solamente en aquellas órdenes de apremio giradas hasta por dos meses que se logren materializar; es decir, que apremien a la persona obligada alimentaria y ante la eventualidad de una segunda moratoria en el pago alimentario, se podrá establecer –previa solicitud de apremio– que esa otra orden de apremio será **la segunda**, la cual deberá ser girada hasta por cuatro meses. Siguiendo con el mismo razonamiento, solamente en aquellos casos en que se apremie a la persona deudora por aquellos cuatro meses y que, posteriormente, surja una nueva orden de apremio, está será considerada **la tercera**, la cual deberá ser girada hasta por seis meses y todas las siguientes también.

Con relación a esa gradualidad del apremio corporal –según la normativa *supra* mencionada– resulta importante destacar que el Código establece topes **de un máximo de tiempo**; en un primer momento, el tope es de dos meses, en un segundo momento, el tope es de cuatro meses, y

Volver al índice

en un tercer momento y en todos los siguientes, el tope será por seis meses. Eso quiere decir –o se deja para interpretación– que el juez o la jueza del caso concreto, podrá fijar plazos menores a los topes dados por la ley, debiendo obviamente fundamentar su decisión en tal sentido.

En ese mismo orden de ideas, es importante destacar que el Código Procesal de Familia nos trae la novedad del apremio diurno y el apremio nocturno. Tal parece que la intención de la legisladora fue brindar un nuevo beneficio a la parte obligada alimentaria, quien podrá solicitar que se le aplique esta alternativa de apremio –artículo 284 *ibidem*–, debiendo probar las razones para ello.

En este escenario procesal, me parece de suma importancia el deber de comunicación y coordinación de la autoridad judicial con el Centro de Atención Institucionalidad (siglas CAI) a fin de entablar las condiciones de aseguramiento en el cumplimiento del horario de apremio especial que podría acogerse. Para ello, el numeral 10 del Código Procesal de Familia establece el auxilio a nivel interinstitucional, por el cual los tribunales de justicia podrán elaborar protocolos y directrices con instituciones del Estado.

Otra novedad en cuanto al tema del apremio corporal es que el Código Procesal de Familia establece que este procederá por seis mensualidades. Pero **se incluyen otros rubros**, tales como el aguinaldo, el salario escolar o gastos de inicios a clases y gastos extraordinarios urgentes.

Sobre ese último rubro, considero importante señalar que, cada vez que la autoridad judicial dicte un fallo disponiendo el pago de algún gasto extraordinario, deberá señalar si este es urgente o no, dado que de ello depende que proceda el apremio corporal o no.

En el mismo orden de ideas, nótese que, con el Código Procesal de Familia, se mantuvo la procedencia del apremio por seis mensualidades, pero no se puso limite a los otros rubros, por lo que podríamos tener apremios corporales por aguinaldos –por ejemplo– no pagos de distintos años.

8. Cobro mediante título ejecutorio

El numeral 285 del Código Procesal de Familia establece que, mediante resolución judicial firme que indique montos de cuotas alimentarias ordinarias, aguinaldos, salarios escolares, gastos derivados de inicio de lecciones y gastos extraordinarios debidos por la persona deudora, se podrán cobrar tales rubros mediante la vía de ejecución directa, y la norma de comentario destaca que no será necesario haber requerido para esa ejecución el apremio corporal.

Al respecto, nótese que ahora no hay límite en el número de cuotas que se pretendan ejecutoriar mediante la vía del título ejecutorio; aunado a ello, tampoco será requisito haber peticionado el apremio corporal de tales mensualidades. Esta novedad garantiza el principio de responsabilidad de cumplimiento de la obligación alimentaria, siendo entonces que, sin importar el número de cuotas en mora, y que de estas se haya pedido apremio corporal o no, la gestión resulta procedente, y se debe dictar la resolución de ejecución directa, decretando de una vez –por el monto líquido y exigible– el embargo de bienes, en cantidad suficiente para la suma adeudada, intereses legales y costos de ejecución para su posterior remate.

En el caso de que se proceda al remate de bienes por el cobro mediante título ejecutivo que regula el numeral 285 del nuevo Código, debemos aplicar el artículo 329 del Código Procesal de Familia, el cual nos remite al trámite para el cobro de las obligaciones civiles o mercantiles, por lo que se debe aplicar el numeral 3 *ibidem* de la suficiencia

Volver al índice

normativa, a fin de potenciar la ejecución de condena del pago de sumas líquidas y exigibles, utilizando entonces el proceso de ejecución del nuevo Código Procesal Civil a partir del numeral 153 al 165 de dicho cuerpo normativo.

En otro orden de ideas, pero siguiendo con el mencionado numeral 285 del Código Procesal de Familia, tenemos que la disposición sobre la ejecución de ese título ejecutivo es que la resolución que la dispone se deberá encontrar firme.

Revisado el numeral 101 del mismo cuerpo legal, la resolución del cobro mediante título ejecutorio no es apelable, según lista taxativa de dicho articulado. Por ello, se sobreentiende que, como cualquier auto, este sí goza del recurso de revocatoria. Lo único que sí podrá ser apelado en esa resolución es la anotación en el historial crediticio como deudor alimentario, lo cual está regulado en el inciso o) del artículo 101 *ibidem*.

9. Extinción y modificación de la cuota alimentaria

El artículo 277 del Código Procesal de Familia establece los mecanismos procesales para modificar o exonerar la cuota de pensión alimentaria, así como la fijación del cobro de gastos extraordinarios no pactados. Centrándonos en la modificación o exoneración del monto alimentario, se debe advertir que dicho trámite tiene un procedimiento novedoso, el cual se tramita en el mismo proceso alimentario –pero en legajo separado– el cual una vez firme será agregado al expediente principal.
Al igual que la demanda del proceso principal, la solicitud de modificación o exoneración se podrá hacer de forma escrita o verbal ante la autoridad judicial correspondiente. Tal gestión deberá contener los motivos en que se basa, su pretensión concreta y el ofrecimiento de prueba.

En caso de que la gestión esté incompleta, se deberá prevenir su corrección y, si no se cumple, se podrá ordenar su archivo. Para ello, se considera procedente aplicar los alcances del numeral 216 del Código Procesal de Familia, en el sentido de establecer la corrección dentro del plazo de cinco días, con la advertencia de que su incumplimiento acarrea el archivo del proceso de marras.

Nótese que, acorde con el párrafo final del numeral 277 *ibidem*, esta gestión inicial de modificación o exoneración también podrá ser rechazada de plano, en el supuesto de que la autoridad judicial encuentre que esta es infundada.

Si bien la norma no advierte los parámetros por los cuales se deba entender que la gestión es infundada, considero que tal omisión se suple con la aplicación hermenéutica de los artículos 268 y 217 ambos del Código Procesal de Familia.

Siguiendo con el procedimiento de la modificación o la exoneración, si en el numeral 278 del Código Procesal de Familia, la petición está en forma, se convoca a las partes, **con notificación personal a la persona accionada** a una audiencia, en donde se le pondrá en conocimiento de los hechos de la gestión y podrá hacer llegar la prueba idónea.

Hágase notar que el procedimiento para la modificación o exoneración es muy similar al proceso resolutivo familiar –del artículo 222 *ibidem*– en el sentido de que, en la audiencia oral y privada, la parte accionada se refiere a los hechos en su contra de forma verbal. Si bien no se indica de forma expresa que dicha referencia a esos hechos en contrario sea de forma verbal, se intuye conforme lo regula el artículo 227 del Código Procesal de Familia. Con lo antes expuesto, surge la posibilidad de aplicar entonces el numeral 230 del Código Procesal de Familia, tanto para diferir la contestación, como para deducir hechos y pretensiones propios si resultan procedentes.

Volver al índice

10. Oralidad

La oralidad en los procesos judiciales impone que la tramitación de los procesos se desarrollará de forma concentrada en audiencias orales, por las cuales se llevan a cabo distintas etapas del proceso. Tómese en consideración que, acorde con el numeral 4 del Código Procesal de Familia, se establece que, salvo disposición en contrario, los procedimientos en este Código se regirán por el sistema procesal de oralidad, con aplicación del principio de privacidad dentro de él, lo que quiere decir que las audiencias serán orales y privadas.

Aunado a ello, dentro de las características de la oralidad procesal, tenemos la aplicación de la concentración de los actos procesales, tales como los probatorios –de acuerdo con el artículo 148 *ibidem*–, lo cual implica la inmediatez de la persona juzgadora en el contacto con esa prueba y la decisión correspondiente. Siendo una gran novedad en el desarrollo de los procedimientos basados en un sistema procesal de oralidad, esto quiere decir que la persona juzgadora que abre la audiencia también recibe la prueba y tendrá que ser la misma que dicte la sentencia correspondiente, por lo que no es posible delegar esa última función a otra persona juzgadora.

En el caso de la materia alimentaria, tenemos regulación expresa de que la oralidad aplica en el desarrollo del proceso de fijación alimentaria, a través del numeral 273 del Código Procesal de Familia, así como de los procedimientos para la exoneración, modificación y cobro de gastos extraordinarios no pactados, al tenor de los artículos 277 y 278 *ibidem*.

La inclusión de personas beneficiarias –artículo 274– y el trámite del proceso resolutivo familiar que impone el numeral 260 del mismo cuerpo legal, para la discusión de la validez o contenido de los acuerdos alcanzados ante el Patronato Nacional de la Infancia o a través de los mecanismos RAC, o en otro despacho judicial, también se desarrollarán mediante la realización de audiencias orales.

Para ser aún más específico, solamente el trámite del procedimiento para el cobro de las sumas derivadas de la restitución de cuotas alimentarias –artículo 275– y la liquidación de gastos extraordinarios pactados –numeral 288– no requieren la celebración de audiencia oral. Su desarrollo será a través de la audiencia escrita que se otorga a la parte contraria para que se refiera al respecto de lo que es peticionado.

En cuanto a los beneficios de pago en tractos y búsqueda de trabajo, al tenor del artículo 287 *ibidem,* tales gestiones no exigen la realización de ningún tipo de audiencia por escrito, ni tampoco en audiencia oral.

11. Conclusiones

Sin duda alguna, la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia vendrá con valiosas e interesantes novedades en la tramitación de los procesos familiares. No obstante, su interpretación y aplicación deberán contemplar –al menos en materia alimentaria– el resguardo y la garantía del interés de la persona beneficiaria y el principio de la responsabilidad de cumplimiento de la obligación alimentaria.

Por ello, considero que cualquier interpretación de la instrumentalidad del proceso alimentario deberá servir a la tutela judicial efectiva de estos dos principios rectores.

Consecuentemente, extrapolar escenarios de una apelación –que es inexistente– contra la sentencia anticipada o el dictado de una sentencia anticipada sin lugar –por mencionar dos posibles ejemplos– conllevan irremediablemente a la obstaculización del proceso alimentario, el cual debe sopesar

Volver al índice

por encima de la instrumentalidad de las normas procesales, el derecho de fondo.

Me parece que el mayor reto, será innovar criterios por los cuales se tramiten los procesos bajo conocimiento, y desarrollar destrezas de oralidad para comunicar a las partes la decisión judicial correspondiente.

Considero en lo personal que la mejor conclusión posible ante la expectativa de la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia será el mandato ineludible que nos deja don Diego Benavides Santos en cada una de sus clases, libros y resoluciones judiciales, por lo que se debe forjar como jurisdicción familiar una capacitación responsable de todos y todas, para la interpretación y aplicación de las normas procesales que nos trae este cuerpo normativo.

12. Referencias bibliográficas

Código Procesal de Familia (Ley 9747)

Código Civil (Ley 63)

Código Procesal Civil (Ley 9342)

Ley de Violencia Doméstica (Ley 7586)

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 133, págs 165 -194 ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

NOCIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y HOSPITALARIA

MSc. María Angélica Fallas Carvajal*
MSc. Mario Felipe Marín Cascante **

RESUMEN

Se analizan las generalidades de la responsabilidad profesional médica y hospitalaria, con el fin de determinar cuándo estamos en presencia de responsabilidad contractual o extracontractual, de medios o de resultado y las peculiaridades del servicio de salud brindado por centros de salud del sector público o privado, y su aplicación en los tribunales costarricenses.

Palabras claves: acto médico, consentimiento informado, responsabilidad profesional médica, obligación contractual o extracontractual, medicina asistencial o facultativa, obligación de medios o de resultado.

ABSTRACT

The generalities of medical and hospital professional responsibility are analyzed, in order to determine when we are in the presence of contractual or extra-contractual liability, means or results and the peculiarities of the health service provided by Public or Private Sector Health Centers. And its application in the Costa Rican Courts.

Keywords: medical act, informed consent, professional medical liability, contractual or extra-contractual obligation, healtcare or optional medice, obligation of means or results

Recibido: 14 de diciembre 2021 Aprobado: 17 de agosto 2022

* Licenciatura en Derecho y Notariado, Universidad Escuela Libre de Derecho. Especialización, curso de Formación Judicial, Jurisdicción Social y el Nuevo Derecho del Trabajo, Aula Iberoamericana del Consejo General del Poder Judicial de España. Especialización en materia laboral, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Maestría en Administración de Justicia, Enfoque Sociojurídico, con Énfasis en Materia Civil, Universidad Nacional de Costa Rica. Jueza de trabajo. Correo electrónico: mfallasc@poder-judicial.go.cr

** Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico 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). 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. Profesor de Derecho en la Universidad Hispanoamericana. Correo electrónico: mmarinc@abogados.or.cr

Volver al índice

SUMARIO: I. Nota introductoria. II. Supuestos de hecho en la responsabilidad médica. III. Sobre criterios de imputación y la relativización del carácter subjetivo en la responsabilidad civil médica. IV. Consentimiento informado. V. Conclusiones. VI. Fuentes consultadas.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Bajo la noción de responsabilidad civil, se extraen los supuestos por los cuales una persona "debe indemnizar o reparar los daños o perjuicios irrogados a otro" (Torrealba, 2011, p.1), evidenciando la razón por la cual muchas veces en la disciplina del derecho civil se le conozca como "derecho de daños".

En nuestro país, las funciones prioritarias de la responsabilidad civil, como lo es la reparación e indemnización de daños y perjuicios, se encuentran amparadas desde nuestra Constitución Política específicamente en el numeral 41 de la Constitución Política, el cual indica: "Ocurriendo a las Leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales".

Este artículo pretende ahondar en los daños provenientes de actividad profesional médica; dar respuestas a interrogantes, tales como ¿Cuándo un médico o una médica responde por su actuar u omisión? Si con dicho personero de salud, ¿responden otras personas físicas o jurídicas? Si la responsabilidad civil en dicho caso es contractual o extracontractual subjetiva o si admite la posibilidad de responsabilidad objetiva, ¿puede ser responsable el médico, aunque no haya mala praxis? En los siguientes acápites, se procura brindar un marco de consulta general para poder aclarar estas dudas.

La noción de culpa no es diametralmente distinta a la que nos planteamos en la responsabilidad profesional en general. En tesis de principio, siempre habría que hacer referencia a tres condiciones generales: i. un criterio de imputación o factor de atribución, ya sea subjetivo u objetivo; ii un nexo causal entre el hecho y el daño; y iii la existencia de un daño indemnizable.

No existe una norma especial acerca de la culpa profesional médica que nos brinde una fórmula diferente o independiente. Sin embargo, las personas autoras sobre el tema sí comparten que existen circunstancias que ocasionan un tratamiento diferenciado.

En similar sentido, Urrutia (2010) indica: "[…] La responsabilidad profesional no es distinta a la responsabilidad común u ordinaria. Es un capítulo más del ancho espectro de la responsabilidad civil, consistente en el deber de reparar los daños ocasionados a otros para la actividad médica contraria a derecho […]" (p.115).

El primer aspecto trascedente es reconocer que existe un grado de complejidad que reviste a la responsabilidad civil médica. Al respecto refiere la autora española García (2010) que el paso del tiempo ha producido una toma de conciencia que, en la prestación de asistencia sanitaria, se encuentra en juego una serie de derechos fundamentales de alto nivel de un paciente, como lo son: la vida, la integridad física, su intimidad y libertad. Por ello, refiere que en el antiguo paradigma del principio de beneficencia propio de una concepción paternalista donde el paciente tenía una posición totalmente pasiva y se ponía a las manos del facultativo (doctor) para el tratamiento que estimara más adecuado ha variado, ha surgido una concepción de un paciente más "activo" titular de derechos al cual se le debe salvaguardar su autonomía (p. 11).

En Costa Rica, se les da un reconocimiento expreso a los derechos de los pacientes en la normativa, pues se cuenta con el Reglamento N.º 32612 de la Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados, así como la Ley 8239, Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados, donde

Volver al índice

nuestro legislador ha brindado un listado expreso de los derechos del y de la paciente.

En su numeral segundo, la normativa 8239 rescata una serie de derechos de la persona paciente: i. deber de brindar información acerca de sus derechos y deberes al paciente (ya no se posee una posición pasiva como lo refería García de simplemente recibir un servicio); ii. tener identificación plena del médico; iii. recibir información necesaria con el fin de que autorice un determinado tratamiento (muy ligado al tema del consentimiento); iii. trato cordial y respetuoso; iv. en situaciones de emergencia ser atendida con prontitud; v. respeto a la autonomía de la voluntad del paciente "salvo en situaciones excepcionales o de emergencia, previstas en otras leyes, en que prevalezcan la salud pública, el bien común y el derecho de terceros" o que se pueda "Obtener el consentimiento de un representante legal cuando sea posible y legalmente pertinente, si el paciente está inconsciente o no puede expresar su voluntad. Si no se dispone de un representante legal y se necesita con urgencia la intervención médica, se debe suponer el consentimiento del paciente, a menos que sea obvio y no quede la menor duda, con base en lo expresado previamente por el paciente o por convicción anterior, de que este rechazaría la intervención en tal situación"; v. ser tratado con confidencialidad y contar con expediente clínico, entre otros.

Agrega García (2010) que, en la actualidad, la tendencia es hacia una mayor protección del paciente y sus derechos, al punto de que se ha reconocido jurisprudencialmente, en países como España, que si un paciente no fue debidamente informado de los posibles riesgos y alternativas del acto médico practicado, pues no se recabó el correspondiente consentimiento del paciente, ya sea de manera directa o en su caso de las personas llamadas a consentir por sustitución o representación de este, aunque hayan sido desplegadas por el galeno las acciones de manera diligente de acuerdo con la "*lex artis* médica", podría conllevarle responsabilidad civil, independientemente de que su actuar fuera intachable (p.13).

Es discutible si, en nuestro país, podría darse este tipo de interpretación, situación que retomaremos en acápites posteriores.

Continúa agregando la autora que ello conlleva el riesgo de "asfixiar en demasía la actividad de los profesionales sanitarios, abocándolos de forma consciente o inconsciente- a la práctica de una medicina defensiva". Por ende, considera que se puede provocar un efecto un tanto "perverso" donde el excesivo celo de los galenos podría disminuir la protección en el ámbito sanitario. Lo cierto del caso es que, si el incumplimiento de alguna de estas obligaciones le conlleva un daño o perjuicio al paciente, su resarcimiento podría ser sujeto de discusión en atención al numeral 41 de la Constitución Política y 1045 del Código Civil.

En similar sentido, autores como Bustamante (1997) refieren que el médico posee "un deber de humanismo que consiste en la obligación de suministrar atención a los enfermos, o sea la obligación de prestar la debida asistencia" (p. 509). Por esta razón, se puede perfectamente interpretar que la médica o el médico tiene un deber legal de asistir a las personas enfermas, por lo que ello podría dar pie a que, si se niega a prestar la asistencia profesional, podría generarle responsabilidad en caso de que se demuestre que el resultado dañoso o la muerte podría haber sido interrumpida por una acción del galeno.

Bajo el panorama antes esbozado, resulta útil desenmarañar el régimen jurídico de la responsabilidad médica. Con mucho mayor razón, cuando las afectaciones recaen directamente sobre la salud física y/o mental del paciente, pues es un escenario donde está de por medio un derecho

Volver al índice

fundamental de la persona a recibir un servicio médico oportuno para recuperar un correcto estado de salud o, al menos, no ver desmejorado el existente previo al tratamiento o cirugía.

Al respecto, en una de sus sentencias más recientes (1361-2015), la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica analiza la responsabilidad médica brindada en un Centro de Salud de carácter público:

> *[...]* **los servicios de salud pública se encuentran al servicio del ser humano,** *éstos,* **no deben perder de vista un aspecto axiológico donde deriva su existencia** *y es, la satisfacción de intereses particulares en salud, vida o sostén en la enfermedad. Sin perjuicio de lo anterior y a mayor abundamiento de razones,* **no puede admitirse un régimen de salud pública deshumanizado, que olvide su eje central; el administrado, pues de él, emanan situaciones jurídicas que deben ser respetadas y garantizadas de manera inexcusable** *[...]. (La negrita no es del original).*

Las personas autoras estiman que la concepción de acto médico que ha sido construida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (sentencia n.º 875-2007) se enmarca bajo toda acción o disposición que un médico realiza en el ejercicio de su profesión en la atención integral de un paciente, ya sea diagnóstico y terapéutico, así como los que se deriven directamente de estos. A su vez refiere que debe entenderse que la "obligación médica" es poner todos los conocimientos a la orden del paciente a los efectos de mejorar su salud (obligación de medios) y, cuando son insuficientes, deben realizarse interconsultas, trabajando interdisciplinariamente a efecto de buscar lo adecuado para su beneficio; pero no puede asegurársele la cura total (obligación de resultados).

En la doctrina española, se sostiene que algunos tipos de actos médicos (especialmente los de carácter facultativo o estético) van más allá que una simple obligación de medios y en realidad es obligación de resultados, aspectos a los que nos referiremos con más profundidad más adelante.

El presente artículo abordará la determinación del régimen jurídico aplicable entre el o la paciente y el prestador de la asistencia médica, con las consecuencias de fondo y prácticas que podrían darse: i. si es producto de una relación contractual o extracontractual; ii. donde la obligación asumida por el o la profesional en salud es de medios o de resultados; ii. o en centro de salud u hospitalario de carácter público (estatal) o privado.

Así mismo, se expondrá si la responsabilidad civil médica es totalmente ajena a la objetivación o qué criterios se han vertido al respecto. Posteriormente, se dará un breve abordaje al tema del consentimiento informado con el fin de verificar el papel que juega este en la doctrina y en otras latitudes, así como en la jurisprudencia de nuestro país.

II. SUPUESTOS DE HECHO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

1. Determinación del régimen jurídico aplicable. (Relación jurídica médico-paciente. Contractual vs. extracontractual)

En nuestro país, se regulan de manera separada la responsabilidad contractual y la extracontractual o también denominada como aquiliana. Tienen en común que independientemente del tipo que sean, hay que verificar el daño y/o lesión de la persona paciente y los elementos subjetivos de la médica o del médico responsable, ya sea la culpa o el dolo.

Volver al índice

Para facilitar la diferenciación, se construye el siguiente cuadro:

	Responsabilidad contractual *(704 a 707 Código Civil)*	**Responsabilidad aquiliana o extracontractual** *(1045, 1046 y 1048 Código Civil)*
Condiciones de aplicación	Hay una relación obligacional previa. El deber de reparación surge como consecuencia del incumplimiento de la obligación.	No hay relación previa entre la persona autora del daño y la víctima. Surge por el incumplimiento de un deber genérico de cuidado de no dañar a otros (*Neminem ladere*).
Tratamiento de la carga probatoria *onus probandi*	La víctima no está obligada a demostrar la culpa de la persona demandada (presunción). Salvo que demuestre que el incumplimiento o atraso no le es imputable por caso fortuito o fuerza mayor.	La persona damnificada debe demostrar la culpa de la persona demandada al haber desplegado un acto ilícito. Requiere demostrar la relación de causalidad directa o eficiente que existe entre el hecho y el resultado dañoso (nexo causal). Demostración del hecho dañoso.
Sobre la prescripción	La responsabilidad por daños y perjuicios prescribe con la obligación cuya falta de cumplimiento la produce (707 Código Civil). Dependiendo del tipo de obligación al que nos encontremos, así será el plazo de prescripción.	Las acciones civiles procedentes de delito o cuasidelito se prescriben junto con el delito o cuasidelito del que proceden (art. 971 del Código Civil).

Volver al índice

A criterio de Bustamante (1997), a la hora de abordar este tema particular sostiene que "el deber de prestar asistencia médica adecuada supone que el médico fue requerido y aceptar intervenir, lo cual significa que asumió su deber de prestación médica", por lo que la omisión de no prestar asistencia conforme a la ciencia y el arte de curar daría lugar a responsabilidad contractual (p. 510).

Considera que la mayoría de los casos de responsabilidad sanitaria serían contractuales. Sin embargo, también admite una serie de supuestos de responsabilidad extracontractual (p. 517), todas discutibles claro está, entre ellas: i. situación donde los servicios médicos son requeridos por una tercera persona, ii. cuando es prestada de manera espontánea, sin consentimiento del paciente como lo sería un accidente callejero; iii. cuando se brindan servicios contrarios a la voluntad del paciente (p. ej. suicida); iv. cuando se elabora una prescripción médica dolosa con el fin de causarle muerte al paciente.

En similar sentido, autores como Urrutia (2010) sostienen que existe un carácter predominantemente contractual entre las relaciones médico-pacientes, siendo natural que se generen "como típico contrato bilateral-obligaciones y correlativos derechos para unos y otros" (p.139).

Para ilustrar las hipótesis contractuales como extracontractuales en la responsabilidad médica, García (2010) expone cinco posibles escenarios que esbozamos de seguido.

1.1. Asistencia médica por urgencia (situación espontánea) sin un contrato

Sucede cuando el médico o la médica aborde espontáneamente en una situación de urgencia a la persona paciente (escapando de una situación donde el facultativo presta su servicio por sustitución o representación, y es totalmente fuera de un supuesto de consulta formal o de un centro de salud donde se presta habitualmente el servicio).

Refiere la autora que, de primera entrada, la lógica se inclinaría a pensar que estamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, agrega que, por tratarse de un profesional en medicina, sería discutible que para el facultativo existiría una obligación que va más allá de un genérico *neminen laedere*.

Así, bajo esas premisas, no estaría en una mera obligación de no causar daños a un tercero, sino que parece que debe observar la *lex artis ad hoc* para tratar a la persona paciente que requiere el auxilio, sin caer con su accionar en una mala praxis (incurriendo en impericia o negligencia) (p. 22).

Inclusive trae a relucir la posibilidad de concebir un cuasicontrato en dicho tipo de casos, "más concretamente ante un supuesto de negocios ajenos sin mandato" (en nuestro país, contemplados en el numeral 1043 y 1044 del Código Civil).

1.2. Asistencia médica por la existencia de un contrato (así como la responsabilidad de asistentes o auxiliares del médico o de la médica en el centro hospitalario)

Se trata del caso típico de la persona paciente que recurre a un centro de salud y, por acuerdo de voluntades, se perfecciona un contrato entre las partes. Por un lado, la médica o el médico se compromete a brindar sus servicios profesionales, y la persona paciente a cancelar el importe por su servicio (honorarios profesionales).

Bajo este supuesto, refiere García (2010) que podemos estar ante dos escenarios: primero, que la obligación asumida por el médico sea una obligación de medios por tratarse de una medicina asistencial (curativa), cuyo contrato tiene el carácter de arrendamiento de servicios; un segundo supuesto donde la obligación asumida es de resultados, donde el contrato es de obra (p. 23).

Cabe plantearnos la interrogante: ¿pueden figurar otras personas que junto con el médico o la médica resulten responsables?

Volver al índice

Expone García (2010) que si nos enfocamos en el elemento subjetivo (relación médico –paciente) no deviene en absurdo considerar que se requiere la asistencia de terceras personas brindando como ejemplo a "un médico anestesista o personal de enfermería", así como que la actividad debe desempeñarse en un "hospital o centro sanitario".

Para facilitar la posible responsabilidad de esos nuevos participantes, distingue dos supuestos: primero, que también se hayan celebrado contratos con la personas que asisten en la actividad curativa del paciente, por lo que la responsabilidad sería contractual, y habría que valorar las condiciones de la contratación; el segundo supuesto donde no hay contratos.

Por tanto, para dicha autora, la persona paciente que sufre el daño causado por los y las auxiliares con que ha contratado posee dos opciones: la primera, pretender la reparación de los daños directamente del causante (régimen de responsabilidad extracontractual).

La segunda opción es abocarse contra el médico que contrató, pues a pesar de que pudo actuar conforme a la *lex artis*, él es responsable de los daños causados por sus auxiliares por una interpretación dada a la legislación española. De igual manera, brinda la opción en caso de que considere esta última opción como no viable.

La posibilidad de imputar a esos asistentes o auxiliares por un presunta culpa invigilando o in-eligiendo para nuestros efectos podría estar derivada del numeral 1028, párrafo tercero del Código Civil, el cual refiere que el que encarga a una persona el cumplimiento de uno o muchos actos está obligado a escoger a una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia, y, si descuida esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado cause a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser de que esa acción no se haya podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar.

Por último, también surge la pregunta: ¿Qué pasa con la intervención del centro sanitario en la producción de los daños a la persona paciente?

García (2010) expone que "[…] los daños se producen por inadecuación o falta de material o bien a raíz de una infección postoperatoria contraída en el hospital a causa de la deficientes condiciones higiénicas […]". Y que, si no media un contrato entre el paciente y el nosocomio, la responsabilidad es perfectamente ampliable a la contractual frente al médico sin perjuicio de poder valorar que el paciente extienda su reclamación a la propia clínica u hospital por la vía de la responsabilidad extracontractual.

1.3. Asistencia médica por contrato entre paciente y centro sanitario (contrato de hospitalización o clínica)

En el caso de que exista un contrato de hospitalización o de clínica, pues la responsabilidad devendría en contractual, y el alcance quedaría sujeto a las condiciones del contrato que son calificadas en doctrina como contratos atípicos complejos.

La citada autora señala que la jurisprudencia en España ha interpretado un contenido mínimo de servicios extramédicos que debían existir en dicho tipo de contratos, los cuales se les denomina "extra médicos, de hospedaje u hotelería y alojamiento", y pueden abarcar servicios asistenciales o paramédicos (ej. vigilancia y seguridad del paciente, administración de fármacos) que no suelen ser desempeñados por el médico (p. 25).

Se aclara cómo el alcance de la obligación asumida por el centro es similar cuando se contrata directamente con la persona especialista médica, siendo abordado como una obligación de medios

Volver al índice

(por ser medicina curativa) y, solo de manera excepcional, como una obligación de resultados.

Bajo este orden de ideas, sería el o la "titular del centro" quien responde ante eventuales lesiones o daños directamente imputables a él (p. ej. faltas o mal estados del material o medicamentos, problemas de aseo, deficientes medidas de seguridad), así como por todos los y las dependientes o auxiliares para el cumplimiento, ya sea que dependan de manera directa del hospital o no. Queda a salvo la posibilidad de que el o la paciente reclame de manera directa la responsabilidad civil extracontractual al médico o a la médica que haya causado los daños.

1.4. Asistencia médica por un seguro médico

La autora rescata que en España este tema ha sido un tanto controvertido y que no existe una clara posición en que sea contractual o extracontractual. Hay pronunciamientos jurisprudenciales en España que ven de manera restringida las obligaciones contractuales que asume la aseguradora al considerar que:

> *ésta tan solo asume el papel intermediaria entre el usuario y el prestador del servicio médico y, en consecuencia, que su responsabilidad no alcanza la correcta ejecución de prestación de los servicios sanitarios" frente a la cual refiere que la doctrina mayoritaria española sostiene que la propia aseguradora responde por "la adecuada prestación a sus asegurados de los servicios cubiertos por el seguro (p. 27).*

Cabe indicar, como bien lo señala García (2010), que por los daños causados por el personal o clínica de los que sea titular la aseguradora no existiría la menor duda de que es responsabilidad del titular de la aseguradora, con la posibilidad de que el paciente afectado pueda reclamar la reparación de daños causados "[…] directamente del personal sanitario que le atendió, en principio tal responsabilidad sería extracontractual […]", salvo en casos donde la jurisprudencia en España extiende "la calificación contractual a su responsabilidad, tanto en virtud de la doctrina de la yuxtaposición de responsabilidades, como por estimar que no puede considerarse que el centro sanitario y el propio facultativo actúen fuera de todo vínculo contractual" (p. 29).

Al respecto Gómez (2013) indica que "[…] la cobertura de riesgos de lesión derivados del ejercicio de la medicina, es posiblemente, en estos momentos, uno de los temas que más preocupan, tanto a los profesionales de la medicina como a las entidades aseguradoras y, lógicamente, a aquellos que, de una u otra manera, puedan verse afectados […]" (p. 387).

Es innegable que muchas instancias legales vienen motivadas por la pretensión de la víctima de resarcir sus daños causados como consecuencia de un tratamiento o asistencia médica, máxime cuando saben que existen entidades aseguradoras de por medio.

1.5. Asistencia médica a una persona paciente que está afiliada a un servicio de seguridad social

García (2010) expone que el tema en España no ha sido resuelto de manera satisfactoria. Se debe determinar si lo que existe es responsabilidad contractual o extracontractual. Lo que no se puede pasar por alto es que, en estos supuestos, interviene la Administración pública. Sin embargo, si se aclara que la eventual responsabilidad del personal sanitario (persona funcionaria o contratada) frente al o a la paciente sería de carácter extracontractual.

En última instancia, aclara García (2010) que, a pesar de que nos encontremos en un ámbito contractual o no, varían circunstancias, tales como i. Condiciones de aplicación. ii. Tratamiento de la carga probatoria. iii. Sobre la prescripción. Lo cierto del caso es que la jurisprudencia española ha venido "relativizando" dicha distinción

Volver al índice

prescindiendo de la distinción, especialmente en la sede de la responsabilidad civil médica.

Dicha relativización se produce en dos vías, primero "relativizando la trascendencia práctica de la distinción" (p. 32) por la aproximación entre los efectos de uno u otra responsabilidad (reduciendo la diferencia a la cuestión del plazo de prescripción); segundo, al prescindir de la clasificación de un supuesto u otro, pues se aplican de manera indistinta las normas de ambas clases de responsabilidad a un mismo supuesto, entrando en juego lo que en doctrina se le llama "yuxtaposición de responsabilidad contractual y extracontractual" o de "unidad de culpa civil".

En razón de esta última doctrina, nos indica García (2010) que se ha sostenido que, para efectos de la congruencia que debe tener un tribunal al resolver, solo está vinculado a la relación fáctica de la demanda (integra la *causa petendi*) y el tribunal goza con la libertad de encuadrar la conducta del demandado en culpa contractual o extracontractual, en razón del principio *iura novit curia*.

A su vez, sostiene que la yuxtaposición se da cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y extracontractual (por deber general de no dañar) al mismo tiempo, por lo que las acciones que podría interponer la víctima pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente.

Por ello, hay autores como Asúa González (citada por García) que refieren la existencia de una zona mixta entre ambas clases de responsabilidad. Aclara la autora que esta posición de la doctrina es criticable, advirtiendo la:

> *improcedencia de aplica el principio de iura novit curia en esta sede, en la medida que las consecuencia de una y otra responsabilidad son diferentes, de modo que la aplicación distinta de una u otro régimen entrañaría incongruencia por cambio de causa petendi. Todo ello sin olvidar que el rechazo de esta doctrina no supone una desprotección del perjudicado.*

2. Objeto de la prestación médica (medicina asistencial vs. medicina satisfactiva/ obligación de medios o de resultado)

Consideramos útil rescatar las definiciones dadas por Torrealba sobre las obligaciones de medios y de resultado de previo a ahondar en lo que acontece en el sector de la responsabilidad médica, aclarando antes que esta diferencia en la doctrina es atribuida al tratadista francés Rene Demogue.

En las obligaciones de medios (también llamadas de actividad o diligencia) "el deudor promete un actuar diligente" sin garantizar un resultado por lo que "el cumplimiento de las obligaciones de medios se aprecia un procedimiento similar al análisis de la culpa aquiliana", por lo que se contrasta "el ser (comportamiento histórico del sujeto) con un deber ser (el marco deóntico que le era exigible).

Por otro lado, en las obligaciones de resultado "el deudor se compromete a la realización de un estado final de las cosas", y su cumplimiento se analiza más objetivamente, pues bastaría verificar lo prometido con lo realmente acontecido (p.117).

Para categorizar la obligación de medio o de resultado, García (2010) hace una tajante división entre lo que considera que es medicina asistencial y medicina satisfactiva, refiriendo que ello se da gracias principalmente a la doctrina y la jurisprudencia española. Exponiendo ampliamente sus diferencias (p.16) con el fin de facilitar un abordaje comparativo de lo expuesto por la autora, se construyó la siguiente tabla:

Volver al índice

	Medicina asistencial (curativa o necesaria)	**Medicina satisfactiva (voluntaria)**
Tipo de obligación del médico o facultativo	**Obligación de medios** Su responsabilidad quedaría supeditada a una infracción de la *lex artis ad hoc.*	**Obligación de resultado**
Fundamento	Supuesto en la cual se requiere atención médica por una patología o enfermedad.	Acude voluntariamente por la persona para obtener un resultado determinado.
Finalidad	Restablecer la salud o una mejoría del enfermo. Buscando el mejor resultado posible.	Se busca el resultado por el cual el paciente acude al servicio de salud.
Relación jurídica entre el médico y el paciente	*Locatio operarum* o arrendamiento de servicios ("el médico no tiene obligación de curar, sino de poner los medios para la curación).	*Locatio operis* o arrendamiento de obra
Ejemplos	El suturar una herida producto de una lesión de tránsito que causa hemorragia.	Cirugía estética (denominada como reparadora o perfectiva). Ciertos "tratamientos odontológicos y oftalmológicos o dirigidas a eliminar una función orgánica"; "vasectomía".
Rigor del consentimiento informado	Menor rigor.	Mayor rigor, debido al carácter voluntario de la medicina satisfactiva, el paciente presta su consentimiento con libertad y conocimiento de los riesgos.
Carga de la prueba del actor (Sobre el régimen de prueba)	El actor debe demostrar: i. la no curación para que se aprecie la existencia del: a. No cumplimiento o b. Defectuoso cumplimiento que es imputable (daño). ii. La culpa (en sentido amplio sea dolo o culpa por negligencia, imprudencia, impericia / falta al deber de cuidado según *lex artis* médica): iii. Nexo causal: daño imputable al médico (relación de causalidad entre el daño y el acto médico).	El actor (víctima) se encuentra en una posición ventajosa, pues le basta acreditar el no resultado esperado. 1. La simple acreditación de que no se cumplió el resultado esperado revela: i. el incumplimiento, ii. determina una presunción de culpa del demandado, así como de relación de causalidad entre accionar u omisión del médico y el resultado dañoso. Le corresponde al médico desvirtuar la presunción de culpa y, por ende, el nexo causal entre el daño y su actuar.

Volver al índice

De acuerdo con la tabla antes expuesta, cabe rescatar la diferenciación entre la concepción de si las obligaciones asumidas por el o la profesional en salud son de medios o de resultados y también resultarían relevantes a la hora de "apreciar la existencia de un mayor o menor rigor en el cumplimiento del deber de informar al paciente de los riesgos del acto médico".

En otro sentido, la posición desarrollada por Calderón (2013) en su tesis de licenciatura expone su criterio de que la obligación que poseen los cirujanos plásticos o estéticos es una obligación de medios "reforzada".

Dicha posición consiste en diferenciar las obligaciones de medios ordinarias, las cuales obligarían a una persona profesional a obrar con diligencia (sin culpa) y sostener que las obligaciones de medios reforzados obligan a una "diligencia particular" lo que denomina una especie de culpa levísima en el sentido de que "la obligación del médico de brindar un tratamiento idóneo a su paciente" p. 94 (Ramiro, 2009, citado por Calderón, 2013).

Agrega Calderón (2013) que:

> *[…] Al ser una obligación de medios reforzada lo que se pretende es separarla de las obligaciones de medios (las que ostentan los médicos en general) y, de esta manera, se hace mayor énfasis en los elementos de información, consentimiento informado, la relación entre médico y paciente […]".*

Abstraigo de lo expuesto por dicha autora en su obra que a su criterio sería muy extremo obligar a los médicos a un resultado exacto. Además hace énfasis en que, en esta clase de obligaciones, lo importante redundaría a su vez en el "favor probationes o principio dinámico de la prueba, estando el médico en mejores condiciones de producir la prueba del cumplimiento" (p. 95).

Es muy respetable la posición de Calderón. Sin embargo, a criterio de estos autores parece que la responsabilidad del galeno en cirugías plásticas va más allá de una obligación de medios "reforzado" (que podría discutirse, si se está refiriendo a una de medios bajo otro nombre o calificativo) y es realmente una obligación de resultado.

Somos conscientes de que, en muchas ocasiones, el resultado exacto escapa a la experticia médica, si hay que tomar en cuenta que debe haberse procurado por el médico un resultado que cumpla la finalidad por la cual es contratado y que no desmejore la salud de la persona paciente al punto de que puede llegar a ocasionarle una pérdida de salud[1] (p. ej. i. Se contrata para eliminar un cicatriz y finalizado el tratamiento, la marca de la cicatriz continúa siendo la misma o empeora; ii. o una liposucción para eliminar grasa y, con ello, pasar de obeso a delgado, al finalizar la intervención continúa con los mismo centímetros de cintura; iii. o se contrata para una rinoplastia funcional (septorrinoplastia) y mejorar el paso del aire por las fosas nasales y, al finalizar, queda igual o aún peor).

Aunque el asunto es muy casuístico y entran en juego particularidades de la persona paciente, sería contraproducente que no se estime la existencia de una verdadera obligación de resultados. Pensar lo contrario sería el caldo de cultivo para generar hasta cierto punto un ámbito de "irresponsabilidad" para con el médico o la médica especialista que se preparó varios años para desarrollar su particular experticia y que, por lo general, solicita una contraprestación económica bastante alta para desplegar sus servicios especializados, máxime cuando de por medio se ha comprometido (obligación contractual previa) en modificar (ya sea aumentar, disminuir, desaparecer o introducir) un aspecto físico de la persona paciente que escapa del ámbito curativo y entra en la zona de lo estético. Claro está, queda a salvo la responsabilidad del médico o de la médica de desvirtuar el nexo causal entre su actuar y el daño alegado por el o la paciente.

1 Tomando relevancia la frase *primum nil nocere* o *primum non nocere* traducida al castellano sería: "lo primero es no hacer daño", atribuida popularmente al galeno Hipócrates, considerado uno de los padres de la medicina, ampliamente conocido por su Juramento Hipocrático.

Volver al índice

Lo cierto del caso es que en doctrina la situación de que si las acciones desplegadas por médicos cirujanos **son de medios o resultados** no es un asunto pacífico, para efectos de facilitar un rápido abordaje al respecto. Se cita la posición de varios autores en el siguiente cuadro:

Responsabilidad médica desempeñada por los médicos cirujanos	
Posición a favor Obligación de medios	**Posición a favor Obligación de resultados**
"[…] se impone juzgar que esta obligación es de medios, incluyéndola en la misma categoría que el resto de las especialidades quirúrgicas aunque tiene sus particularidades y, sobre todo, mayor exigencia en cuanto al deber de información y consentimiento del paciente" (Manuel Cornet, Argentina)*.	"[…] cabe distinguir aquellos casos de alea disminuida: intervenciones quirúrgicas menores (fimosis, amígdalas) siempre que se realicen en circunstancias normales; en ellos podría hablarse de un resultado, mientras que en los demás supuestos hay una obligación de medios". (Joaquín Ataz López, España)*.
"[…] en todas las hipótesis se compromete a una obligación de medios debido al carácter aleatorio de la empresa quirúrgica y médica en general, resultando imposible garantizar un resultado, a pesar de que los adelantos tecnológicos aplicados a la ciencia médica nos convenzan de un alto grado de probabilidad de éxito […]". (María del Carmen García Sánchez, Argentina)*.	"[…] la medicina satisfactiva es aquella a la que se acude voluntariamente para alcanzar un resultado determinado, una transformación satisfactoria del propio cuerpo, de suerte en ella que el resultado esperado actúa como auténtica representación de finalidad que desarrolla el profesional. En este caso, la relación entablada entre el paciente y el facultativo es calificable como locatio operis o arrendamiento de obra y, por consiguiente la obligación asumida por éste es una obligación de resultado […]" p.10. (García G, María del Carmen, 2010. España.).
"[…] que las obligaciones que asumen los cirujanos en toda actividad quirúrgica -incluida, por ende, la que es propia de los cirujanos plásticos- deben ser calificadas como de medios y no como de resultados […]". (Amílcar R. Urrutia, Argentina)*.	"[…] Se afirma por un sector de la doctrina que la obligación de medios bien sea que derive de un contrato o de una relación extracontractual entre las partes y será de resultados cuando se trate de casos muy específicos en donde el paciente acude con el galeno no para la curación de una dolencia sino para el mejoramiento o modificación de su aspecto físico o estético, casos en los cuales el médico se obliga a mejorar o modificar el estado del paciente […]" (p. 207). (Montoya P., María del Carmen. S. F., México).
Nota: Cuadro elaborado bajo las citas realizadas por Calderón (2013) p. 90-92*, así como por el autor español y el mexicano antes citados.	

Volver al índice

3. En atención a la naturaleza pública o privada del centro hospitalario

Dicha diferencia resulta relevante para efectos de determinar la competencia del juez o de la jueza que conoce del caso. En nuestro país, si obedece a la naturaleza privada, sería competencia de los juzgados civiles. Sin embargo, en caso de que se traten de centros médicos de carácter estatal o público, o si están demandadas ambas entidades tanto públicas como privadas[2], sería conocido en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para las pretensiones indemnizatorias de las personas beneficiarias de seguridad social, dichas víctimas pueden acudir a demandar a la CCSS por el servicio brindado en los centros adscritos a esta (sean hospitales, equipos básicos de atención integral en salud y áreas de salud) así como los daños ocasionados por un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos[3] con la particularidad de que no responderían por los perjuicios en caso de estar ante el primer supuesto.

En ambos supuestos, la víctima podría acudir a la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva, en el sector público, en razón del numeral 190 de la Ley General de la Administración Pública y en el Sector Privado, producto del artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Los tribunales costarricenses, como en la sentencia número 00266-2009 del Tribunal Segundo Civil, Sección 1, han sostenido que la imputación objetiva derivada de actuaciones de funcionarios provenientes de la Administración pública no se agota en la entidad pública proveedora de un servicio o producto (ya sea la CCSS), según se desprende del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, ya que de una interpretación del numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, la responsabilidad se extiende de forma solidaria al personal especializado o de cierta categoría que labora en ella que formó parte de la relación de causalidad del daño.

Dicha sentencia hace referencia a una categoría de trabajadores (“[…] Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control […]”) que “debido a sus funciones particulares, puede imputárseles responsabilidad en el supuesto de un daño causado a la persona consumidora o usuaria, ya sea con ocasión del bien o servicio brindado, o por informaciones inadecuadas o insuficientes respecto de éstos o de su utilización y riesgos” de una interpretación del artículo 35, párrafo segundo de la Ley de Protección al Consumidor.

2 Con fundamento en el artículo 5, inciso A (del cual se rescata la improrrogabilidad de la competencia hacia la vía civil siempre y cuando esté inmerso un ente público como lo es la Caja Costarricense del Seguro Social) y 43 del Código Procesal Contencioso Administrativo (donde en atención a una interpretación dada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, existe una especie de fuero de atracción interno de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, significando que sí existía una pretensión del contencioso administrativo, las otras pretensiones relacionadas con dicha pretensión material podrían dilucidarse en el mismo contencioso, aunque no sean propias de dicha jurisdicción).

3 Nuestra legislación realiza una distinción donde los daños sufridos por la víctima debido al funcionamiento normal de la administración únicamente podrían dar lugar a pretensión de daños mas no de perjuicios. Se extrae del numeral 194 de la Ley General de la Administración Pública que, en los casos de funcionamiento lícito y normal, procede únicamente la indemnización de los daños, mas no de los perjuicios. Contrario sensu, si el funcionamiento fue anormal, sí sería posible reclamar daños y perjuicios. A todas luces son criticables, la constitucionalidad de dicha norma por vulnerar el principio de igualdad, porque los mismos supuestos acontecidos en el sector privado podrían dar lugar a responsabilidad y, por ende, resarcimiento por daños y perjuicios, siendo irrelevante el calificativo de funcionamiento normal o anormal del centro de salud privado.

Volver al índice

III. SOBRE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN Y LA RELATIVIZACIÓN DEL CARÁCTER SUBJETIVO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

En el moderno derecho de daños, no se centra la mirada en visualizar tanto el reproche de la culpa del agente causante del daño, sino en brindar soluciones jurídicas que tiendan a garantizar la efectiva satisfacción cuando no existan razones que sea ella quien tenga que soportarlos. Ello no significa que exista preponderancia en esta materia a ocuparnos de un criterio de imputación objetiva.

La autora García (2010) evidencia que, en la doctrina y la jurisprudencia española, hay una prevalencia a defender el carácter subjetivo de la responsabilidad médica, pues únicamente con excepciones, se ha admitido cierta flexibilidad en razón de criterios de justicia material donde se flexibiliza la carga probatoria asumida por la víctima del daño en un "sistema culpabilístico".

Esta situación es muy similar a lo que acontece en nuestro país, pues como veremos líneas más adelante, nuestra jurisprudencia ya ha admitido criterios de imputación objetiva, tanto en el ámbito de servicio prestado por un ente público o uno privado.

Hay un tipo de responsabilidad subjetiva porque asume un criterio de imputación basado en el dolo y la culpa del productor del daño para determinar su responsabilidad. Y conforme al artículo 1045 del Código Civil, se estipulan el dolo y las diferentes formas de expresión de la culpa como factores determinantes para la atribución de responsabilidad al infractor.

Es importante resaltar que, en el campo que nos ocupa, hay que tomar como punto de partida a la hora determinar si un médico o una médica actúo con culpa o no, a efectos de aplicar un criterio de responsabilidad subjetiva, a la *lex artis ad hoc*, principalmente en el ámbito de las obligaciones de los medios (propio de la medicina asistencial). Entendido dicho término, de acuerdo con el voto de los tribunales de España RJ 200, 5890 del 23 de septiembre de 2004, citado por la autora como el deber del facultativo:

> *de tomar en consideración el caso en concreto que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en las que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del actor, de acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado de intervención del enfermo- o exógenos –la influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida (p. 57).*

En similar sentido, en nuestro país, en el voto n.º 00875 del 2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en el sentido de que la actividad profesional médica debe regirse por la *lex artis* definiéndola como: "[…] una actividad encuadrada en las pautas y reglas que natural y armoniosamente derivan del estado del conocimiento técnico - científico actual, integrando también normas de la deontología [...]".

Se aclara que esta hace necesariamente referencia a normas de carácter profesional, así como a criterio éticos, donde la obligación del galeno es: "[…] poner todos los conocimientos a la orden del paciente a los efectos de mejorar su salud (obligación de medios) y cuando son insuficientes, deben realizarse interconsultas,

Volver al índice

trabajando interdisciplinariamente a efectos de buscar lo adecuado para su beneficio, pero no puede asegurársele, la cura total (obligación de resultados) […]". Finalmente, este valioso voto termina extrayendo un principio que indica: "[…] el paciente ingresa al centro hospitalario para curarse, no para enfermarse más […]".

Es oportuno hacer ver que existirán circunstancias donde existe "[…] imposibilidad actual de prever todas las eventuales complicaciones de un caso y de afrontar adecuadamente las fuerzas de la naturaleza que gobiernan la integridad humana […]", en ocasiones tratadas por nuestros tribunales como fuerza mayor. (Voto n.º 023-1993 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).

Se rescata de dicho voto que hay que ser cautelosos de que, para definir la culpa en la prestación o ejecución del tratamiento médico, debe comprobarse la negligencia o imprudencia del galeno, no siendo imputables las afecciones (daños) que podrían ser derivadas como consecuencia "natural" del tratamiento o intervención médica brindada (**iatrogenia**)[4].

Los criterios objetivos aplicables al tema de la responsabilidad médica que han sido tratados en la jurisprudencia costarricense[5] son los siguientes:

1. Criterio de imputación objetiva derivado del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública

El numeral 190 de la Ley General de la Administración Pública establece: "La administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo,

4 Iatrogenia según el dictamen médico legal transcrito en el voto n.º 023-1993 que nos ocupa es "[…] el margen admisible, excusable y no punible, de falibilidad de la actuación del médico a pesar de su pericia, diligencia, prudencia y observancia de reglamentos". En criterio personal de esta definición pareciera que el término engloba una especie de "margen de error a pesar de una buena praxis" que le es "admisible" a los profesionales médicos a la hora de desempeñar su "lex artis", sin embargo, como veremos en la próxima sentencia de la Sala I el término es redefinido. A manera de comentario nos permitimos exponer como Otero (2017) comenta como en España la "Iatrogenia" es un lastre en el gasto hospitalaria comentando como la "Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria, (SESPAS) junto a la Organización Médica Colegial (OMC), han presentado el primer informe sobre iatrogenia, es decir, el daño producido como consecuencia de intervenciones médicas y sanitarias en España que ya supone el 15 % del gasto hospitalario". No ahondaremos más al respecto por no ser propiamente la razón de la presente investigación; pero consideramos oportuno indicar que, en dicho artículo, el concepto es definido como "[…] todos los daños en la salud como consecuencia de la atención sanitaria, no específicamente negligencias médicas, sino errores por omisión, por decisiones no tomadas; decisiones incorrectas o efectos secundarios de tratamientos así como a intervenciones quirúrgicas y procesos de rehabilitación; exceso de medicación; falta de recursos sanitarios, entre otros factores" lo que se alguna manera evidencia que el concepto muchas veces se puede concebir como más amplio. Se admite que uno de los principales problemas al que se enfrenta el estudio de la iatrogenia es "[…] la falta de información a la hora de identificar cómo se produce, cuándo y qué situaciones se han generado por ello [...]". Recuperado de: http://periodistas-es.com/iatrogenia-lastre-gasto-hospitalario-espana-91114

5 Para la redacción del artículo y principalmente de este acápite, se revisan varios pronunciamientos que se refieren de manera directa al tema en estudio. En relación con el criterio de imputación objetiva derivado del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, se deduce del estudio de los siguientes votos: 1. Voto n.º 023-1993 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Expediente: 93-000023-0004-CA. 2. Voto n.º 00875 del 2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Expediente: 02-000259-0163-CA. 3. Sentencia 00266-2009 del Tribunal Segundo Civil, Sección I. Expediente: 05-001268-0182-CI. 4. Sentencia 00016 -2012 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II. Expediente: 94-000524-0177-CA. 5. Voto n.° 18-2009. Tribunal Contencioso Administrativo. Expediente número 03-000128-0163-CA. 6. Sentencia n.° 33-2010. Tribunal Contencioso Administrativo. Expediente número 05-000201-0163-CA. 7. Sentencia n.° 97-2016. Tribunal Contencioso Administrativo. Expediente número 14-009345-1027-CA. 2.Criterio de imputación objetiva derivado del numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor se extrajo del estudio de los siguientes votos: sentencia: 00266 -2009 del Tribunal Segundo Civil, Sección 1, sentencia 00266-2009 del Tribunal Segundo Civil, Sección I. Expediente: 05-001268-0182-CI. 2. Sentencia 56 -2016 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II. Expediente: 06-000507-0163-CA 3. Voto n.° 149-2012. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Volver al índice

normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero".

De dicho numeral, se deriva que efectivamente estamos ante un sistema de responsabilidad preeminentemente objetiva de la Administración donde el Estado a través de la CCSS sería el responsable frente a una persona particular que haya sufrido una lesión que no tiene el deber de soportar y que haya sido provocada por un funcionamiento público, ya sea normal o anormal.

Por ello, para que haya responsabilidad de la Administración basta que exista relación causal entre la conducta o situación que motiva el daño y el que sufre la víctima, ligamen que se rompe en caso de que medie algún eximente de responsabilidad a saber: fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

2. Criterio de imputación objetiva derivado del numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

Por otro lado, de una interpretación del numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, se ha establecido que el productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de la culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o del servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Queda como eximente de responsabilidad que el causante del daño demuestre que ha sido ajeno al daño.

Por ello, a criterio de los autores, podría interpretarse que, a cualquier entidad pública proveedora de bienes y servicios médicos o de salud, ya sea pública o privada, podría imputársele responsabilidad objetiva.

Aunado a ello, cabe rescatar que el artículo 2 de dicha misma normativa que define al proveedor como:

> *"Toda persona física, entidad de derecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios sin que necesariamente ésta sea su actividad principal [...]".*

Los criterios de imputación objetiva del numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y del 190 de la Ley General de la Administración Pública no son excluyentes entre sí y pueden coexistir. Es posible que, en supuestos de implementación de servicios médicos estatales, se posea el criterio de aplicar el numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor la Responsabilidad y se extienda de forma solidaria al personal especializado o de cierta categoría que labora en ella que formó parte de la relación de causalidad del daño.

A su vez, el mismo numeral 35 supracitado, párrafo segundo, permite que a los técnicos, los encargados de la elaboración y el control que "debido a sus funciones particulares, puede imputárseles responsabilidad en el supuesto de un daño causado a la persona consumidora o usuaria. Esto, con ocasión del bien o servicio brindado, o por informaciones inadecuadas o insuficientes respecto de éstos o de su utilización y riesgos". (Sentencia 00266-2009 del Tribunal Segundo Civil, Sección I. Expediente: 05-001268-0182-CI), y respondan solidariamente por los daños y perjuicio ocasionados.

De seguido, se expondrán otros criterios narrados por la doctrina nacional y española, en los cuales se sostiene la existencia de factores de atribución de responsabilidad objetiva o, al menos, una

Volver al índice

especie de flexibilización o variación a la subjetiva, además de los dos ya esbozados líneas atrás, de la siguiente manera:

2.1. Por incumplimiento de las obligaciones de resultado

Este es una imputación a la responsabilidad objetiva, por cuanto aquí el o la profesional en medicina adquiere el compromiso con la persona paciente, sobre la aplicación de un tratamiento o intervención quirúrgica, a fin de obtener una producción o mantenimiento que sea determinado en el estado fáctico del paciente. Por ello, el autor Torrealba (2011) señala que:

> *Las obligaciones de resultado se contraponen a las obligaciones de medios, que son aquellas en las que el deudor se obliga a obrar con diligencia, sin garantizar un resultado específico. Respecto de las* **obligaciones de resultado, la responsabilidad del deudor no se valora con arreglo a criterios de diligencia** *o pericia exigibles […],* **sino mediante la comparación objetiva entre el estado de cosas a la fecha de la exigibilidad de la obligación** *y el contenido de la obligación" (p. 59). (El subrayado y la negrita no son del original).*

Por ende, lo que interesa es que se conserve intangible la salud del paciente, como objeto de esa obligación de resultado, y no resulta factible alegar falta de culpa o conducta diligente.

2.2. Por incumplimiento de un deber de información

Bajo este enfoque de la responsabilidad médica, media una relación del o de la profesional en medicina y la persona paciente, sobre cualquier acto médico, tal y como se observará en el apartado cuarto.

Resulta indispensable la información como pilar fundamental en dicho binomio, por cuanto en este caso, la médica o el médico que dispone de conocimientos generales y especializados sobre el campo según se consulte está en la obligación de dar una información clara, concreta y suficiente sobre el tratamiento o la intervención quirúrgica que se debe aplicar a la persona paciente, ya sea por medicina curativa o voluntaria, así como las consecuencias y riesgos que se puedan desprender, y lo debe realizar no solamente previo al perfeccionamiento del acto, sino también en la ejecución del contrato.

Nótese que este deber de información para obtener un consentimiento informado constituye un derecho fundamental de la persona paciente, derecho de personalidad, el cual es un bien tutelado, en nuestra Carta Magna, mediante el artículo 46:

> **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 subrayado y la negrita no son del original).*

La persona paciente tiene arraigado ese derecho, al pasar a convertirse en una consumidora de servicios médicos, tanto en forma privada como pública, ante la Caja Costarricense del Seguro Social.

Por ello, de igual manera, mediante los artículos 32, 34, 35 y 37, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor también tutela ese derecho de información, y, específicamente, el numeral 35 acredita que aquella persona que se encuentre perjudicada por el bien o el servicio, debido a una información insuficiente o inadecuada de la utilización o bien de sus riesgos, señala la responsabilidad objetiva ante ese incumplimiento.

Volver al índice

Al respecto, también indica el autor Torrealba (2011) que, conforme al artículo 59 del Código Civil, aunque la vulneración de esa obligación de información no produzca daño físico en el paciente, da derecho a una indemnización por daño moral, debido a que incurre en lesión al derecho de personalidad, precisamente sobre esa libertad de elección o no, basada en una información adecuada y suficiente, en cuanto al tratamiento o el procedimiento médico al que fue sometida la persona paciente.

A todas luces, se denota que no basta el hecho de que el médico o la médica haya realizado el acto médico o la intervención quirúrgica en forma diligente, sino que la responsabilidad se imputa al no haberse informado correcta y adecuadamente de las consecuencias y riesgos de ese tratamiento o de la intervención. Por tanto, la autora García (2010) recalca que esa es la línea en la jurisprudencia española, estimando esa responsabilidad sobre el facultativo, por lo cual agrega que:

> *De modo que en este caso* **no será preciso acreditar su culpa o negligencia para imputarle la responsabilidad, bastando alegar el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de su deber de informar** *(p.79). (El subrayado y la negrita no son del original).*

No obstante, esta obligación de información tiene salvedades, como el caso del paciente en situaciones de emergencia o de inconsciencia, o bien tratándose de persona menor de edad que, bajo el interés superior del niño, el cual es un derecho reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, garantiza ese principio, aunque no coincida con la voluntad de los padres o personas encargadas del menor.

2.3. La presunción de la culpa en los supuestos de daño desproporcionado

Al visualizar que la producción de un mal resultado en el acto médico practicado a la persona paciente que genera un daño desproporcionado en lo que podría ser objetivamente usual se atañe a la negligencia o penuria de los medios empleados por el o la profesional en medicina, o el descuido en su utilización, a todas luces, podemos deducir que esta responsabilidad civil médica es de carácter subjetiva por mediar la figura de la culpa.

Al respecto, la autora García (2010) señala que esta doctrina es admitida incluso en el derecho comparado, conocida como la regla *res ipsa loquitur*, la cual se define como que la cosa habla por sí misma, referida como la evidencia fundamental sobre la deducción de una negligencia por parte del galeno.

Pero la autora señala que algunas sentencias españolas invocan esta doctrina del resultado desproporcionado, bajo la consideración de que la culpa corresponde al criterio de imputación de la responsabilidad civil médica, a la luz del régimen objetivo de responsabilidad amparado por la legislación que tutela los derechos de los consumidores.

Sin embargo, esta doctrina no afecta el régimen de la carga probatoria sobre esa culpa en la responsabilidad médica, por cuanto el parámetro esencial es dilucidar sobre el paciente perjudicado la falta de prueba de la diligencia en el acto médico, al tratarse sobre una base de presunciones.

Por último, no podemos dejar de lado que, si la prestación de servicio médico se lleva a cabo en un centro sanitario, también su titular sería responsable por los daños causados al paciente atendido dentro de sus instalaciones, perfectamente achacables de manera solidaria, si

Volver al índice

existió concurrencia de culpa por parte del ente privado o público.

No obstante, la normativa, la doctrina y la jurisprudencia han ido más allá admitiendo la posibilidad de criterios de imputación objetiva en este tipo de casos. Por eso podemos hablar a su vez de responsabilidad hospitalaria.

Abarcada, *grosso modo*, esta relativización del carácter subjetivo de la responsabilidad civil médica, es oportuno indicar que nuestra posición en cuanto a la utilización de los factores objetivos, al contrario de lo que ocurre con la culpa, es que deben ser expresamente previstos en la ley, dado su carácter excepcional en el sistema de la responsabilidad civil. De lo contrario, podrían dar pie a abusos y supuestos de enriquecimiento abusivos o sin causa.

Así existen autores muy recelosos de considerar la culpa como el único fundamento admisible de la responsabilidad civil, como Henry y León MAZEAUD en el *Tratado teórico- práctico de la responsabilidad civil* (citados por Torrealba, p. 255).

3. La distribución dinámica de la prueba

El ejercicio de la carga probatoria en el régimen de responsabilidad civil médica resulta ser fundamental, más cuando nos encontramos la figura de la culpa, y nos ubicamos en un piso de vidrio basado en meras presunciones.

La autora García (2010) señala que, tratándose del régimen subjetivo de la responsabilidad civil, por culpa, le corresponde al actor acreditar el daño que se le causó, demostrando el nexo causal entre ese daño sufrido en concordancia con la conducta o la omisión del causante, quien es el profesional en medicina que incurrió en culpa o negligencia.

Sin embargo, bajo el instituto de la "distribución dinámica de la prueba", no es que se altera ese criterio para la imputación de la responsabilidad civil, sino que simplemente se atribuye la carga probatoria a cualquiera de las dos partes involucradas en el proceso para que posean mejores condiciones y accesibilidad del medio probatorio, con el fin de acreditar un hecho.

En esta misma línea de pensamiento, agrega que:

> *La Jurisprudencia ha aplicado esta doctrina en el ámbito sanitario con respecto* **a la prueba del cumplimiento del deber de informar al paciente,** *antes de recabar su consentimiento para someterle a un determinado acto médico (p. 80). (La negrita y el subrayado no son del original).*

De tal forma, en este caso, la carga probatoria recae sobre la parte, la cual es responsable de haber brindado la información al paciente. También puede darse por excepción una inversión en la carga de la prueba, sobre los casos de nexo de causalidad, en responsabilidad médica o de otras personas profesionales en salud.

IV. CONSENTIMIENTO INFORMADO

Al hacer un registro de análisis sobre la relación médico-paciente, la cual alcanza gran relevancia jurídica en una sociedad contemporánea, nos encontramos con la evolución de un paciente como sujeto pasivo a pasar ser un sujeto activo, titular de derechos, en la asistencia médica que comprende tanto la curativa como la estética.

A partir de los derechos humanos que tutelan el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad de conciencia y a esa libertad personal no solamente de tránsito, sino también de decidir y disponer por sí mismo de sus actos y de su propio físico, los cuales son reconocidos y plasmados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en

Volver al índice

nuestra Carta Magna, surge un pilar fundamental en esta relación que constituye el principio de autonomía de la voluntad de la persona paciente.

De lo anterior, se desprende que la persona paciente como sujeto titular de derechos, en primer lugar, debe ser informada de los tratamientos o cirugías a las que debe ser sometida, así como las consecuencias que se pueden generar, ya sea tanto por una condición necesaria para mejorar su estado de salud o por disposición de voluntad para cambiar su esteticidad. En segundo lugar, debe existir el consentimiento por parte de la persona paciente a ese acto médico, esa libertad de expresión ya sea en forma oral o escrita, puesto que estos dos elementos de información y consentimiento son lo que denominamos "consentimiento informado".

Al respecto, en el artículo 49, el Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica establece que:

> *El médico está obligado a informar a sus pacientes sobre el riesgo presente o eventual de cualquier medicamento, procedimiento médico o quirúrgico. No debe emprender ninguna acción sin el consentimiento previo del paciente o de su representante legal si es menor de edad o está legalmente incapacitado, exceptuados los casos de absoluta imposibilidad o urgencia.*

Por ello, se desprende que efectivamente tanto el principio de autonomía de la voluntad como el consentimiento informado caminan aparejados en esta relación médico-paciente, como expresión de la libertad humana, sin que exista algún tipo de coacción, y como la consagración de los derechos fundamentales de la persona paciente, sin que pueda existir algún tipo de discriminación por sexo, por razones económicas, de tipo social, ideología, religión, raza o política.

Ahora bien, el consentimiento informado conlleva a una trascendencia práctica por una creciente importancia en las últimas décadas, al momento de darle un enfoque desde la responsabilidad civil médico-sanitaria, al tratar de excluir o bien imputar los daños, secuelas o el resultado negativo de las intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos hacia las personas pacientes.

Por tanto, señala García (2010) que el médico debe realizar un buen proceso de información, así como una debida praxis y, por otro lado, el paciente debe asumir las consecuencias de su elección.

Deber de información a la persona paciente

Podemos señalar que uno de los aspectos conflictivos es la falta de información completa, clara, oportuna, verdadera y suficiente, tanto a la persona paciente como a sus familiares, al momento de aplicar un tratamiento o intervención quirúrgica, lo cual es un deber de los y las profesionales en medicina.

La información es un elemento esencial de este instituto de consentimiento informado, ya que este debe ser de tal alcance que le permita a la persona paciente, en forma consciente, tener conocimiento para la toma de decisiones, pese a las circunstancias o consecuencias que puedan afectar su salud.

En ese sentido, la autora García (2010) señala que:

> *Tal es la importancia de la información suministrada al paciente en orden a determinar el alcance y la validez del consentimiento al acto médico manifestado por éste, que el Tribunal Supremo ha destacado atinadamente que la obligación de informar al paciente, así como de recabar posteriormente su consentimiento,*

Volver al índice

> *constituye un elemento integrante de la lex artis específica del médico.*

De esta manera, la importancia de la información médica a la persona paciente evidentemente es de gran relevancia, la cual incluso está contemplada en el artículo 50 del Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, el cual señala:

> *El médico tratante deberá informar a su paciente de manera veraz y en lenguaje comprensible acerca de:*
> *a) Su identidad, el área de su competencia profesional y sus límites.*
> *b) El diagnóstico, alternativas de tratamiento, sus riesgos y beneficios*
> *c) El pronóstico de su enfermedad. Cuando la atención sea realizada en equipo, uno de sus integrantes será responsable de establecer la interlocución principal con el paciente.*

En ese sentido, el artículo 51 del mismo código de rito estipula que esa información debe ser brindada siempre con la debida prudencia y expresiones mesuradas, cuando a juicio del médico, se pueda causar sufrimiento grave al paciente.

Por otra parte, un punto de gran interés es que el mismo articulado establece el respeto a la voluntad del paciente de no ser informado, o bien, cuando delega ese derecho a otra persona, para lo cual el galeno debe dejar constancia escrita de esa situación en la historia clínica.

Esta renuncia como derecho del paciente a no ser informado debe ser clara, concreta, directa, y no debe ser por mera presunción. Si bien es cierto esta se constituye en un derecho, lo cierto del caso es que parece ser un abusivo ejercicio de la propia autonomía de la voluntad, por cuanto el derecho de libertad con el de la libre disposición del físico del paciente está de la mano precisamente con esa información por parte del médico, al someterse a un tratamiento, ya que dicho actuar evidentemente le puede generar consecuencias inesperadas a la misma persona paciente.

Bajo este mismo espectro, señala García (2010) que esta facultad del paciente puede generar una delimitación a la responsabilidad civil del médico, por cuanto la negativa a ser informado válidamente por aquel paciente que tiene capacidad de ello y de lo cual se deja constancia, a todas luces limita esa responsabilidad del galeno hacia la realización de la práctica del acto médico, en cuanto a la materialización de riesgos y las complicaciones que se puedan generar al momento de la intervención.

1.1. Contenido de la información

Lo referente al contenido de la información que él o la profesional en medicina debe suministrar a la persona paciente fluye tanto en la medicina curativa, bajo la excepción de que se encuentren con intervenciones de urgencia y necesarias para mejorar el estado de salud o bien salvar la vida de una persona, así como en la medicina que se realice por voluntariedad o esteticidad.

Dicha información debe comprender en forma adecuada y suficiente los riesgos y complicaciones que se pueden generar con la aplicación del tratamiento, o bien, por la intervención quirúrgica, así como de las circunstancias que pueden incidir en el diagnóstico, alternativas terapéuticas con riesgos y beneficios.

Por ello, García (2010) recalca que el médico debe informar tanto de aquellos riesgos que sean típicos, propios, inherentes al acto médico que se va a practicar al paciente, así como de los que estadísticamente no son frecuentes, o de aquellos que son excepcionales, por cuanto lejos de perder importancia, resultan ser de gran relevancia. Esta obligación siempre debe extenderse a las

Volver al índice

consecuencias postoperatorias y cuidados que deba tener posterior al acto médico.

Esto resulta evidentemente necesario para que surja el consentimiento informado y, por ende, la eficacia de la legitimación de la actuación médica.

2. Consentimiento informado en relación con la responsabilidad médica

Este instituto del consentimiento informado en relación con la responsabilidad médica ha atravesado toda una evolución en diferentes etapas de la historia, marcada por costumbres, usos y una línea de paternalismo que generaba una relación vertical entre el profesional de medicina y la persona paciente, siendo esta última un sujeto pasivo, tal y como lo indicamos líneas atrás.

En la sociedad moderna, la persona paciente se constituye en un sujeto activo ahora definido como titular de derechos. Por eso se trata de definir el consentimiento informado bajo el enfoque de la relación con la responsabilidad médica.

Bajo esta misma línea de pensamiento, se desprende que el artículo 52 del Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica comprende este instituto del consentimiento informado, señalando que debe prevalecer en toda atención médica, ya que, ante la presencia de un riesgo significativo para el paciente por el procedimiento diagnóstico o terapéutico, debe aún brindar información adicional de riesgos y beneficios que conllevan para obtener ese consentimiento específico para llevarlo a cabo.

Ahora bien, tal y como lo indica el artículo 53 del mismo cuerpo legal, el profesional en medicina debe consignar ese consentimiento de la persona paciente, siendo necesario cuando es exigido por ley o reglamento.

Por otra parte, la Ley General de la Salud (Ley N.° 5395), entrada en vigor en 1973, señala que la salud de la población es un bien tutelado por el Estado y regula la obtención de lo concerniente al consentimiento informado:

> *ARTÍCULO 22.- Ninguna persona podrá ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico que implique grave riesgo para su integridad física, su salud o su vida,* **sin su consentimiento previo o el de la persona llamada a darlo legalmente** *si estuviere impedido para hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de urgencia. (La negrita y el subrayado no son del original).*

De esta forma, los artículos 25, 26, 27, 67 y 68 de la misma ley establecen el consentimiento informado como el requisito obligatorio en caso de someter a una persona a un tratamiento médico o quirúrgico y, de igual forma, en caso de experimentación para la aplicación de medicamentos o experimentación clínica.

Atendiendo a lo anterior, este consentimiento informado es un bien jurídico tutelado a la persona paciente, por lo que su violación puede generar responsabilidad civil al profesional médico con respecto a los daños y lesiones que se puedan derivar de ese acto médico, independientemente de que este haya utilizado medios y técnicas conforme a la ciencia médica, y que se practicarán de manera adecuada.

Al respecto García (2010) señala que esa lesión a la autonomía del paciente puede constituir el daño que se deba reparar, siendo preciso que medie una relación de causalidad entre la falta de consentimiento informado y el resultado dañoso, la cual se puede apreciar:

> *En particular, cuando los daños se producen al no haber sido informado el paciente de los cuidados y precauciones que debía adoptar con posterioridad a la intervención médica (p. 104).*

Volver al índice

En ese sentido, esa falta de información da permisibilidad de imputar en forma objetiva los daños causados por un acto médico, aunque la actuación haya sido correcta, por cuanto el hecho de realizar un acto médico sin tener el consentimiento informado asume los riesgos de su actuación. Por tanto, se agrega que:

> *La relevancia de la infracción del consentimiento informado debe concretarse más que en términos de infracción de la lex artis o negligencia, en términos de imputación objetiva, predicables tanto del régimen subjetivo aplicable en el ámbito de la sanidad privada, como del régimen objetivo propio de la sanidad pública (p. 105).*

Ahora bien, para garantizar que efectivamente el profesional médico cumplió con el instituto del consentimiento informado, este debe instrumentalizarse, para lo cual el autor Chepe (2010) señala que:

> *El documento por excelencia para instrumentar el consentimiento informado es la historia clínica o la ficha médica del paciente.*

Es realmente indispensable el hecho de que la o el profesional en medicina registre la historia clínica para excluir la responsabilidad civil, dejando constancia de haber informado a la persona paciente de riesgos, ventajas de un tratamiento y sus alternativas, mejor que un formulario preimpreso que el paciente tiene que firmar al ingresar al establecimiento.

A todas luces, se desprende que la exigencia del consentimiento informado constituye la justificación misma de la legitimidad hacia el acto médico, conforme al derecho de la persona paciente a los principios de autonomía y autodeterminación.

Ahora bien, esta información recibida por el o la paciente se trata de un proceso gradual, por cuanto se extiende a lo largo de todo el proceso asistencial realizado dentro de esa relación médico-persona enferma donde esta última toma decisiones en cuanto al diagnóstico y tratamiento que se va a aplicar en concordancia a la enfermedad.

Este consentimiento informado por regla general puede ser oral, verbal, pero se deberá instrumentalizar por escrito, tratándose de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes notorios y previsibles en forma negativa sobre la salud de la persona persona paciente.

2.1 Relación médico-paciente

Precisamente en la actividad médica, encontramos la conexión de relación entre el médico o la médica y la persona paciente, la cual se unifica por la existencia de actos médicos. Y, si partimos de que el acto médico es esa actuación de la persona profesional en medicina que, ante el pedido o necesidad de la persona paciente, sea por medicina curativa o bien medicina voluntaria satisfactoria, llevan a cabo un conjunto de actuaciones para mejorar o colaborar en el estado de salud del paciente. Es ahí donde a todas luces podemos señalar que el instituto del consentimiento informado forma parte de esta actividad médica.

Al respecto, al hacer referencia al acto médico, el autor Chepe (2010) señala que este:

> *Está conformado por todas las conductas desplegadas por un médico dentro del marco del desarrollo del ejercicio de su profesión, lo cual incluye toda la relación médico–paciente desde las etapas preliminares de conocimiento y análisis, hasta las etapas*

Volver al índice

posteriores al tratamiento como la evolución y rehabilitación del paciente.

Dicho acto médico solo puede ser ejercido por la persona que es titulada como médica y que es una profesional de gran importancia en el sistema de salud, la cual no puede actuar en una forma arbitraria, ni tener la libertad absoluta para tomar decisiones, sino que, por el contrario, en el acto médico, toda actuación que realice debe ir en dirección del objetivo de lograr curar a la persona paciente enferma, o bien, de buscar la satisfacción en la medicina voluntaria. En caso contrario, se analiza la responsabilidad civil, ya que no podemos dejar de lado que la medicina va de la mano con el derecho, al protegerse y tutelarse derechos fundamentales.

2.1.1. Principios y características del acto médico

El abordaje de esta relación médico-paciente comprende una serie de principios, de los cuales consideramos como relevantes los siguientes:

a. **La beneficiencia:** corresponde a la obligación de obrar en beneficio de las demás personas.

b. **La no maleficencia:** entendida como el hecho de evitar actos que intencionalmente la persona médica vaya a causar daño o perjudicar a otras personas.

c. **La especificidad:** hace referencia al compromiso del médico de estar al servicio de la persona paciente, no causándole daño.

d. **La justicia:** conforme con la Carta Magna, es tratar a todos y todas por igual, no causando diferencias en razón de sexo, raza, ideologías, religión u otros.

e. Principio de autonomía*: se refiere al respeto debido de los derechos fundamentales del ser humano, incluido el de autodeterminación, el respeto por las decisiones de la persona paciente competente, bajo la excepción de que existan situaciones en que las personas puedan no ser autónomas o tengan una autonomía disminuida (personas en estado vegetativo o con daño cerebral u otras razones). Al respecto, el autor Chepe señala (2010):*

Que el consentimiento informado es la máxima expresión de este principio de autonomía, constituyendo un derecho del paciente y un deber del médico, pues las preferencias y los valores del enfermo son primordiales desde el punto de vista ético y suponen que el objetivo del médico es respetar esta autonomía porque se trata de la salud del paciente.

f. **La idoneidad**: hace referencia a la aptitud o capacidad para desempeñar una función o actuación de quien cumple el rol de médico o médica tratante, y debe ser competente para realizar las actuaciones médicas.

Estos principios sientan las bases éticas que dan forma al acto médico. Sin embargo, cada actuación médica es diferente, al tratarse de personas y hechos distintos.

Asimismo, tal y como hace referencia el autor Chepe (2010), es menester señalar que, en el acto médico, se distinguen cuatro características que son esenciales en relación con la misma responsabilidad civil, como lo son, en primer lugar, la profesionalidad, en cuanto a que el profesional de la medicina puede efectuar el acto médico; en segundo lugar, la ejecución típica debe estar conforme con la *lex artis*, la cual se define como el acto que se ajusta a la excelencia del momento;

Volver al índice

en tercer lugar, el objetivo fundamental es tener la prioridad sobre la curación o rehabilitación del paciente y, por último, es referido a la licitud, es decir, se deben hacer las acciones que se ejecutan en concordancia con las normas legales.

Podemos resumir que esta relación de binomio médico-paciente es fundamental en el acto médico; pero se trata de una categoría compleja en la que también intervienen otros actores, tales como personal no médico y familiares de los y las pacientes. Esta relación debe ser respetuosa, prudente, cercana al sufrimiento de la persona paciente enferma, la cual debe ser la más respetada en la relación, debiéndose actuar siempre en su beneficio. Esto surge cada vez que una o un profesional a quien la estructura social y jurídica de un país ha catalogado como idóneo para ejercer la medicina, acepta la petición de una persona paciente que acude en búsqueda de su opinión, consejo y posible tratamiento.

3. Tipos de consentimiento informado

En la doctrina, se puede observar un abanico de variedades en cuanto a los tipos de consentimiento informado. Sin embargo, estos hacen referencia a ese consentimiento en forma verbal o escrito, el cual es emitido por la persona paciente.

Al respecto, entre los más relevantes, podemos señalar los siguientes en consideración con el enfoque de esta investigación:

a. Consentimiento informado implícito

Este consiste en aquel consentimiento que no se obtiene de forma escrita ni oral, sino que este se da cuando, en el consentimiento para un determinado procedimiento, la autorización para otra va incluida. Al respecto el autor Chepe (2010) señala que este consentimiento es cuando un paciente se ofrece para un procedimiento simple, no invasivo.

b. Consentimiento informado expreso

En este caso, el o la paciente sí otorga su consentimiento de forma oral o escrita, pero de cualquiera de las dos maneras, la persona profesional en medicina debe haber sido clara al momento de brindar la información, para la realización del tratamiento o la intervención.

c. Consentimiento informado tácito

Este consentimiento tiene relación con el de forma implícita que se adquiere como consecuencia de una autorización para otra actuación. No obstante, cuando se dice que es obtenido de forma tácita, se refiere a cuando el consentimiento se da por omisión, en consecuencia, el o la paciente no presenta objeción a la actuación sanitaria.

d. Consentimiento informado presunto

En este caso, se trata del consentimiento informado que no es brindado de forma oral ni escrita, sino que se efectúa conforme a suposiciones por parte de quien realiza la práctica médica. En aquellas situaciones especiales, el o la profesional en medicina conoce bien a la persona paciente, quien presupone su autorización para llevar a cabo ese acto médico.

e. Consentimiento directo

Para el autor Chepe (2010), esta clasificación corresponde dependiendo de a quién se debería informar; por ello, es directo o diferido. Este consentimiento se obtiene exclusivamente de la persona paciente, la cual tiene su autonomía consciente y debe gozar de plena capacidad, lo cual no le permite que delegue esta tarea a ninguna otra persona.

f. Consentimiento diferido

Este hace referencia a las excepciones del consentimiento informado, tales como las personas

Volver al índice

menores de edad, persona adulta carente de plenitud de sus facultades mentales y aquel o aquella paciente que, a pesar de haber gozado de sus facultades mentales, se encuentra en estado de inconsciencia.
Para estas situaciones especiales, señala el autor Chepe (2010) que los derechos al desarrollo de personalidad, libertad y conciencia quedan en un segundo plano, frente a ese derecho de vida que debe primar, cuando estas personas están impedidas por esas circunstancias para emitir el consentimiento, frente al acto médico.

4. Capacidad y legitimación de la persona paciente

Es menester hacer referencia a la capacidad de la persona paciente, por cuanto es uno de los elementos esenciales del consentimiento informado, es la capacidad de actuar que, a su vez, es posibilidad que tiene la persona paciente de comprender la información proporcionada por la persona profesional en medicina, para poder tomar la decisión que más le beneficie, para emitir el consentimiento a un acto médico.

Tratándose de pacientes menores de edad (valorando su edad y grado de madurez), incapaces mentalmente o en razón de emergencia de la situación, y si no hay familiares para obtener ese consentimiento, en estas situaciones, el artículo 54 del Código de Ética señala que el médico debe prestar los cuidados que le indique su conciencia profesional.

No obstante, ante la presencia de una persona paciente con capacidad de actuar en estado de conciencia para tomar decisiones sobre la aceptación o el rechazo total o parcialmente de una prueba diagnóstica o de un tratamiento, deberá ser siempre respetada, aun en casos de urgencia.

Al respecto, los artículos 55 y 56 del mismo Código señalan diversas regulaciones, tales como:

- El profesional médico debe informar ante la negativa de la persona paciente de las consecuencias que se puedan derivar.
- No debe abandonar a la persona enferma, procurando que se le presten los cuidados generales necesarios.
- Si considera bajo un criterio razonable salvaguardar la salud y la vida de un menor o incapaz, resulta necesaria la intervención médica. Debe actuar aun contra el criterio de los representantes, lo cual quedará registrado en el expediente clínico.
- Cuando no exista certeza del rechazo al tratamiento médico, en caso de urgencia médica, tratándose de un menor o incapaz, el médico actuará con conciencia, protegiendo el derecho a la vida del paciente.

V. CONCLUSIONES

De la investigación realizada sobre la responsabilidad médica, en primer lugar, debemos considerar que el instituto del consentimiento informado ha evolucionado con el tiempo, a una mayor autonomía de la voluntad de la persona paciente, como consecuencia y expresión de su dignidad y su libertad, y, como parte de los derechos fundamentales y humanos, ha permitido el desarrollo del concepto del consentimiento informado, constituyéndose en una pieza clave de la relación entre el médico y la persona paciente. También debe ser respetado tanto en el tratamiento como la intervención quirúrgica para la medicina curativa, salvo los casos de emergencia para proteger y salvar la vida humana, así como para la medicina voluntaria, estética, lo cual es una exigencia ética y legal.

Ahora bien, cuando nos referimos a la obligación legal de la persona profesional en medicina de suministrar información necesaria, veraz y suficiente a la persona paciente, respecto a los procedimientos que conforme a la ciencia deban

Volver al índice

aplicarse sobre el tratamiento en razón de la medicina curativa o voluntaria, incluyendo los riesgos reales y potenciales, efectos colaterales y efectos adversos, así como los beneficios, debe ser registrado y firmado en un documento, por el paciente o su representante legal y el profesional responsable; siendo que el documento por excelencia para instrumentar el consentimiento informado es la historia clínica o la ficha médica del paciente. Esto es un deber autónomo y previo al consentimiento, ya que el incumplimiento de la obligación se produce antes de la emisión del consentimiento: "Para consentir, primero hay que conocer". Por ende, es relevante destacar que en el acto médico, a diferencia de lo que sucede dentro de otras relaciones de índole contractual, el deber de información por parte del galeno se extiende más allá del momento de la perfección del negocio jurídico, proyectándose aún en la ejecución del mismo y en los momentos posteriores, puesto que es la prueba de mayor validez del hecho, a efecto de excluir responsabilidad civil por el incumplimiento o lesión de este instituto.

En segundo lugar, podemos señalar que se puede generarse responsabilidad civil por parte del médico que actúa de manera negligente, imprudente o con impericia; pues incurre en responsabilidad subjetiva por mal praxis; al no aplicar correctamente la lex artis médica, ya sea en el ámbito de la medicina curativa o facultativa (estética).

Así mismo, el facultativo incurriría en responsabilidad, aún y actuara diligentemente (aún y no existiera mal praxis) si nos decantamos por las nuevas ideas de la jurisprudencia y doctrina española donde se ha interpretado que en el servicio de salud estético (no producto de una patología) lo que realmente existe es una obligación de resultados. Situación que como bien se aborda durante la investigación no es un tema pacífico existiendo posiciones a favor y en contra. En todo caso también logramos encontrar novedosos criterios como el sostener que los médico estéticos son una obligación de medios "reforzada" donde lo que se pretende es dotarle de mayor grado de reproche o control que la obligación de medios en general (que ostentan todos las personas médicas), debiendo ser más acuciosos en los elementos de información, consentimiento informado y la relación entre médico y persona paciente.

Sin embargo, el asunto no queda en la responsabilidad del galeno, la responsabilidad en este tipo de asuntos va más allá, trasciende del médico, cirujano o personero de salud que interviene. Por ello, el daño en la salud de la persona paciente o, inclusive, su muerte puede darse por una acción u omisión en cualquier de las áreas que componen el servicio que brinda un centro hospitalario, cobrando relevancia la "responsabilidad civil hospitalaria" donde entraría en juego el tema la responsabilidad objetiva, ya sea por tratarse de un centro hospitalario público (responsabilidad objetiva por la vía del numeral 190 de la Ley General de la Administración Pública) o por un centro hospitalario privado (por aplicación del artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en relación con el artículo 1048 del Código Civil).

En ambos supuestos, bastaría acreditar el daño y el nexo de causalidad existente entre el hecho generador y el daño, quedando la posibilidad de los centros hospitalarios de demostrar que han sido ajenos al daño; en otras palabras, que no hayan mediado eximentes de responsabilidad como lo serían la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de una persona tercera.

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 espacio, por lo que perfectamente pueden variar dependiendo de la situación fáctica

Volver al índice

a la cual nos enfrentemos, claro está, siempre dentro los parámetros de la legalidad.

El haber expuesto la posición dada por nuestros tribunales en alguna de las sentencias no significa que vayan a ser criterios estáticos, pues, como bien se ha abordado, principalmente en la doctrina y la jurisprudencia de países como España y Argentina, se han cuestionado si toda acción médica (sanitaria) es una obligación de medios o de resultado, sobre el papel que juega el consentimiento informado en uno y otro sentido y si realmente el criterio de imputación es eminentemente subjetivo o se ha tendido a objetivar, así como las particularidades que pueden llegar a existir en caso de que estemos ante medicina asistencial o satisfactoria.

Esperamos haber abarcado *grosso modo* todos estos temas a lo largo de la presente investigación, quedando satisfechos si algún grado de curiosidad y crítica se ha generado en las personas lectoras de las diferentes áreas profesionales cuando aborden el tema.

Estimamos que la discusión y análisis de la responsabilidad médica permitirán que, en alguna medida, se desarrollen nuevas ideas de cómo debe darse esta reinterpretación a la concepción de la culpa y la responsabilidad en caso de que existan daños y perjuicios producto de acciones u omisiones por los y las profesionales de salud, el mismo personal auxiliar y los centros de salud pública o privada, máxime que, en la materia de ciencias sociales, en especial 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, la del caso concreto referido al abordaje e interpretación de la responsabilidad médica civil.

VI. FUENTES CONSULTADAS

NORMATIVA

- Código Civil Costarricense.
- Ley N.° 7472 de 1994. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.
- Código de Ética Médica. Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica. Decreto N.° 39609-S, publicado en *La Gaceta* n.° 82, 2016.
- Decreto 35332-S. Código de Moral Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos. Decreto Ejecutivo. http://www.cendeisss.sa.cr/etica/cod-moral-etica.pdf
- Ley N.º 8239. Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados
- Ley General de Salud N.° 5395, Costa Rica, 1973.
- Reglamento N.º 32612 de la Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados.

DOCTRINA

- Bustamante A., J. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Abeledo.
- Chepe Ramos, Édgar. (2010). *Acto médico y consentimiento informado.* Edición Digital. Perú. Reproducido por: https://guzlop-editoras.com/web_des/med01/deontomedegal

Volver al índice

- García Garnica, M. D. C. (2010). *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica.* Navarra:Thomson Reuters Aranzadi.
- Gómez Pavón, P. (2013). *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. 3era edición.
- Montoya P., María del Carmen. (s. f.*). Responsabilidad civil médica*. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/13.pdf
- Torrealba Navas, F. (2011). *Responsabilidad civil.*
- Urrutia, A. (2010). *Responsabilidad civil por mala praxis quirúrgica*. Buenos Aires: Hammurabi.

REVISTAS

- Otero, A., M. de Luis. (2017). Iatrogenia, un lastre en el gasto hospitalario en España. *Periodistas en Español*. Recuperado de http://periodistas-es.com/iatrogenia-lastre-gasto-hospitalario-espana-91114

JURISPRUDENCIA

- Voto n.º 023-1993 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto n.º 00875 del 2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia n.º 00266-2009 del Tribunal Segundo Civil. Sección I.
- Sentencia n.º 00016 -2012 del Tribunal Contencioso Administrativo. Sección II.
- Voto n.º 18-2009 del Tribunal Contencioso Administrativo.
- Sentencia n.º 33-2010 del Tribunal Contencioso Administrativo.
- Sentencia n.º 97-2016 del Tribunal Contencioso Administrativo.
- Sentencia n.º 00266 -2009 del Tribunal Segundo Civil Sección 1.
- Sentencia n.º 56 -2016 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección.
- Voto n.º 149-2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

TESIS

- Calderón Barrantes, Sofía. (2013). *El acto médico estético como una obligación de medios reforzada: el caso de la cirugía plástica*. Tesis para optar por el grado académico de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- Barrantes Ramírez, Erika. (2016). *El consentimiento informado en la contratación de actividades médicas en la relación médico/médica-persona paciente.* Tesis para optar por el grado académico de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 133, págs 195 - 204 ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

SISTEMA JUDICIAL Y OPINIÓN PÚBLICA

Lic. José Mario Achoy Sánchez*

RESUMEN

La justicia como parte de la estructura denominada sistema político juega un rol fundamental en la estabilización o en el desencadenamiento de las tensiones que ocurren dentro de ese entramado social. Ante ello, las percepciones y las actitudes de la comunidad política respecto de sus sistemas judiciales han demostrado que tienen una correlación directa a partir del desempeño que esa institucionalidad desarrolle desde la concepción colectiva del valor justicia. El artículo trae a colación algunas aproximaciones teóricas sobre la dicotomía justicia-sociedad y su relación con el desempeño contemporáneo del sistema judicial en Costa Rica y en la región.

Palabras clave: sistemas judiciales, opinión pública, comunidad política, justicia, medios de comunicación.

ABSTRACT

As part of political systems, justice plays a fundamental role in stabilizing or shocking all the processes occurring inside the social framework. The political community´s perceptions and attitudes towards judicial systems, have demonstrated a direct correlation based on these institutions performance from their development regarding the fundamental value of justice or law. This article brings up some theoretical approaches about the justice-society dichotomy and its relation on the development of contemporary judicial system in Costa Rica and the region.

Keywords: judicial systems, public opinion, political community, justice, media.

Recibido: 6 de Agosto de 2021 Aprobado: 17 de agosto de 2022

* Abogado por la Universidad de Costa Rica y con formación en ciencias políticas por la misma casa de estudios. Cuenta con especializaciones en derecho, política y sociedad por la Universidad de Berlín y la Universidad Johann-Wolfgang Goethe de Frankfurt. Actualmente, se desempeña como consultor para el Programa Estado de la Nación y es docente e investigador de la Universidad de Costa Rica.
Se agradecen la revisión y el acompañamiento académico brindado en la elaboración de este artículo por parte del Prof. Dr. Adrián Pignataro López.

Volver al índice

Los desafíos de las sociedades contemporáneas, sea cual sea el ámbito (económico, político, social, ambiental, etc.), requieren con mayor frecuencia la resolución de disputas colectivas que son canalizadas a través de los sistemas judiciales de cada país.

En ese sentido, el Poder Judicial (cuando se habla de Estados democráticos que se han configurado bajo la óptica de la división de poderes) es la caja de resonancia donde se ingresan las demandas de la colectividad para someter ante una instancia de justicia aquellos asuntos donde se ha estimado que sus derechos están lesionados o cuando se pretende reclamar la reparación respecto de actitudes y conductas ocasionadas por otros individuos.

En síntesis, más allá de sus funciones estrictamente jurisdiccionales, la figura política del Poder Judicial se presenta ante la ciudadanía como un actor fundamental para mantener el orden social y permitir el pleno desarrollo de los individuos. Asimismo, sin diferencia del proceso judicial que se interponga, lo cierto es que la Administración de la Justicia funge un rol dentro del sistema político, en el que absorben los requerimientos de las personas que acuden a su intervención, para digerirlos en soluciones o productos derivados de la concepción de justicia que predomina en cada entramado social.

Bajo situaciones coyunturales, con más frecuencia los tribunales de justicia han trascendido los estrados para exponerse ante la opinión pública como parte de este sistema de actores. Un ejemplo de ello fue el caso de la conferencia de prensa efectuada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, cuando en el mes de agosto de 2018, brindó -a través de su magistrado presidente- declaraciones específicas en relación con la sentencia que dictó ese mismo día sobre el matrimonio igualitario en el país.

El ejercicio de la persona juzgadora no se limitó a resolver un caso judicial: dada la trascendencia que revestía el fallo para la sociedad civil, el órgano judicial también realizó una práctica de impacto mediático como lo es la conferencia de prensa, para llevar ante la opinión pública los detalles jurídicos y políticos de esa decisión.

En el campo del derecho, se estudian con gran profundidad el dilema ético sobre la exposición mediática de la persona juzgadora y las implicaciones que ello podría tener en la manera bajo la cual se resuelve un caso concreto. Es decir, una persona juzgadora imparcial e independiente es aquella que se encuentra inmersa en una realidad social compuesta por los efectos de la opinión pública; pero es consciente de que las olas de la opinión no pueden ser un factor decisivo en su sentencia.

Ahora bien, en el campo de la ciencia política, lo que se ha estudiado es la percepción de la opinión pública respecto de las instituciones que administran justicia a la comunidad social. ¿Qué piensa la gente del Poder Judicial? ¿Es justo el sistema judicial de un país? ¿Son imparciales las juezas y los jueces? ¿Funciona efectivamente la Administración de la Justicia en el sistema política? Para *el Informe estado de la Justicia* del año 2017:

> *La literatura que analiza la toma de decisiones judiciales incluye a la opinión pública como una variable que, por un lado, afecta la recopilación de pruebas –pues en muchos casos estas son obtenidas por medio de la investigación periodísica– y por otro lado influencia la posición de las y los jueces, que no están exentos de la presión mediática y pueden sentirse empoderados o amedrentados para tomar ciertas decisiones como resultado de ella (Kapiszewski, 2009; Brenes, 2010, citados en IEJ, 2017).*

La opinión pública y la Justicia son ambos elementos de la cultura legal y la cultura política

Volver al índice

que mantienen un interaccionismo relevante, no solo para la coexistencia y cohesión social de cada colectividad, sino también para el análisis de la toma de decisiones judiciales y la estructura mediática de juicios de valor y percepciones que se construyen a partir de ahí.

En la literatura internacional especializada, se han generado estudios que, predominantemente, buscan la explicación desde la opinión pública de los institutos e instituciones de represión y sanción social.

La corriente norteamericana ha estudiado con mucho detalle el efecto de la opinión pública sobre la regulación y la ejecución de las penas de muerte a lo largo de los sistemas judiciales de Estados Unidos (aquí se deberían agregar referencias). Concretamente, esta literatura se ha enfocado en los efectos de la opinión pública sobre institutos penales y la manera en la que institucionalmente se sancionan determinadas conductas sociales. Así, por ejemplo:

> *En particular, la ciudadanía quiere "políticas que no devuelvan a las calles a las personas que son detenidas por asaltos, violaciones, robos, tráficos de drogas o asesinatos, en razón de la seguridad común. Se resalta que el marco sobre el punitivismo en las sentencias y las políticas correcionistas estrictas acerca como reflejo de lo que "la gente quiere", no son exclusivas a los Estados Unidos, sino que también son encontradas en Gran Bretaña y Canada*[1]*. (Cullen, 2000).*

A pesar de que puedan existir motivos para que las instituciones judiciales impartan una política criminal progresiva y proteccionista, lo cierto es que la inclinación hacia el llamado populismo punitivo sucede con frecuencia debido al "milagro de la agregación": a pesar de que individualmente los ciudadanos carecen de conocimiento, cuando son agregados o tomados en su conjunto como uno solo, la opinión pública parece "poner las cosas en orden"[2]. (Cullen, 2000, p. 5).

En otro orden de ideas, pero bajo una línea argumentativa similar sobre la literatura norteamericana, Gibson y Nelson (2014) escribieron sobre el proceso de legitimidad que le otorga la opinión pública a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Estos autores realizaron un estudio empírico sobre la legitimidad de la Corte con base en datos de opinión pública, partiendo de dos enfoques primordiales: **a)** el apoyo difuso basado en Easton (1965), "*que supone la reserva de actitudes favorables o buenas voluntades y que le ayudan a los miembros a tolerar outputs respecto de los cuales tienen alguna oposición o cuyos efectos lesionan sus deseos e intereses*"; y, **b)** el apoyo específico basado en Gibson y Caldeira (1992), al que refieren como la "*satisfacción respecto de una institución política"*.

A partir de lo anterior, refieren cuatro "controversias" para estudiar la legitimidad de la Corte y sus relaciones interaccionales con la opinión pública, las cuales consisten en el análisis de variables y datos obtenidos a partir de un estudio empírico. La primera de ellas consistió en el cuestionamiento: ¿La legitimidad de la Corte descansa en la satisfacción popular por su

1 Traducción propia a partir del texto original: *In particular, citizens want "policies that do not return per- sons who assault, rape, rob, burglarize, deal drugs, and murder to the streets without regard to public safety" (p. 2). It is noteworthy that the portrayal of harsh sentencing and correctional policies as the mere reflection of "what the public wants" is not unique to the United States but also is found, for example, in Great Britain and Canada.* Con indicar traducción propia, está bien, no hace falta el texto en el idioma original.

2 Traducción propia a partir del texto original: *The solution is the "miracle of aggregation." Although individual citizens lack knowledge, when aggregated or taken as a whole, public opinion appears to "get things right".*

Volver al índice

desempeño? La segunda "controversia consistió en analizar si el apoyo a la Corte Suprema reflejó la polarización de la política contemporánea en los Estados Unidos". La tercera dimensión de análisis cuestionó si la legitimidad popular de la Corte Suprema descansó en el mito de la legalidad. Por último, los autores señalan como cuarta controversia la interrogante sobre la posibilidad de que las decisiones judiciales cambian a la opinión pública.

Unah *et al.* (2015) también estudiaron las correlaciones entre percepción de la opinión pública y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En esta investigación, se utilizaron todas las resoluciones de la Corte durante el periodo comprendido entre 1946 y 2011, ejecutando una regresión logística con las siguientes variables según la composición de la Corte: **a)** dirección del voto o resolución; **b)** ideología del juez; y, entre otras, c) la actitud y percepción ciudadana respecto de tales resoluciones. También se analizó si el accionante, por ejemplo, pertenecía a una corriente partidista conservadora o liberal en el contexto del sistema político estadounidense.

Los principales hallazgos de esta investigación muestran la correlación existente entre las actitudes y percepciones ciudadanas, con la manera en la que cada juez de la Corte votó según fuera la resolución judicial (p.138). Concretamente, se identificó que 17 de los 33 juzgadores que históricamente ha tenido este órgano jurisdiccional demostraron un resultado cuantitativamente significativo entre los fenómenos coyunturales de la opinión pública y la manera en la que concluyó su voto en la decisión judicial. Ello quiere decir que la opinión pública formó parte integral de los razonamientos judiciales que esos 17 juzgadores emitieron. El estudio indicó que no existió una correlación significativa para el resto de los 16 jueces bajo estudio.

Otro fenómeno interesante en este estudio es el tema de la polarización mediática en la opinión pública y sus reflejos en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia. Los autores aplicaron un modelo de regresión a partir del cual se logró demostrar que "*los jueces responden a la opinión pública, tanto en escenarios de baja polarización social como en escenarios de alta polarización; no obstante, el modelo reveló que el aumento de la polarización social se refleja con mayor intensidad en un aumento de la polarización judicial de la Corte*[3]*"*. (Unah *et al*., 2015).

Por último, según Bartels y Johnston (2012), se resume en un estudio que analiza cómo las preferencias de la sociedad norteamericana en torno al desempeño de la Corte Suprema son influenciadas por sus percepciones sobre el órgano judicial tal como se politizan en la forma en que realiza su trabajo[4] (2012). En otras palabras, efectúan un ejercicio cuantitativo para medir los efectos que generan sobre la opinión pública los desempeños judiciales basados en afinidades políticas e ideológicas en contraposición a decisiones judiciales apolíticas u "objetivas".

Estos autores plantean la disyuntiva históricamente discutida en el derecho sobre la imparcialidad del juez y las influencias por su participación en un entorno sociopolítico, lo anterior con base en estudios empíricos previamente establecidos[5] y enfocados prioritariamente sobre el proceso de selección de las personas juzgadoras.

3 Traducción propia a partir del texto original: *The Justices respond to public opinion both when the Court is strongly polarized and when it is not, but the more complex analysis in Model 3 reveals that the effect of public mood is stronger when the Court is polarized.*

4 Traducción propia a partir del texto original: *We examine how Americans preferences regarding this question are influenced by their perceptions of the Court as politicized in how it goes about its work.*

5 Entre otros, los autores mencionan los estudios de: *Epstein-Knight 1998; Maltzman, Spriggs, Wahlbeck 2000; Segal, Spaeth 2002; Maltese 1995; Epstein and Segal 2005; Epstein et al. 2006.*

Volver al índice

Un estudio fue aplicado en la población estadounidense con una muestra de 1504 adultos entre marzo y abril de 2005[6]. Entre los principales hallazgos, se encontró que una buena parte de la población estadounidense percibía que el máximo órgano judicial de ese país estaba politizado y prefería que los jueces que lo integraban pasaran un proceso de selección con variables políticas.

Los otros hallazgos importantes son los siguientes: a) una gran mayoría de las personas ve a la Corte bajo una idea política; b) bastantes personas no la asocian con imparcialidad y objetividad pura, pero la perciben como una institución política; y c) otra importante parte de la muestra prefiere que los juzgadores sean elegidos bajo criterios que involucren factores políticos. (Unah, 2015).

En el caso de Costa Rica, el Programa Estado de la Nación publicó en el *Informe estado de la Justicia* para el 2017 un análisis de la teoría del balance táctico[7] aplicado al caso costarricense mediante una correlación entre fenómenos coyunturales con olas sobre la opinión pública y la reacción judicial materializada por medio de las sentencias de diversos órganos:

> *Un estudio exploratorio realizado para este Informe aportó algunas observaciones sobre el papel de la opinión pública en procesos controversiales. Se seleccionaron dos casos relacionados con políticas públicas prioritarias para los dos últimos gobiernos, que fueron sometidos a consulta en la Sala Constitucional. El primero fue el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (administración Arias Sánchez), cuyo análisis se dio en el contexto de una opinión pública polarizada. El resultado fue un dictamen aprobado por mayoría de cuatro magistrados contra tres. Los argumentos esgrimidos en los votos salvados de la resolución dan cuenta de tensiones ideológicas a lo interno de la Sala, que trascienden la interpretación literal de la norma constitucional (Murillo, 2014, citado en PEN, 2017).*

De hecho, tal y como lo expuso el IEJ para el año 2017, existe una importante dinámica entre lo que acontece bajo la sombrilla de la opinión pública y la manera en la que es digerido por las autoridades judiciales. Para analizar algunas aristas de esta situación, esa dinámica está compuesta por las relaciones interaccionales entre las demandas políticas y jurídicas (procesos judiciales) que son sometidas ante el Poder Judicial y los productos que se obtienen bajo la forma de *outputs* desde ese actor institucional.

En el Proyecto de Opinión Pública de Latinoamérica, existen variables de análisis que han estudiado y evaluado la calidad de esos productos y la satisfacción ciudadana respecto de ellos.

Concretamente, para el caso de Costa Rica, es posible analizar tres aristas importantes en el campo de la opinión pública respecto del sistema judicial: a) la percepción de la gente sobre si las decisiones judiciales son verdaderamente "justas"; b) la satisfacción de las personas de percibir sus derechos efectivamente protegidos por la justicia; y c) la confianza de la sociedad costarricense en el sistema de Administración de Justicia.

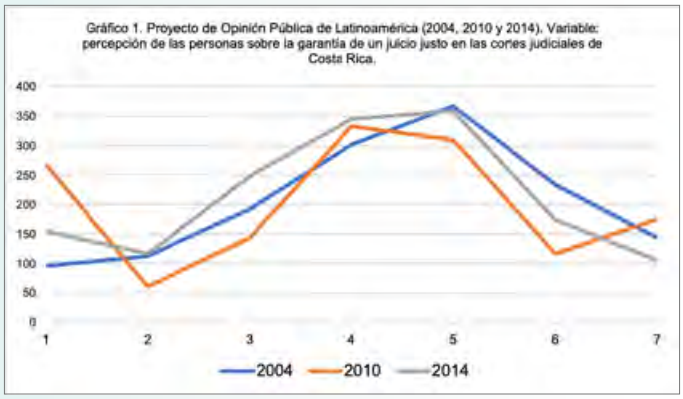
A continuación, se muestra el análisis comparativo sobre los datos de opinión pública para analizar el

6 Un aspecto relevante de este estudio y que se omite en los otros analizados es el hecho de que menciona el porcentaje de la tasa de respuesta: determinada por la tasa de contactos efectivos a la muestra, la tasa de cooperación de los entrevistados y el porcentaje de cuestionarios efectivamente completados (Bartels, 2012).

7 La teoría del balance táctico desarrolla que, en casos políticamente controversiales, no hay un único elemento que explique las decisiones emanadas desde los estrados judiciales, "*sino que estas se derivan de comportamientos motivados por diversos factores y valores que son balanceados por los jueces de maneras distintas dependiendo de los casos, contextos y tiempos en que se enmarcan sus decisiones".* (PEN, 2017 con base en Kapiszewski, 2009; Brenes, 2010).

Volver al índice

primer aspecto relacionado con la percepción de las personas sobre el carácter y de "justicia" que, según las personas encuestadas, se vislumbra en las decisiones judiciales.



i Elaboración propia a partir de los datos del Proyecto de Opinión Pública de Latinoamérica para los años 2004, 2010 y 2014, con base en la variable *B1_esp por cortes garantizan un juicio justo.*

ii n/ para el año 2004= 1447; n/ para el año 2010: 1407; n/ para el año 2014: 1501

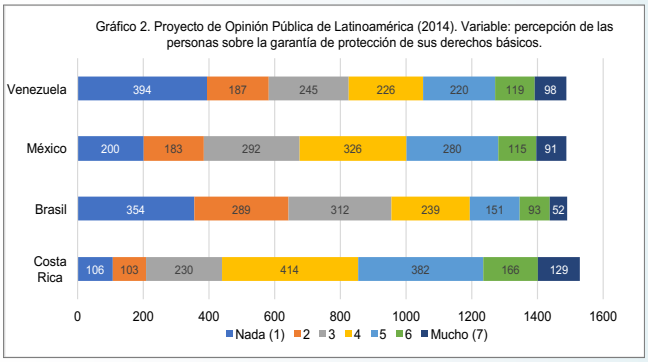
iii Valores presentados en nominación absoluta.

A partir de los datos expuestos, siendo 1 el valor menor y 7 el mayor (eje x), se presenta una frecuencia acumulada entre las aproximaciones de los valores de 3,5 y 5.

Considerando este escenario, es posible concluir que la tendencia entre los diez años de análisis (2004, 2010, 2014) ha mantenido una percepción sostenidamente favorable o, al menos, por encima del valor promedio, en relación con la manera en la que la opinión pública manifiesta la garantía de un juicio justo en los tribunales de justicia.

Lo que corresponde aclarar son dos aspectos: a) por un lado, esta afirmación no implica que la gente percibe de manera absolutamente positiva la garantía de un juicio justo por parte de los jueces, ya que existe un importante decrecimiento de frecuencia en los valores más altos de la variable; b) en segundo lugar, llama la atención que, para el año 2010, se presenta un incremento significativo en el valor 1, lo cual representa que, para ese año, una buena parte de la gente percibió que, en ningún grado, el sistema judicial garantiza un juicio justo.

Con el fin de estudiar si las personas perciben que sus derechos se encuentran efectivamente protegidos, en esta ocasión, se aplicó un análisis comparado de datos entre países de la región.



i Elaboración propia a partir de los datos del Proyecto de Opinión Pública de Latinoamérica para el año 2014, con base en la variable *B3_esp por los derechos básicos están protegidos.*

ii n/Costa Rica: 1530; n/México: 1487; n/Brasil: 1490; n/Venezuela: 1409.

iii Valores presentados en nominación absoluta.

Cuando se les pregunta a las personas si perciben que sus derechos básicos están protegidos, la realidad es contrastante según el país de América Latina en el que se encuentren. Por ejemplo, una buena parte de la población encuestada en Costa Rica manifestó una inclinación hacia los valores más altos (del 4 al 7) por encima del promedio. No obstante, en el caso de Venezuela y Brasil, la frecuencia es más significativa para el valor 1, lo que quiere decir que una mayoría de la gente

Volver al índice

en esos países percibe que, en ningún grado, sus derechos básicos están protegidos.

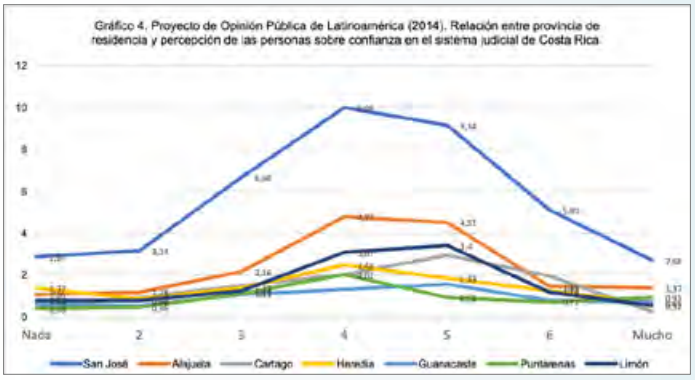
De hecho, bajo una aproximación comparativa, por cada persona que, en Costa Rica, percibe una insatisfacción absoluta respecto de la protección de sus derechos, existen casi cuatro personas que perciben lo mismo en Venezuela.

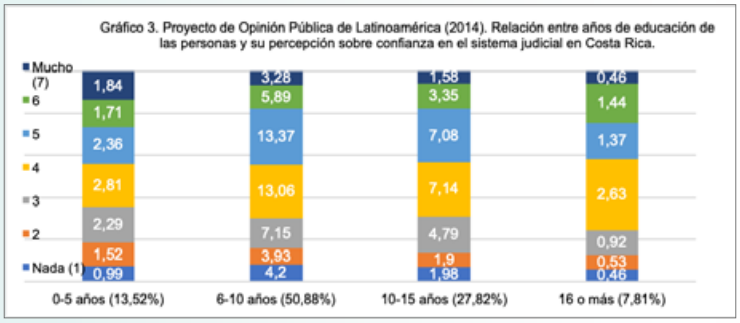
En contraposición, por cada brasileño que manifestó que sentía que sus derechos estaban muy protegidos (52 frecuencias), había 2,4 personas que indicaron lo mismo cuando se trató de población costarricense (129 frecuencias). El desempeño de esta variable puede estar influido por condiciones sociopolíticas como las posibilidades económicas de cada Estado para hacer efectiva la garantía de los derechos esenciales en cada caso. Sin embargo, lo cierto es que la opinión pública presenta importantes contrastes, según la cultura política y legal a la que pertenezcan.

Por último, con base en este mismo instrumento de estudio, se realizó un análisis comparado sobre percepciones de la opinión pública en cuanto a la confianza en las instituciones del sistema judicial.

Según se observa, a partir del sexto año de educación, las personas tienen una percepción que se traduce en forma decreciente sobre la confianza en el sistema judicial. Es decir, después de haber aprobado seis años educativos o más, se reduce la confianza de la población hacia el sistema judicial. El mayor conglomerado de las personas encuestadas (50,88%) se encuentra en el rango de 6 a 10 años de educación; pero se mantiene proporcionalmente hacia la preferencia del valor 4 en relación con la confianza que perciben del aparato judicial.

Cuando se segrega esta información según la provincia en la que residen las personas, el gráfico muestra el siguiente comportamiento:





i Elaboración propia a partir de los datos del Proyecto de Opinión Pública de Latinoamérica para el año 2014, con base en el cruce de variables *B10a_esp por confianza en el sistema judicial según prov_esp provincia.*

ii n/ = 1525 (100%).

iii Valores presentados en nominación porcentual.

i Elaboración propia a partir de los datos del Proyecto de Opinión Pública de Latinoamérica para el año 2014, con base en el cruce de variables *B10a_esp por confianza en el sistema judicial segn prov_esp provincia.*

ii n/ = 1525 (100%).

iii Valores presentados en nominación porcentual.

Los datos no muestran que haya diferencias significativas entre provincias, sino que la tendencia suele ser que, en las siete provincias, hay una inclinación importante hacia los valores de 4 a 5 en relación con la confianza que las personas perciben sobre el sistema judicial.

Volver al índice

Por su parte, sí se presenta una divergencia levemente significativa en el caso de Puntarenas, en donde la confianza es linealmente ascendente entre el valor 1 (nada) hacia el valor 4; pero abruptamente es decreciente desde ese valor en adelante.

En otro orden de ideas, la provincia que menos confianza tiene en la institución judicial es Guanacaste, y una hipótesis para responder a ese resultado podría ser la cobertura territorial de las oficinas judiciales en esa provincia o la confluencia de factores como dinámicas de litigiosidad diferentes a las del resto del país, así como una preparación asimétrica en el personal judicial.

La literatura internacional especializada, principalmente la estadounidense, ha enfocado sus esfuerzos de estudio en las dinámicas específicas entre opinión pública e injerencia política sobre lo judicial, así como en las repercusiones de la percepción pública sobre las decisiones judiciales.

En tal sentido, la primera conclusión crítica de índole metodológica es el hecho de que no es posible realizar comparaciones entre procesos de opinión pública de diferentes sistemas judiciales y en diferentes culturas políticas sobre *una* percepción de la justicia: cada uno de estos entramados se configura a partir de relaciones, actores, procesos y dinámicas que difieren de un país a otro.

Por ejemplo, cuando en el estudio del Proyecto de Opinión Pública de Latinoamérica, se presenta la variable sobre percepción ciudadana en cuanto a protección de derechos básicos, existe un vicio metodológico y sustantivo, ya que no solo puede presentarse el escenario de que un ordenamiento jurídico reconozca diferentes derechos como esenciales o básicos respecto de otros ordenamientos, sino además la ciudadanía puede tener una concepción divergente sobre cuáles son sus derechos básicos y cuál es el grado mínimo de protección.

Según la teoría analizada, en relación con los estudios del estado de la Justicia y los datos compilados a partir del Proyecto de Opinión Pública de Latinoamérica, es innegable que existen una relación y un vínculo entre las dinámicas de la opinión pública con el funcionamiento de los sistemas judiciales. Esto no solo es importante para comprender qué piensa la gente sobre la manera en la que se imparte justicia en su sociedad, sino también para indagar sobre las formas en las que la persona juzgadora puede ser influenciada por los fenómenos coyunturales y contextuales que acontecen en la esfera de la opinión pública.

Las características sociodemográficas de la población, como lo pueden ser la educación y el lugar de residencia, son variables que podrían incidir en la percepción que las personas tienen respecto de los sistemas judiciales como institución y respecto de la justicia como *output* materializado a través de sentencias judiciales.

De hecho, es muy posible que la justicia que sea percibida en una zona costera pueda estar concebida bajo parámetros de opinión significativamente distintos, ya que entran en juego factores, tales como el acceso, la celeridad y el tipo de procesos judiciales que se atienden en comparación con el desempeño de esos mismos factores a nivel central del área metropolitana.

Una última conclusión crítica es el hecho de que la justicia, al ser un valor de la estructura axiológica colectiva que se nutre de diferentes fuentes, podría no ser únicamente vinculada a la opinión pública respecto de sistemas judiciales; lo anterior, en razón de que podrían presentarse dinámicas en la cultura política y la cultura legal que permitan la canalización de demandas, el ejercicio y protección de derechos por otras vías distintas a las jurisdiccionales.

Volver al índice

A partir de las ideas expuestas, existen algunos puntos interesantes para programar a manera de agenda futura de investigación.

Primero, el *Informe estado de la Justicia* ha enfocado sus estudios en la sistematización de los datos que facilita la Dirección de Planificación del Poder Judicial. Sin embargo, se han omitido el análisis de campo sobre las percepciones de las personas en relación con ese poder de la república y la manera en la que la población concibe el valor de la Justicia en su entramado social. Para ello, sería interesante incluir estudios de opinión y sus resultados en el análisis del *estado de la Justicia* en nuestro país.

Por otra parte, sería conveniente investigar la manera en la que se construye, a partir de los procesos y dinámicas políticas de la opinión pública, la configuración de los derechos: ¿Qué es para una persona tener un derecho? ¿Cómo percibe que se lo lesionan o cómo percibe que está protegido?

La respuesta a estas interrogantes permitirá trascender desde las corrientes epistémicas del positivismo y formalismo, para dirigirse hacia una comprensión más realista y constructivista sobre las dinámicas en la cultura política.

Por último, sería conveniente analizar si los hallazgos que se generan a partir de los estudios de opinión, vinculados a nexos entre opinión pública y ejercicio judicial, son claves o herramientas para el análisis de los principios relacionados con la independencia de la persona juzgadora, su autonomía, imparcialidad y objetividad.

Bibliografía

Bartels, B. L. & Johnston, C. D. (2012). *Political justice? Public opinion quarterly.* 76(1), 105–116.

Cullen, F.; Fisher, B. & Applegate, B. (2000). *Public opinion about punishment and corrections. Crime and justice*. 27, 1-79.

Gilmer, B. & Comerford, C. (2019*). Promoting pirate prisons: exploring the intersections of narratives, media, and criminal justice reform in East Africa. Crime, law & social change.* 71(4), 403–421. Https://doi-org.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/10.1007/s10611-018-9796-5.

Gelb, K. (2009). *Myths and misconceptions: public opinion versus public judgment about sentencing. Federal sentencing reporter*. 21(4), 288-290. Doi:10.1525/fsr.2009.21.4.288.

Mondak, Jeffery J.; Hurwitz, Jon; Peffley, Mark; Testa, Paul. (2017). *American Journal of Political Science.* Vol. 61 Issue 4, p804-819. 16p. 4 DOI: 10.1111/ajps.12297.

Programa Estado de la Nación. (2017). *Primer informe estado de la Justicia*. Consejo Nacional de Rectores: San José, C. R. Recuperado de: https://estadonacion.or.cr/informes/.

Roberts, J. (1992). *Public opinion, crime, and criminal justice. Crime and justice*. 16, 99-180. Retrieved July 7, 2020 from www.jstor.org/stable/1147562.

Volver al índice

Salvatore, C.; Markowitz, M. & Kelly, C. E. (2013). *Assessing public confidence in the criminal justice system.* International Social Science Review. 88(1/2), 3–16.

Sarat, A.; Kermes, R.; Cambra, H.; Curran, A.; Kiley, M. & Pant, K. (2017). The rhetoric of abolition: continuity and change in the struggle against America's death penalty, 1900-2010. *Journal of Criminal Law & Criminology*. 107(4), 757–780.

Unah, I.; Rosano, K. & Milam, K. D. (2015). U. S. Supreme Court Justices and public mood. *Journal of Law & Politics*. 30(3), 293–340.

Base de datos consultada

B10a_esp por confianza en el sistema judicial según ed_esp por años de educación. Consulta el 6 de Julio de 2020 de la base de datos Costa Rica 2014 del Proyecto de Opinión Pública de América Latina: http://lapop.ccp.ucr.ac.cr.

B10a_esp por confianza en el sistema judicial según prov_esp provincia. Consulta el 6 de Julio de 2020 de la base de datos Costa Rica 2014 del Proyecto de Opinión Pública de América Latina: http://lapop.ccp.ucr.ac.cr.

B3_esp por los derechos básicos están protegidos. Consulta el 6 de Julio de 2020 de la base de datos Costa Rica 2014 del Proyecto de Opinión Pública de América Latina: http://lapop.ccp.ucr.ac.cr.

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 133, págs 205 - 234 ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

¿PUEDE ALGUIEN CAMBIAR SU NOMBRE? PROCESO NO CONTENCIOSO DE CAMBIO DE NOMBRE

Dra. Lizeth Álvarez Salas *

RESUMEN

Las diligencias de *cambio de nombre* son más frecuentes de lo que se piensa, pues antes se desconocía la sencillez del trámite y, sobre todo, su intento durante la minoridad. Puede darse a nivel judicial, si se trata de un cambio de nombre en sentido tradicional, o a nivel registral-administrativo, si se pretende el cambio de nombre en razón de la identidad de género. Si bien es cierto, la legislación civil costarricense admite la modificación sin mayores explicaciones, solo previa autorización judicial, también es cierto que, según lo han interpretado los tribunales de justicia de antaño a hogaño, se ha impedido el *cambio de los apellidos*, con criterios ciertamente discutibles, pues si el nombre civil lo conforma tanto el nombre como los apellidos de ambos padres, entonces si se permite el cambio de nombre ha de entenderse en sentido lato y no restringido, sólo limitado al nombre de pila.

Palabras claves: Cambio de nombre, cambio de nombre por identidad de género, proceso no contencioso, jurisdicción voluntaria, actividad judicial no contenciosa, ocurso, derecho de la personalidad, derecho humano, derecho al nombre.

ABSTRACT

The name change proceedings are more frequent than is thought, because before the simplicity of the procedure was unknown and above all to try it during the minority. It can occur at the judicial level if it is a name change in the traditional sense or at the registry-administrative level if the change of name is intended due to gender identity. Although it is true that the Costa Rican civil legislation admits the modification without further explanations, only with prior judicial authorization, it is also true that, as the courts of justice of yesteryear have interpreted it, the change of surnames has been prevented, with criteria certainly debatable, because if the civil name is made up of both the first and last names of both parents, then if the change of name is allowed, it must be understood in a broad and unrestricted sense, only limited to the first name.

Keywords: Change of name, change of name due to gender identity, non-contentious process, voluntary jurisdiction, non-contentious judicial activity, occurrence, personality right, human right, right to a name

Recibido: 4 de enero de 2022 Aprobado 17 de Agosto de 2022

---

* Jueza civil, exjueza concursal. Doctora summa cum laude en Derecho Procesal Civil y Comercial de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica con graduación de honor. Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica con graduación de honor y tesis honorífica. Exprofesora de Derecho Procesal Civil de la Universidad Latina de Costa Rica. Abogada litigante. Notaria pública externa. Curadora ad litem. Curadora concursal y notaria inventariadora. Compiladora de obras jurídicas. Autora en obra colectiva de artículos jurídicos. Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro fundadora y tesorera del Instituto Panamericano de Derecho Procesal-Capítulo Costa Rica. lalvarezs@abogados.or.cr

SUMARIO

1.- Generalidades sobre la identificación de las personas. **2.-** Protección del nombre. **3.-** Cambio de nombre. **4.-** Cambio de nombre de menores de edad **5.-** Cambio de nombre de la persona expósita. **6.-** Cambio de nombre por identidad de género. **7.-** Cambio de nombre en el derecho comparado. **8.-**Procedimiento judicial de cambio de nombre. **9.-** Cambio de los apellidos.**10.-** Corolario. **11.-** Bibliografía.

ABREVIATURAS

CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos
CC:	Código Civil
CCom:	Código de Comercio
CFam:	Código de Familia
CNA:	Código de la Niñez y la Adolescencia
CPC:	Código Procesal Civil (Leyes N.º 7130 en lo señalado expresamente y N.º 9342 vigente)
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTSE:	Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil
RREC:	Reglamento del Registro de Estado Civil.

1. Generalidades sobre la forma de identificación de las personas

El nombre constituye la forma jurídica viable para identificar legal y socialmente a toda persona física, indistintamente de su nacionalidad, condición o género. Se define como *"elemento configurador del estado civil y principal factor de identificación"*[1].

Visibiliza a las personas naturales como ciudadanas para ser reconocidas por la sociedad y registradas por el Estado, documentando esa existencia jurídica desde el nacimiento y hasta su fallecimiento (artículos 31 y 34 del Código Civil).

En la antigua Roma, se conocía como ***praenomen*** (prenombre), entendido como aquel nombre que, entre los romanos, precedía al ***nomen*** (apellido) de la familia y el ***cognomen*** (sobrenombre o apodo) que designaba alguna cualidad que los identificaba[2]. Para identificar o individualizar a una persona, se le da un nombre (o prenombre) dentro del núcleo familiar (nombre de pila) y, para distinguirlo en su entorno social o comunitario, se le asigna un apellido (nombre patronímico) por la ascendencia del lado paterno[3].

Según la legislación costarricense, ostentar un nombre es un derecho de la personalidad[4] y una obligación para identificarla (deber-poder). Incluso es tutelable e indemnizable por daño moral, si dicho nombre resulta lesionado

1 Obando Salazar, Ramón Augusto. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. N.º 3. Año III. Mérida, Venezuela, p. 94. Citado por Pérez Vargas, Víctor. (1994). *Derecho privado.* 3° Edición, San José: Litografía e Imprenta Lil, p. 95.

2 Brenes Córdoba, Alberto. (2012). *Tratado de las personas*. Volumen 1. 5ª edición. Editorial Juricentro, p. 211-212.

3 Para Cornu, *"el apellido es un* ***emblema familiar*** *[...] signo visible de pertenencia a una familia, signo de reunión de una casa, a veces de un linaje, proclama de una atadura familiar"* mientras que el vocablo **nombre** en español se denomina en francés ***prénom*****,** el **apellido** en español es el equivalente del francés ***nom*** o ***nom de famille***. cornu, gérard. (1998). *Derecho civil. Las personas*. traducido al español por Javier Solís Herrera. 1ª edición. Volumen II. San José: Editorial Juricentro, p. 110.

4 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 6465-94 de las 14:18 horas del 4/11/1994 (Derecho supra legal, como instrumento para individualizar a las personas, medio de identificación, indicador del sexo y signo relevante de la personalidad). En sentido similar, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 15345-2011 de las 14:46 horas del 9/11/2011.

Volver al índice

(artículos 49, 59, 1045 CC). Ese derecho al nombre es atribuido y tutelado por la ley.

Se trata de un derecho humano inalienable e imprescriptible[5] (artículo 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos[6] y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[7]). Como derecho de la personalidad, el nombre está fuera del comercio de los hombres y no puede disponerse de este por acto *inter vivos* (cesión) o *mortis causa* (testamento).

El nombre se conforma o estructura de una o a lo sumo dos palabras usadas como nombre de pila; inclusive, si está compuesto por tres nombres, se limitarán solo a los dos primeros, seguido del primer apellido paterno y del materno en ese orden. O bien, si se trata de un hijo extramatrimonial o de padre desconocido, llevará los apellidos de la madre (artículos 49 a 52 CC), algo así como un matronímico por defecto.

El maestro Brenes Córdoba, replicando lo preceptuado en la ley, señala que ***"el nombre"*** se compone o como dicta la ley "estará formado" por esas dos partes, a saber, el nombre propiamente dicho (una o a lo sumo dos palabras) y los apellidos (primer apellido del padre y de la madre en ese estricto orden) como un todo unificado[8]. Solo las personas que, por razón de su nacionalidad, posean un solo apellido gozan de esa prerrogativa de utilizar un solo apellido, consignando esa circunstancia cuando así se requiera[9].

Por el nombre de una persona, entendemos el nombre propio o antropónimo, también llamado nombre "de pila" o "bautismal" por ser en ese acto religioso católico del sacramento del bautismo realizado en el baptisterio (lugar de la iglesia destinado al bautismo) donde suele oficializarse frente a personas terceras.

En consecuencia, nombre es la forma de diferenciarse de las demás personas, y sus apellidos son aquellos mediante los cuales se identifica a la familia consanguínea o adoptiva a la que pertenece o la procedencia de dicha persona.

En el caso del nombre, podrán registrarse aquellos que no puedan causar burla o descrédito al infante, si quien se lo impone es el registrador civil, tratándose de hijos de padres desconocidos (artículo 51 CC).

Igual regla podría aplicarse, si el o la solicitante de un cambio de nombre, sea menor o mayor de edad, desea imponerse un nombre contrario a las costumbres socialmente admitidas en un contexto histórico o geográfico determinado que podrían generarle discriminación, burlas o situaciones desagradables e incómodas.

Muchos progenitores inclusive estudian, analizan y sopesan el nombre que acompañará a sus hijos de por vida, buscando el significado de esos nombres, seleccionando el que más se ajuste a

5 *El nombre no se pierde por falta de uso.* Cornu, Gérard. Op. cit., p. 134.

6 "**Artículo 18 CADH: Derecho al Nombre.-** Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario".

7 "**Artículo 6 DUDH:** Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

8 Brenes Córdoba, Alberto. Op. cit., p. 214.

9 *Verbigracia* en la comparecencia ante notario público para otorgar instrumento público a los extranjeros de un solo apellido, debe dejarse constancia de esa circunstancia (artículos 83 y 85 del Código Notarial).

Volver al índice

la identidad que este pueda llegar a tener[10], pues el nombre en poca o mucha medida condiciona a quien lo utiliza. Esos padres deberán realizar una declaración oficial del nombre completo al momento del nacimiento, usualmente dentro del plazo de un mes previsto para ello o en casos excepcionales de personas mayores de 10 años (artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones).

En la innegable importancia de identificar a una persona para todo efecto social, laboral o legal, el **nombre completo** de una persona adquiere particular relevancia en la práctica de notificaciones judiciales, indistintamente de quien resulte ser la persona notificadora designada para esa tarea (cónsul(esa), persona notaria pública, notificadora tradicional, cartera, juzgadora o personal auxiliar del despacho, Fuerza Pública).

La normativa especial dicta a la letra que, para garantizar la validez del acto de notificación, sobre todo si el acto procesal a notificar es el traslado de una demanda, cuyo emplazamiento se dará con la notificación efectiva (artículo 36.2 del Código Procesal Civil; 19.a de la Ley de Notificaciones Judiciales), es menester consignar en la cédula de notificación, el nombre completo, es decir, *"el nombre y los apellidos"* de las partes (artículo 6 p1° de la Ley de Notificaciones Judiciales) y, además, lograr la **plena identificación** del notificando, si este recibe de forma directa la notificación o de quien sea el receptor del documento y se lo haga llegar (artículos 4 p2° y 8[11] de la Ley de Notificaciones Judiciales), siendo un despropósito y hasta **causal de nulidad de la notificación** por indefensión, declarable de forma oficiosa o a gestión de parte (artículo 9 de la Ley de Notificaciones Judiciales, 32.1 del Código Procesal Civil), si esa plena identificación no se consigue con las formalidades preceptuadas en la ley rectora[12], o bien, se generan dudas razonables de quién fue la persona que recibió la cédula de notificación, cuando esta formalidad *ad probationem* de plena identificación no se cumpla o se dé de forma defectuosa o incompleta, *verbigratia* cuando, en la cédula de notificación, se indican únicamente el nombre y un solo apellido del receptor junto con su firma o sin ella cuando no quiso firmar (agravante), sin indicación de número de cédula de identidad u otra documentación equivalente en veracidad y autenticidad (licencia de conducir, pasaporte), pues, en ese sentido, no es factible determinar de qué persona se trata, con la posibilidad de que otra persona se llame igual, sobre todo para un adecuado ejercicio de defensa de la parte contraria, en caso de que ese nombre no exista, o ese número de cédula de identidad corresponda a otra persona, de otro sexo o se trate de un nombre inventado o ficticio.

Como se hizo en estrados judiciales, al conocer de un incidente de nulidad de notificaciones, admitir que la notificación fue bien practicada únicamente consignando el nombre y un solo

10 Existen claras diferencias entre el derecho al nombre (signo distintivo de por vida de una persona, salvo que decida modificarlo), la identidad (imagen o sello de cada persona según su bagaje social, cultural, lingüístico, religioso, etc.) y la filiación (relación con los progenitores o parientes que se materializa con los apellidos en esa relación de paternidad o maternidad). Tribunal Contencioso Administrativo. Sección IV. Resolución n.º 106-2014 de las 15:00 horas del 4/12/2014 (Consideraciones sobre el derecho al nombre, identidad y filiación. Distinción con los derechos humanos).

11 "**ARTÍCULO 8.- Identificación de la persona que recibe la notificación.-** El notificador o la persona autorizada para notificar, estarán investidos de autoridad para exigir la obligada y plena identificación de quien reciba la cédula, así como para solicitar el auxilio de otras autoridades, cuando lo necesite para cumplir sus labores".

12 Para las formalidades de la cédula de notificación y/o los supuestos de nulidad de notificaciones por incumplimiento de formalidades insalvables, véase Álvarez Salas, Lizeth. (Julio de 2021). "Fe pública en las notificaciones judiciales a la luz de la sana crítica". *Revista de Derecho Procesal*. N.º 6. 16/07/2021. Cita: IJ-MXDI-209, disponible en https://cr.lejister.com/articulos.php?Hash=5eefd4a212f258c50e74ce9b3771459e&hash_t=50fefb66dbe52e8e4da48892a75f2801

Volver al índice

apellido (considerando innecesario indicar los dos apellidos) causó una doble indefensión, primero por el notificador practicante de la diligencia y, posteriormente, ante la denegatoria del incidente por parte de la persona juzgadora que resolvió la incidencia[13].

2. Protección del nombre

Para la protección del nombre de una persona (entendido como el nombre completo) y/o de su seudónimo[14] en caso de que haya adquirido la misma relevancia del nombre (artículo 58 CC; 4.ch, 28, 98, Ley de Derechos de Autor; 3.23 del Reglamento a la Ley de Derechos de Autor) por utilizarlo en determinado sector artístico, literario o afines, se protege desde el punto de vista legal.

El nombre de acciones reivindicatorias por un uso irregular de este suele ser objeto con relativa frecuencia en el ámbito de la propiedad intelectual entendida en sentido amplio[15].

También es factible dictar medida cautelar para tutelar el nombre ante alguna usurpación de nombre o un uso indebido que otro haga del nombre de una persona, ordenando como medida cautelar la abstención temporal de llevar a cabo esa conducta o acto lesivo sin detrimento de una eventual sentencia de condena de indemnizar patrimonialmente por los daños y perjuicios causados y una condena de hacer donde se ordene publicar en algún diario de circulación nacional alguna retractación o aclaratoria (artículo 91 del Código Procesal Civil).

Messineo indica acertadamente que puede ejercerse dicha acción de tutela del nombre aparte del propio interesado, también por quien tenga interés, por *"razones familiares dignas de ser protegidas"*[16].

La protección del nombre en el ámbito del derecho civil resguarda el **nombre natural** (p. ej: Pedro Pérez Pereira). Puede ser ejercida directamente por el afectado o por sus causahabientes. En el ámbito del derecho comercial, el **nombre societario** utilizado comodenominación social o razón social[17] (p. ej: Alfredo Sasso R. Hijos

13 Tribunal de Apelación de Trabajo del Primer Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 785 de las 14:55 horas del 3/7/2019.

14 El maestro Víctor Pérez señala que el seudónimo no puede elevarse a la categoría de derechos de la personalidad como si lo ostenta el nombre de una persona, por cuanto, debe adquirir la misma importancia que aquel y que incluso lo haya sustituido. *"Cuando reúna esos requisitos puede ser tutelado como el "derecho al nombre", pero sin que esto signifique una equiparación total entre ambos. El seudónimo a diferencia del nombre (que es un poder-deber y por lo tanto irrenunciable) encierra sólo un interés privado y es renunciable".* Pérez Vargas, Víctor. Op. cit., p. 97.

15 Por ejemplo, el autor que reclama la autoría o derecho de paternidad de una obra (artículo 14.b de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, 21 y 25 del Reglamento a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos), pues inscribió la obra con su nombre civil, o bien, dentro de la propiedad industrial de quien reclama la paternidad como inventor de una patente (artículos 3.1 y 5 de la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad). También, el **nombre civil** de una persona puede protegerse como **nombre comercial** o como una **marca**, no pudiendo impedirse que un tercero haga lo mismo con el suyo (artículo 3, 25.f, 26.a, 66 p. 2°, Ley de Marcas y otros signos distintivos; 242, 243, 245, 248 del Código de Comercio), pero sí es factible establecer una marca inadmisible por derechos de terceros, si el uso de una marca afecta el derecho de la personalidad de un tercero, en especial tratándose de un nombre o seudónimo (artículo 8.f de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos).

16 Messineo, Francesco. (1971). *Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 133.

17 El nombre de la persona jurídica: sociedad anónima es la denominación social –objeto social- (artículo 103 CCom), sociedad en comandita es la razón social o firma social (artículo 62 CCom), sociedad en nombre colectivo es la razón social o firma social (artículo 33, 35 CCom) y sociedad de responsabilidad limitada es la razón social o denominación social (artículo 76, 77 CCom).

Volver al índice

S. A.)[18]; en el derecho intelectual, protegiendo el **nombre del autor** de una obra (Miguel de Cervantes Saavedra como autor de *El ingenioso hidalgo don Quijote de La Mancha*); o, en el derecho industrial, protegiendo el **nombre del inventor** (Thomas Alva Edison como inventor de la bombilla incandescente). En esas últimas dos hipótesis, aunque la obra o el invento pase al dominio público, deben respetar esa paternidad que fue inscrita con el nombre civil o natural.

Incluso se permite la protección del nombre civil o natural mediante la indemnización por daño moral *post mortem,* si es violentada la *memoria defuncti* o personalidad pretérita, siendo uno de los derechos que no se extinguen con la muerte (artículo 59 CC).

De igual forma, se considera la usurpación de nombre de otra persona una contravención contra las buenas costumbres con una sanción de 5-30 días multa (artículo 395.7 del Código Penal), algo que por razones lógicas no alcanzaría a un homónimo[19].

3. Cambio de nombre

Dentro de la esfera de protección civil, resulta indiscutible que muchas personas que manifiestan su deseo de cambiar su nombre natural lo hacen por razones válidas, objetivas y justas. Nadie debería estar sometido al descrédito o humillación por causa de un nombre asignado por otra(s) persona(s).

Sin embargo, no se admiten modificaciones, agregaciones, supresiones o rectificaciones al nombre y, en su caso, de los apellidos, sino bajo las *formalidades* contempladas en la legislación rectora. Los *supuestos* bajo los cuales es factible cambiar el nombre no están previstos; por ende, son *numerus apertus*, bastando un interés legítimo (la simple voluntad de la persona petente para ese propósito) e, incluso, un interés práctico.

Dos ejemplos de ese interés meramente práctico pueden presentarse tratándose de **nombres compuestos** de dos hasta tres nombres[20], aunque la ley sustantiva civil lo limite a dos nombres (artículo 50 del Código Civil), entre otras hipótesis: **a)** al momento de adquirir la mayoridad al tramitarse la cédula de identidad, es muy frecuente que suela suprimirse parte del nombre indeseado o inutilizado, petición expresa que acostumbra conceder el registrador. No obstante, al momento de gestionarse el certificado de firma digital, aparecerán indefectiblemente esos dos o tres nombres al momento de firmarse digitalmente el documento que tiene un valor equivalente a la firma ológrafa y cuya supresión del nombre compuesto indeseado ya no sería factible evadirlo u ocultarlo en la documentación donde se asiente dicha firma digital (artículo 9, Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos

18 Efectivamente existe responsabilidad por consentir que se incorpore el **nombre completo** (nombre y/o apellidos) en una razón social, propio de las sociedades personalistas –responsabilidad ilimitada (artículo 36, 62 CCom)- o sociedades hibridas –responsabilidad limitada al mayor de los aportes (artículo 76 *in fine* CCom). Torrealba Navas, Federico. (2019). *Principios del derecho privado.* Tomo I: Parte general, persona física. 1ª Edición. San José: IJ Editores, p. 243.

19 En el caso de personas homónimas, la única distinción entre ambas personas sería a través de la cédula de identidad, debiendo tenerse especial cautela en época electoral, si ambas personas ejercen el derecho al sufragio en la misma junta electoral. *Verbigratia,* como dato anecdótico, dentro de mi círculo familiar, le sucedía a mi amada madre **María Cecilia Álvarez Salas** q. D. g., quien al emitir su voto le decían cada cuatro años: *"Pero si usted ya votó".* Ella gentilmente respondía que debía ser la otra señora que se llamaba igual (quien solía votar más temprano). Y agregaba: "Revise en el padrón los números de cédula y verá que no tengo el dedo pulgar entintado". Esta era la antigua señal de haber votado o al proceder a la comparación de ambas firmas.

20 Sí, aunque conforme a lo dicho *supra*, la ley permite un máximo de dos nombres y, en principio, no debería darse la situación en la cual alguien ostente hasta tres nombres; por ejemplo, Juan Carlos de los Ángeles, ese tercer nombre suele estar asociado a alguna santidad o divinidad.

Volver al índice

Firmados de Forma Electrónica y artículo 2.24 del Reglamento a la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos[21]). **b)** Al momento de habitar en el extranjero en aquellos países donde se estila utilizar un único nombre simplificando la integración de la persona ciudadana costarricense a esa cultura foránea.

El nombre con el que aparece por confusión un error humano de inscripción alterando el orden de las letras que ocasionan que el nombre varíe de algo usual a algo inusualmente desagradable, extravagante, vergonzoso, las cuales induzcan a error sobre el sexo, ridículos, por tradición parental relacionando al o a la infante con sus antepasados, quienes, a su vez, elegían el nombre sin mayor creatividad, basándose simplemente en un calendario santoral, obedecía, entre muchas otras explicaciones, al porqué llevaban un nombre que quizás y hasta con desesperación buscaban desparecer de su recuerdo.

Los ejemplos son infinitos, pero citar algunos nombres podría resultar ofensivo para alguien que tenga ese nombre que no le resulte desagradable.

La legislación patria permite entonces esa facultad de toda persona costarricense de cambiar su nombre, por cuanto dicha posibilidad está vedada a los extranjeros –con residencia permanente o no en el país-[22], en razón de que, para efectos prácticos, dicho cambio se inscribe en el asiento al margen del registro de nacimientos que solo se lleva para los nacionales en el Registro Civil o, según corresponda en el asiento de matrimonios para nacionales casados con otros nacionales o con extranjeros también en el Registro Civil, aunque esto podría parecer controversial y discriminatorio si, por disposición constitucional, los extranjeros gozan de los mismos deberes y derechos individuales que los costarricenses con las excepciones y limitaciones que la Constitución Política y las leyes establezcan (artículo 19 de la Carta Magna).

Ese cambio de nombre puede obedecer sencillamente, si es su gusto o deseo, sin dar mayores explicaciones o descripciones de situaciones traumáticas o incómodas que le hayan ocurrido, aunque normalmente se aparejan a alguna situación de esta índole, pues conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y el correcto entendimiento humano, es de toda obviedad que la elección de dicho nombre estuvo a cargo de personas terceras; *verbigratia,* ambos padres, madre soltera, registrador civil, parientes o, incluso, instituciones estatales, si se trata de personas expósitas (hijos e hijas de padres desconocidos).

El nombre que se pretende cambiar puede consistir en una supresión de alguno de ellos, si tiene varios o intercambiar el orden de estos, o sugerir un nombre completamente distinto al registrado, si le apetece o porque, en el plano de la realidad en su entorno y/o para efectos legales, ha estado utilizando un *"alias o conocido como"*, lo que suele consignarse en el documento de la cédula de identidad (artículo 90.a LOTSE).

El único límite previsto por la ley para asignarle un nombre a una persona es que no sea degradante para sí misma o susceptible de discriminación o burlas de personas terceras.

21 "**Artículo 2.24) FIRMA DIGITAL:** Conjunto de datos adjunto o lógicamente asociado a un documento electrónico, que permita verificar su integridad, así como identificar en forma unívoca y vincular jurídicamente al autor con el documento".

22 Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de la Zona Sur (Pérez Zeledón). Resolución n.º 129-2020 de las 14:20 horas del 18/5/2020. (Improcedencia de aprobar un proceso de cambio de nombre a persona extranjera con residencia permanente que no ostenta la condición de costarricense e inscrita al Registro Civil).

Volver al índice

4. Cambio de nombre de personas menores de edad

Tratándose de personas menores de edad, desde su nacimiento, tienen el derecho a un nombre como derecho de la personalidad (artículo 23 del Código de la Niñez y Adolescencia, 7.1, 8 de la Convención sobre Derechos del Niño)[23].

En ese orden de ideas, si cambiar su nombre también es deseo a pesar de su corta edad, donde además de los requisitos exigidos para el cambio de nombre de un mayor de edad, se requiere el consentimiento de los progenitores y, si este es **menor de 15 años** de edad, deberá actuar en estrados judiciales de forma indirecta bajo la representación legal de sus padres (artículo 140 del Código de Familia).

Pero si el o la infante es un o una adolescente **mayor de 15 años**, podrá actuar de forma directa al tener capacidad procesal suficiente para esa gestión (artículo 19.1.CPC; 108.a CNA).

Por cuestiones lógicas, se suelen omitir algunos requisitos por menoridad de la persona gestora que sí son exigidos en caso de mayoridad. Empero, teniendo en cuenta que la legislación penal juvenil puede imputar delitos a la persona **mayor de 12 años** de edad, quien, en caso positivo, podría tener antecedentes penales (artículo 1 de la Ley N.º 7576), es menester solicitar esa información de la hoja de delincuencia al Registro Judicial tal como se estila en caso de petentes mayores de edad, en razón de que, siendo menor a 12 años, la legislación especial internacional ratificada por nuestro país asume que el *"establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales"*. (Artículo 40.3.a de la Convención sobre los Derechos del Niño).

En cuanto a la tramitología, a pesar de que los padres interponen la gestión en beneficio y representación de la persona menor de edad (menor de 15 años), puede ofrecerse como prueba testimonial a los mismos padres de la persona menor, quienes no pierden la condición de testigos por ese solo aspecto.

De igual manera, la misma persona solicitante-menor de edad puede ser ofrecida como prueba de declaración de la propia parte, por cuanto el derecho al nombre es un derecho de la personalidad indistintamente de la edad de la persona gestora.

Para los propósitos de ser juramentado cuando rinda la declaración respectiva, debe distinguirse en si es **menor de 12 años** de edad, en cuyo caso, **no será exigido el juramento** a la hora de expresar su opinión (derecho a ser oído) sobre las motivaciones para cambiar su nombre por ser algo que le afecta de forma directa a futuro (artículo 14.b *in fine*, 105, 107.a, 114.f CNA; 41.4.2 *in fine* CPC; 12 Convención de los Derechos del Niño; 16.d Estatuto de la Justicia y derechos de las personas usuarias del sistema judicial; 8.1 CADH).

Pero si es **mayor de 12 años**, podrá **juramentarse** sin ningún problema bajo apercibimiento del delito de perjurio (artículo 41.4.2 *in fine a contrario sensu* CPC; 318 del Código Penal).

Por su condición de vulnerabilidad, el proceso judicial donde intervenga una persona menor de edad (niño, niña o adolescente) estará exento

23 Ortega Laurel, Carlos. (Julio de 2021). *El nombre. Derecho humano relacionado al interés superior de los infantes.* Universidad Metropolitana. México. Derecho global. Estudios sobre derecho justicia. Vol. 6. N.º 18. Guadalajara. Epub 6-sep-2021. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2448-51362021000200103&script=sci_arttext&tlng=es

Volver al índice

del pago de costas y especies fiscales[24] de todo tipo (artículo 106, 114 CNA) y gozará de varios derechos en el proceso (artículo 107 CNA; 6.1 Normas Prácticas para la Aplicación del Nuevo Código Procesal Civil; (5) y (78) de las Reglas de Brasilia y circular n.º 063-2011 de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia).

Por último, en este acápite de cambio de nombre de una persona menor de edad, hay que tener particular cuidado de que el cambio de nombre no sea una maniobra procesal que busque un móvil prohibido para esquivar un impedimento de salida del país de la persona menor de edad sin el consentimiento de ambos progenitores, con custodia compartida, para sustraerla del territorio nacional o de su país de origen. (Artículos 1.A, 2, 3, 5.A, 8 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores)[25].

5. Cambio de nombre de personas expósitas

Las disposiciones relativas al nombre que se da a las personas expósitas resultan interesantes; es decir, a aquellas personas cuyos padres son desconocidos. En ese sentido, le compete a la institución estatal del Registro Civil asignarles un nombre.

Las normas civiles dictan que el **registrador,** ajustándose a una serie de limitaciones o restricciones, deberá: a) dejar constancia de esa incerteza parental; b) seleccionar nombres o apellidos que no sean en idioma extranjero para no confundir sobre su origen; c) seleccionar un nombre que no implique algún tipo de escarnio o desdoro del infante (artículo 51 del Código Civil). La norma dispone *ad literam*:

> ***Artículo 51.-*** *Cuando se presente a una persona como hijo de padres desconocidos, el oficial del Registro le pondrá nombre y apellido haciéndose constar esta circunstancia en el acta. En este caso no podrá el oficial imponer nombre o apellidos extranjeros ni aquellos que pueden hacer sospechar el origen del expósito. Tampoco usará nombre o apellidos que puedan causar burla o descrédito al infante, o exponerlo al desprecio público.*

En cambio, la normativa reglamentaria registral de menor rango jerárquico indica que el declarante de la condición de expósito del infante será **quien propondrá tanto el nombre como los apellidos** que se le asignarán (artículo 24 del Reglamento del Registro del Estado Civil). El resto de lo regulado guarda similar coincidencia con la normativa de fondo civil.

> ***Artículo 24.-****En la inscripción de nacimiento de la persona expósita se hará mención de todas las circunstancias señaladas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil. Asimismo, con el fin de que esa persona expósita lleve nombre y apellidos, la persona que hace la declaración o solicita la inscripción indicará hasta dos nombres y uno o dos apellidos; si se escoge un único apellido, éste se repetirá. No se admitirán nombres o apellidos extranjeros ni aquellos que pueden hacer*

24 En principio, los procesos de cuantía inestimable pagan la suma correspondiente a la siguiente tabla escalonada del arancel de honorarios por servicios profesionales de abogacía y notariado, decreto n.° 41457 -JP *"**Artículo 107.- En procesos**. En el escrito inicial o de demanda y en el de contestación, en procesos civiles, comerciales y contencioso administrativos, se pagará el timbre conforme con su cuantía y la siguiente escala: [...]* ***i)*** *Procesos de cuantía inestimable, excepto los referentes al Código de Familia, Código de Trabajo y Código Penal, doce mil cien colones en el escrito inicial"*. Nótese que la jurisdicción que ventila un procedimiento de cambio de nombre es la civil y no la de familia, por lo que, si la persona gestora es mayor de edad, deberá costear los timbres del Colegio de Abogados y de Abogadas con la gestión inicial.

25 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2800-2017 de las 9:30 horas del 24/2/2017.

Volver al índice

sospechar el origen de la persona expósita, causarle burla o descrédito o exponerla al desprecio público.

La legislación familiar otorga una preferencia para el ejercicio de la tutela de aquella persona expósita (artículo 183 del Código de Familia[26]). Como parte de ese privilegio en la tutela, esta circunstancia podría explicar que el o la declarante es quien propone el nombre y apellidos de la persona expósita y que no sean asignados por el registrador.

6. Cambio de nombre por identidad de género

En Costa Rica, hubo un parteaguas a raíz de la **Opinión Consultiva n.º OC-24/17**[27] de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Atendiendo a cuestiones de jerarquía normativa de convencionalidad (artículo 7 de la Constitución Política) y no precisamente a través de reformas legislativas, como normativa internacional al otorgar mayores derechos [humanos] y/o protección que los consignados en el ordenamiento jurídico patrio, dicha Opinión Consultiva se integra de forma automática al bloque convencional del Estado sin la formalidad legislativa de ratificación.

Ahora bien, las conclusiones –vinculantes y de acatamiento obligatorio- extraídas de dicha Opinión Consultiva, ameritaron reforma a la reglamentación interna rectora –no así de la legislación civil de fondo-, creándose al efecto un procedimiento registral *"ágil sencillo y gratuito para quienes lo requirieran"*[28], específicamente mediante reformas al Reglamento del Registro del Estado Civil[29] y al Reglamento de la Cédula de identidad con nuevas características[30], donde se introduce un nuevo título a dicha normativa para regular el **cambio de nombre por identidad de género autopercibida** (artículos 52 a 56 del Reglamento del Registro del Estado Civil) en comparación con las diligencias del **cambio de nombre tradicional** con varias observaciones interesantísimas al respecto:

a) Dicha solicitud pueden realizarla solo quienes ostenten mayoridad[31], a diferencia del cambio de nombre tradicional que no

26 **Artículo 183 CFam.-** Quien haya recogido un niño expósito o abandonado será preferido en la tutela./ Cuando un menor no sujeto a patria potestad fuere acogido en un establecimiento de asistencia social, el director o jefe de la institución será su tutor y representante legal desde el momento del ingreso. / El cargo no necesita discernimiento, pero el tutor está obligado a rendir al Tribunal un informe anual sobre la situación del pupilo y sus bienes. /Asimismo informará al Tribunal del ingreso o salida del menor del establecimiento.

27 Opinión Consultiva n.º OC-24/17 del 24/11/2017 solicitada por la República de Costa Rica.

28 Los autores indican –según su interpretación- que la normativa sustantiva civil no proscribe un procedimiento especial administrativo registral por revestir *"evidente interés público"*, cuando dice que el cambio de nombre seguirá el procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria –hoy denominado erróneamente "proceso" no contencioso, *"en tanto que, según lo indicado por la Corte IDH, someter a las personas que deseen cambiar su nombre con ocasión de su identidad auto percibida al proceso jurisdiccional reseñado en el artículo de cita, sería un obstáculo excesivo para el ejercicio del derecho a la identidad"*. Bolaños Bolaños, Luis Antonio y Chinchilla Mora, Luis Guillermo. (2020). *Para entender el fallo OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su efecto sobre los procedimientos registrales y civiles en Costa Rica.* 1ª Edición. San José. Tribunal Supremo de Elecciones. Instituto de Formación y Estudios en Democracia, pp. 11 a 12.

29 Decreto del Tribunal Supremo de Elecciones N.º 06 del 3/5/2011.

30 Decreto del Tribunal Supremo de Elecciones N.º 09 del 16/.8/2016.

31 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 91937-2019 de las 9:50 horas del 19/8/2019. (Acción de inconstitucionalidad cursada bajo el expediente 19-014013-0007-CO, donde se excluye a los menores de edad del derecho al cambio de nombre correspondiente a la identidad de género autopercibida). En sentido similar, véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 22973-2019 de las 9:30 horas del 20/11/2019. (Recurso de amparo cuya tramitación se suspende hasta tanto se resuelva la acción de inconstitucionalidad).

Volver al índice

se limita a cuestiones etarias (aplicable a menores o mayores de edad).

b) Dicha diligencia se podrá realizar por única vez[32] y, aunque no se diga expresamente en la legislación civil, no impide cambiarse el nombre, si así se desea en más de una ocasión, pues en todo caso el cambio de nombre no extingue ni modifica las obligaciones o responsabilidades contraídas con el nombre anterior (artículo 57 CC).

c) El trámite es mediante un procedimiento de ocurso a *nivel registral* junto con una fórmula de consentimiento informado, a diferencia del cambio de nombre por razones distintas de las de género que es mediante procedimiento no contencioso a *nivel jurisdiccional*[33].

d) No se requiere la publicación de edicto para oposiciones ni audiencias tanto al Ministerio Público o al Ministerio de Seguridad Pública exigidas en el caso del cambio de nombre tradicional (cardinales 56 CC, 65 y 66 LOTSE).

e) Se crea una distinción odiosa -vía reglamentaria- a favor de los cambios de nombre por identidad de género frente a aquellos justiciables que buscan cambiar su nombre en los términos tradicionales y deben someterse a la regulación civil señalada a efecto que los pone en desventaja (p. ej.: inversión de tiempo, costas personales-patrocinio letrado- o procesales –timbres-).

En ambos casos, se emite resolución administrativa o judicial para la rectificación mediante anotación marginal en el asiento de nacimiento de la persona interesada y, en el caso del cambio de nombre por cuestiones de género autopercibido, dicha rectificación **no tendrá incidencia** respecto del sexo de nacimiento inscrito. En otras palabras, si bien el sexo no aparece visible en la cédula de identidad -o de la tarjeta de identidad de menores de edad (TIM), para efectos registrales históricos, aparece al margen del asiento de inscripción de nacimiento de dicha persona (principio registral de tracto sucesivo), así como para ámbitos médicos o deportivos, donde resulte relevante conocer ese dato en particular.

Ahora como novedad, por temas de "trazabilidad estigmatizante", se ha eliminado del formato de la cédula de identidad, visible al dorso (reverso), un dato que era de conocimiento público dentro de la cédula de identidad sobre la indicación del sexo de la persona, registrado al nacer como hasta ahora venía consignándose (artículo 2 del Reglamento de la Cédula de Identidad con Nuevas Características). A su vez, dicha marginal sobre el sexo será considerada información sensible y confidencial en resguardo del derecho de intimidad de las personas (artículo 24 de la Constitución Política, 3.e de la Ley N.º 8968, Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de Sus Datos Personales).

Antaño, las personas que se autopercibían con otro género solo podían agregar un *'conocido como'* en la cédula de identidad en una dicotomía publicitada ante personas terceras de su nombre real y de un nombre con su género adoptado para esos puntuales deseos, lo que ahora se facilita por

32 Si la persona interesada desea cambiarse el nombre más de una vez, deberá seguir el trámite tradicional previsto en sede jurisdiccional.

33 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 19692-2019 de las 9:20 horas del 11/10/2019. (El ocurso registral no procede para menores de edad que desean cambiarse su nombre por errores ortográficos o rectificaciones por simples equivocaciones).

Volver al índice

completo con el cambio de género de su nombre, pues se insiste que los apellidos permanecen intactos.

Tampoco se ha considerado que, a través de ese cambio de nombre por razones de género autopercibido (masculino a femenino o viceversa), la persona gestora podría eventualmente evadir sus responsabilidades civiles o cobratorias (sujetas con crédito manchado), laborales, constitucionales o penales (si tiene antecedentes o no), ante la obvia imposibilidad de darles seguimiento a esos cambios de género mediante consulta civil ante la página del Tribunal Supremo de Elecciones, en razón de que el recurso de amparo interpuesto para valorar la viabilidad de esa reforma reglamentaria registral suscrita por dicho órgano administrativo que tramita el cambio en sede registral mediante ocurso se rechazó de plano (con voto salvado), al no señalarse una situación concreta que haya afectado a alguna persona en particular, dejando de lado una valiosa oportunidad para conocer de los agravios formulados[34].

7. Cambio de nombre en el derecho comparado

En el derecho comparado argentino, la legislación civil permite asimismo la modificación de prenombre (nombre en Costa Rica) o apellido; aunque bajo criterios más restringidos por cuanto dicho cambio solo procede por justos motivos a criterio del juez (artículo 69 del Código Civil y Comercial de la Nación[35]).

Interesa detenerse en esos motivos justos en el caso del prenombre, a saber:

a) El seudónimo, cuando haya adquirido notoriedad;
b) la raigambre cultural, étnica o religiosa;
c) la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera que sea su causa, siempre que se encuentre acreditada y, además, explica que existen otras hipótesis en las cuales no se requiere la intervención judicial para dicho propósito, *verbigratia* hogaño por razón de cambio de identidad de género, a diferencia de la legislación civil patria que no regula dichos motivos justos, limitándose a la exigencia a la intervención judicial en todos los casos.

Ahora bien, de la comparación de ambas normas, la argentina impone restricciones respecto de la necesidad de acreditar motivaciones justificadas no exigidas en la costarricense. Pero a diferencia de aquella, aquí se requiere la intervención jurisdiccional en todos los casos para tramitar un cambio de nombre tradicional, lo que la argentina atenúa en supuestos claramente definidos.

34 "**II.- VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS CASTILLO VÍQUEZ, RUEDA LEAL Y SALAZAR ALVARADO CON REDACCIÓN DEL PRIMERO.** Los suscritos salvamos el voto y ordenamos dar curso al amparo, toda vez que la decisión impugnada debe ser analizada a la luz del derecho de la identidad de la persona; contenido esencial que corresponde precisar a este Tribunal, así como el establecer si la resolución impugnada hizo una adecuada aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de forma tal que se haya seguido la vía menos gravosa para los derechos fundamentales". (Lo subrayado es suplido) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 12447-2018 de las 9:45 horas del 31/07/2018. En sentido similar véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 13030-2019 de las 9:30 horas del 10/8/2018. Resolución n.º 13069-2018 de las 9:30 horas del 10/8/2018. Resolución n.º 13475-2018 de las 9:20 horas del 17/8/2018 y resolución n.º 13479-2018 de las 9:20 horas del 17/8/2018.

35 "**ARTÍCULO 69 CCCN. Cambio de nombre.-** El cambio de prenombre o apellido sólo procede si existen justos motivos a criterio del juez./ Se considera justo motivo, de acuerdo a las particularidades del caso, entre otros, a: a) el seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad; b) la raigambre cultural, étnica o religiosa; c) la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada. / Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad".

Volver al índice

Ambas regulaciones eximen de acudir a la vía jurisdiccional para el trámite de cambio de nombre por razones de identidad de género que, en el caso patrio, remite a la vía administrativa/ registral.

La legislación española establece requisitos más puntuales y, por ende, proporciona mayor certeza y seguridad jurídica, en cuanto al nombre, y la propia persona interesada puede tramitarlo, si es **mayor de 16 años**.

> ***Artículo 51. Principio de libre elección del nombre propio.*** *El nombre propio será elegido libremente y sólo quedará sujeto a las siguientes limitaciones, que se interpretarán restrictivamente: /1.º No podrán consignarse más de dos nombres simples o uno compuesto. /2.º No podrán imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona ni los que hagan confusa la identificación. /3.º No podrá imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido (artículos 51 y 57.3 de la Ley del Registro Civil).*

Para modificar el nombre, previo "expediente registral" instruido para ello, debe acreditarse el uso habitual del nuevo nombre, cabiendo la posibilidad de un cambio total de identidad por circunstancias excepcionales (artículos 54.5, 55 de la Ley de Registro Civil). Dicha inscripción tendrá efectos constitutivos (artículo 57.2 de Ley del Registro Civil).

La legislación francesa admite tanto el cambio, agregación o supresión del nombre como de los apellidos. Respecto del cambio de nombre (artículo 60 del Código Civil francés), cualquier persona que justifique un "interés legítimo" podrá cambiar su nombre. La competencia para el trámite judicial se le asigna a un juez de familia –a diferencia de la legislación costarricense que la designa a un juez o a una jueza civil-.

Se regula la posibilidad de que una persona incapacitada gestione el cambio de nombre a petición de su representante y, como dato curioso, cuando se trate de un o una menor de edad con **más de trece** años, se requerirá de su consentimiento personal, convirtiéndose efectivamente en una legislación de avanzada en ese sentido cuando fue introducida en ese ordenamiento.

Para efectos registrales, el cambio de nombre y/o apellidos se inscribe en las "actas" del estado civil del interesado, las de su cónyuge e hijos (artículo 61-4 del Código Civil francés), así como de sus rectificaciones judiciales o administrativas de un acta o sentencia relativa al estado civil (nombre y apellidos) de personas nacidas en el extranjero que adquieran o recuperen la nacionalidad francesa (artículos 61-4 en relación con el 100 y 101, *ibidem*).

8. Procedimiento judicial de cambio de nombre

Se siguen, para tales propósitos, los trámites que el derecho de fondo común denomina jurisdicción voluntaria (artículo 54 CC) y que el anterior Código Procesal Civil denominaba *actividad judicial no contenciosa* (artículo 819.13 del Código Procesal Civil, Ley N.º 7130), actualmente renombrado como *proceso no*

Volver al índice

contencioso[36] para otras pretensiones reguladas por leyes especiales (artículo 177.4 del Código Procesal Civil, Ley N.º 9342).

En recto sentido jurídico, la solicitud de cambio de nombre se trata del ejercicio de una **instancia**[37] (dirigirse a una autoridad -"judicial" en este aspecto-) de índole primaria (si la instancia no se ha conocido con anterioridad) en su modalidad o clasificación de **petición** (*"es la instancia dirigida a la autoridad tendiente a que ésta resuelva por sí misma acerca de una pretensión de quien la presenta"*[38]), bajo un "procedimiento" (género) con un promovente como interesado directo y único en dicho trámite y no de un "proceso" (especie) que conlleva a una bilateralidad de audiencia en igualdad de armas entre ambas partes, ya sea un contendiente (actor) y un resistente (demandado).

El género procedimiento que se haya en todas las instancias contiene dos especies, a saber: a) proceso, b) jurisdicción voluntaria. Es por esta sencilla razón que lo óptimo es utilizar la nomenclatura de *procedimiento de cambio de nombre* y no de *proceso no contencioso de cambio de nombre*.

El deseo de cambiarse el nombre es plenamente tutelable por el ordenamiento jurídico civil o de familia. Así como en tesis de principio, no procede el *cambio de apellidos* en la sede civil. *El cambio de nombre* en la sede familiar no es factible como regla, a excepción del cambio de nombre de una persona adoptada.

En el ámbito familiar, es factible el cambio de nombre en la hipótesis de quien(es) gestiona(n) una adopción (artículo 105 del Código de Familia) en estos términos:

> ***ARTÍCULO 105.- Cambio de nombre del adoptado.*** *En la misma resolución que autoriza la adopción, el Tribunal podrá autorizar, a solicitud de los interesados, el cambio del nombre del adoptado.*

En el ámbito civil, para dicho trámite, la legislación sustantiva regula de manera abierta o amplia la forma en la cual se realizarán gestiones de comprobación mínimas, aunque no taxativas para verificar que no haya obstáculos insalvables para dicha modificación del nombre, acudiendo sobre todo a informes de buena conducta y de falta de antecedentes policíacos registrados ante las autoridades estatales, de manera tal que no existen formalismos que limiten o restrinjan de forma irrazonable o excesiva ese derecho de la personalidad de mutación del nombre propio. Al respecto, la norma *ad literam* explica:

---

36 Nos detenemos en este punto, pues resulta importante aclarar la voz **"proceso"** frente a la de **"procedimiento"**, donde en el primer caso, la persona juzgadora ejerce **"función jurisdiccional"** y, en la segunda, una **"intervención judicial",** indica la norma *"cuando la ley exija autorizar, homologar o controlar la legalidad de determinados actos"* (artículo 177 p1° *ab initio* CPC). La distinción radica en que el proceso supone la existencia de tres sujetos procesales (actor, demandado y autoridad judicial o arbitral), mediante un debate dialéctico que enfrenta a dos partes en un litigio bajo una tesis (actor) y una antítesis (demandado), el cual se resolverá de forma heterocompositiva o autocompositiva, mientras que el procedimiento se halla en todas las etapas de ese proceso con tintes contenciosos, o bien, en los trámites de jurisdicción voluntaria. En suma, lo que el parlamentario denomina procesos no contenciosos, en correcto sentido jurídico, son procedimientos de índole administrativa que la ley asigna a los órganos jurisdiccionales.

37 Instancia es un concepto multívoco con varias clasificaciones, a saber: 1) denuncia, 2) petición, 3) reacertamiento, 4) queja, 5) acción procesal. Se entiende por instancia *"el derecho que tiene toda persona (ente o gente) de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede precisarse de antemano"*. Barucca, Mario. Exposición rendida el 18/08/2020, en el Módulo 1, Clase 2. *El proceso como método en diplomatura derecho procesal civil.* (Ecuador). https://www.youtube.com/watch?v=PqUV1_Qbk2A

38 Barucca, Mario. Op. cit.

Volver al índice

> ***ARTÍCULO 56.-*** *En toda solicitud de cambio o modificación de nombre será oído el Ministerio Público y antes de resolver lo precedente el Tribunal recabará un informe de buena conducta anterior y falta de antecedentes policíacos del solicitante. Igualmente lo hará saber al Ministerio de Seguridad Pública.*

Para las diligencias no contenciosas de cambio de nombre, es competente el juzgado civil de la localidad del promovente (artículo 8.3.2.2 CPC)[39].

Si la persona interesada es mayor de edad, estará legitimada activamente, o sus representantes legales, si es menor de edad (artículo 21.1 CPC; 140 CFam), salvo que supere los 15 años, como se expuso *supra*, pudiendo actuar directamente.

De toda petición de cambio de nombre, se publicará un edicto en el diario oficial, ***La Gaceta***[40] para escuchar oposiciones durante un plazo de **15 días naturales**[41] (artículos 15, 16, 55 CC) por tratarse de normas adjetivas insertadas en el derecho de fondo.

Considero que, en caso de oposición a la solicitud de cambio de nombre, deberá remitirse a las personas interesadas (petente y resistente) al trámite incidental (artículo 113 CPC), no siendo aplicable como regla la remisión a la vía ordinaria como si se tratara de un proceso contencioso (artículo 178.2 CPC), sino más bien la excepción para "procesos" respecto de los cuales la ley establezca un trámite especial (artículo 178.3 *in fine* CPC).

Cabe destacar que la norma exige que, en toda solicitud de cambio o modificación de nombre, el Ministerio Público será oído (artículo 56 CC) que, por razones de oportunidad o política criminal, omite, en la mayoría de los casos, toda contestación del oficio remitido, entendiéndose al efecto que, si la persona no tiene antecedentes penales, no amerita mayor investigación del solicitante, o que, aun teniendo obligaciones o responsabilidades (de cualquier índole) contraídas bajo en nombre anterior, estas no se extinguen producto de los cambios acaecidos (artículo 57 CC).

El oficio a las dependencias competentes será enviado de oficio o se entregará a la persona petente para su diligenciamiento (deber de colaboración) y, para acelerar la tramitación de esta prueba, es prudente ordenarlo desde que se da curso al procedimiento. Se sugiere la siguiente redacción para agregarla en la resolución que da curso:

> *Por otra parte, en atención a los principios de impulso oficioso, celeridad y economía procesal (artículo 2.5 del Código Procesal Civil), se ordena expedir y enviar de inmediato los Oficios a las cuentas de correo de las dependencias respectivas del* ***MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA*** *(atención Sra. Johanna Caravaca Díaz, Asesoría legal de la Dirección Jurídica, correo electrónico:* jcaravaca@msp.go.cr*, MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA) y del* ***MINISTERIO PÚBLICO*** *(atención Sr. David Brown Sharp, correo electrónico:* fgeneral@poder-judicial.go.cr

39 Sala Primera. Resolución n.º 272-2016 de las 16:24 horas del 15/3/2016. (Las diligencias de cambio de nombre son de conocimiento de la jurisdicción civil).

40 Resulta muy común que el promovente publique por error el edicto en el *Boletín Judicial* por ser el diario oficial del Poder Judicial (aspectos procesales). Sin embargo, el derecho de fondo común (civil o mercantil) utiliza como diario oficial *La Gaceta* (aspectos sustantivos); por ejemplo, véanse los artículos 5 y 7 del Código Civil.

41 Pues en el cómputo civil de los plazos, se incluyen los inhábiles, empezando el día siguiente y, si el ultimo día es inhábil, se traslada al día hábil inmediato siguiente (artículos 15, 16 del Código Civil).

Volver al índice

y mp-uadministrativa@poder-judicial.go.cr*, Unidad Administrativa, FISCALÍA GENERAL, MINISTERIO PÚBLICO, cuya búsqueda será* ***a nivel NACIONAL de todas las fiscalías****), para que se sirvan certificar si el petente de cambio de nombre, tiene antecedentes policiacos o penales. El envío deberá hacerse desde la cuenta de correo electrónico del técnico(a) a cargo del expediente con copia de la cuenta oficial de este juzgado:* j1civsj@poder-judicial.go.cr*. Dicha prueba documental deberá recabarse y estar agregada al expediente de previo al señalamiento de audiencia oral única de recepción de prueba para garantizar el debido proceso y derecho de defensa del gestionante.-* ***Lic(da). XXXXXXXXXXX, Juez(a) Decisor(a).***

Básicamente, en la práctica forense, se le da contenido a dicho numeral, dejando transcurrir el plazo de ley ordenado en el edicto publicado, además, se estila pedir de oficio la certificación de antecedentes penales extendida por el Departamento de **Registro Judicial de Delincuentes** como dependencia del Poder Judicial, quien de cierta forma sustituye la audiencia que se da al Ministerio Público[42] -cuando esta por cualquier situación omite responder-, para que certifique la información requerida, trátese de un mayor o menor de edad, explicándose al Registro Judicial que debe extender de igual forma la hoja de delincuencia, porque los y las mayores de 12 años de edad podrían tener antecedentes penales al aplicárseles la Ley de Justicia Penal Juvenil.

En la práctica judicial, el Ministerio Público investiga en las **bases de datos de las fiscalías de país** en las que así se solicite, si el o la petente tiene expediente activo o archivado en esa dependencia o no, y notifica sobre los hallazgos al juzgado civil que tramita la causa judicial, en caso de que a la persona petente del cambio de nombre se le esté investigando por la comisión de un presunto delito o ya haya sido condenada.

En ocasiones, no se recibe respuesta del Ministerio Público, sino que, de cierta forma, se delega esta función informativa o a gestión del juzgado civil en el Registro Judicial donde esa dependencia se limita a verificar que la hoja de delincuencia de la persona petente está limpia o, al menos, con asientos de condenatorias cancelados, anulados o modificados por distintas causas (artículos 1, 3, 11, 12, 13.a, 13.b de la Ley del Registro y Archivos Judiciales).

En el panorama de que el o la petente del cambio de nombre tenga causas penales en trámite, sobreseídas o con absolutorias, en lo consignado en esa prueba documental del oficio de respuesta, debe apreciarse con sumo cuidado el tipo de delito involucrado, no solo que tenga formalmente reflejadas condenatorias penales no caducas en el Registro Judicial, pues debe recordarse que la normativa civil exige al tribunal civil recabar ***"informe de buena conducta y falta de antecedentes policiacos"***.

En ese sentido, si hay antecedentes penales en términos generales (causas penales indistintamente de su resultado), saltan de Perogrullo dos preguntas, a saber: 1) ¿En la sentencia de fondo civil, podría concederse el cambio de nombre o denegarse, si se acreditan causas penales? 2) ¿Bajo cuáles causales es factible denegar un cambio de nombre?

Para garantizar el derecho de defensa, acorde al debido proceso, es conveniente poner en

42 Ante la Sección Administrativa del Ministerio Público, se envía oficio para que certifiquen si el o la solicitante del cambio de nombre tiene alguna causa penal activa o en curso (consultas en el Sistema de Gestión) y su estado actual en el registro que al efecto lleva esa autoridad judicial.

Volver al índice

conocimiento de la persona petente esa prueba de previo a la realización de la audiencia oral única o, al menos, antes del dictado del fallo, pues el procedimiento no podría retrasarse indefinidamente a la espera de la respuesta del Ministerio Público.

En esa línea de pensamiento, la prueba testimonial que suele recabarse sobre la "**buena conducta"** del petente no podría justificar o desacreditar la prueba documental que conste en autos sobre esos antecedentes, por el valor probatorio que ambas pruebas revistan para acreditar esa circunstancia puntual.

Cabe advertir que la consulta realizada por el juzgado civil, cuya respuesta del Ministerio Público implique la existencia de causa penal activa o archivada constante en un registro que al efecto lleve la fiscalía o juzgado penal correspondiente, no violenta derecho constitucional amparable en la vía constitucional[43].

Asimismo, cuando no se gestiona de forma oficiosa, se solicita a la persona promovente que aporte diligenciada la correspondiente certificación del Ministerio de Seguridad Pública[44], la cual informe si existen antecedentes policiacos (reseña) que, si bien no equivalen a condenatorias en firme por algún delito, sí proporcionan información relevante de la conducta ciudadana desplegada por la persona promovente del cambio de nombre, según sus controles internos (artículos 8.h de la Ley General de Policía).

Para CORNÚ, el nombre permite identificar a la persona en la sociedad y, para efectos policiales, *"constituye un factor de orden y un elemento de individualización"*[45]. De allí se explica que, en nuestro Código Civil, siguiendo el Código Napoleónico, se utilice la consulta a dicho Ministerio para esos propósitos.

La respuesta de ambas instituciones estatales es la que suele retrasar en mayor medida la prontitud de las diligencias de cambio de nombre, no siendo motivo suficiente dicho retardo en la respuesta para acoger una acción constitucional por plazo excesivo o irrazonable en esa respuesta[46].

Huelga decir que, en la tramitación de este tipo de procesos, la prueba tradicionalmente propuesta por la parte promovente es la prueba testimonial, admisible para demostrar todo tipo de hechos (artículo 43.1 CPC), para que aseveren que el o la petente es una persona de buenas costumbres y que nunca ha tenido problemas legales con nadie (sobre todo penales o cobratorios) por el cual tenga alguna intención de cambiarse el nombre.

Ciertamente, en el evento de que el o la promovente no quiera o no pueda presentar este medio probatorio testifical que, por demás, no es exclusivo o único para este tipo de proceso, exigirá entonces a la persona juzgadora detenerse nuevamente en la redacción de la normativa sustantiva rectora en este tipo de procesos no contenciosos de cambio de nombre (artículo 56 CC), para analizar la procedencia de la gestión

43 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 6585 de las 15:30 horas del 14/5/2013. (Sustracción de menor de edad de su país de origen mediante cambio de nombre).

44 La consulta se realiza ante el Ministerio de Seguridad Pública, quien en lo interno consulta con la Dirección de Inteligencia y Seguridad Nacional (DIS), si, en virtud de la naturaleza y funcionalidad de la DIS, dicha institución no cuenta con archivos de antecedentes y, además, se consulta con la Policía de Control de Drogas y la Sección de Dactiloscopia, quien indica si se registran antecedentes policiales o no.

45 Cornu, Gérard. Op. cit., p. 110.

46 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 12023-2009 de las 13:07 horas del 31/7/2009. (Retardo en la respuesta del Ministerio de Seguridad Pública sobre antecedentes policiales).

Volver al índice

atendiendo a otros elementos de prueba poco usuales[47].

En estricto sentido y apego a lo preceptuado en el derecho sustantivo, no podría denegarse en sentencia el trámite de cambio de nombre por ausencia o inevacuabilidad de la prueba testimonial.

De tal suerte, efectivamente, la norma de fondo civil no exige de forma imperiosa, única o exclusiva que el *informe de buena conducta* se acredite con el medio probatorio testimonial como insuperable o único posible para tal propósito, en cuyo defecto, se echará mano a la prueba restante recabada en autos para determinar si es suficiente para acoger la gestión de cambio de nombre y, en ese sentido, resultará oportuna la prueba documental presentada por la parte promovente en autos sobre la ausencia de antecedentes penales o policiales que justifiquen su deseo de cambiar su nombre por razones de evasión de la justicia y borrar algún recuerdo de una conducta delictiva anterior, al carecer por completo de antecedentes.

En esa línea de la carga de probatoria, cabe la posibilidad de la prueba de declaración de la propia parte (artículo 42.1 CPC), mediante la cual, todo lo manifestado por la promovente reviste *confesión espontánea* de su parte y, en ese sentido, si ha indicado su deseo de cambiar su nombre por simple disgusto y no porque desee algún propósito distinto para ello, es válida como medio probatorio en virtud del principio de libertad o amplitud probatoria (artículos 41.2.7 y 42.2 p2° CPC).

También debe tomarse en consideración que, generalmente, la parte promovente no está cambiando el género de su nombre (de femenino a masculino o viceversa) susceptible de inducir a error sobre su género biológico (de mujer a hombre o viceversa) y, aunque así fuera, no constituye óbice para proceder de esta forma, si es su aspiración, acorde a las novísimas regulaciones rectoras en esa línea de los derechos humanos que ni siquiera exige, en la actualidad, indicar el género en la identificación oficial para toda persona ciudadana costarricense de la cédula de identidad. Para ese propósito, pueden acudir sin necesidad de las diligencias judiciales al *ocurso registral* en sede administrativa del Registro Civil, como se explicó *supra*.

En todo caso, la normativa sustantiva civil aclara, eso sí, que el cambio o alteración del nombre no extingue ni modifica las obligaciones o responsabilidades contraídas por una persona bajo su nombre anterior (nombre completo), cualquiera que haya sido (artículo 57 CC).

Si tomamos en consideración que el derecho al nombre de las personas constituye un derecho humano inalienable e imprescriptible, no podría cercenarse ese derecho a modificarlo, aunque con ciertas reservas y precauciones para que no se evadan obligaciones civiles, cobratorias o penales, entre otras.

47 Por ejemplo, prueba documental de un informe extendido por la Delegación de Policía de Proximidad del domicilio de la persona petente en caso de que la conozcan desde hace años, o bien, que aporte prueba de declaración de la propia parte bajo la fe de juramento en sede judicial (permitiéndole al juez o a la jueza pedir adiciones o aclaraciones durante el interrogatorio que al efecto le realice su patrocinador letrado no siendo recomendable que dichas preguntas provengan de forma exclusiva de la persona juzgadora). Igual suerte debería correr en caso de que la parte promovente o su abogado no acuda a la diligencia y envíe de forma irregular y totalmente cuestionable, a los y las testigos ofrecidos para evacuar la prueba, pues a falta de insumos (cuestionario), resultaría reprochable dicha situación por el patrocinio letrado que acompaña la materia civil, aunque es factible delegar esas funciones a la persona juzgadora, sin que se vean socavadas su imparcialidad y objetividad, por cuanto, la normativa de fondo civil indica que el tribunal **"recabará informe de buena conducta"**, y sugiere que, al no tratarse de un proceso contencioso, no se vulnera el **principio de imparcialidad,** pues no hay en juicio partes antagónicas en contienda.

Volver al índice

En ese sentido, la normativa establece como interpretación restrictiva denegar la inscripción de un cambio de nombre, en hipótesis puntuales, por ejemplo: a) si el nombre propuesto puede causar burla, descrédito o exponer al infante al descredito público, lo que podría ser extensivo a peticiones de cambio de nombre tanto de menor como de mayor de edad (artículo 51 CC); b) si se trata de un extranjero (artículo 54 CC); c) si existe oposición fundada (artículo 53 y 55 CC).

De manera tal, la restricción legal por *falta de antecedentes* policiacos (artículo 56 CC) parece no ser un criterio definitivo, si se toman los recaudos para que no se evada la justicia o las obligaciones o responsabilidades previas existentes; sobre todo, tomando en consideración la **trazabilidad registral** que los sistemas de bases de datos permiten para dar seguimiento por la identificación de quien se le apruebe judicialmente un cambio el nombre.

Caben cuestionarse, llegado este punto, distintos escenarios: **a)** si el o la promovente tiene causas penales en trámite. Esa circunstancia no retrasaría el procedimiento civil, pues está amparado a la presunción de inocencia (artículo 9 del Código Procesal Penal; 39 de la Constitución Política). Pero sí debería **de oficio** comunicarse la sentencia civil a la(s) fiscalía(s) para que realice(n) de inmediato los ajustes en sus bases de datos, y se tomen en consideración para: i.- analizar reincidencias u otros asuntos de interés penal que requiera consignar el anterior nombre y el nuevo nombre en el Registro Judicial; ii.- que la sentencia condenatoria ya consigne el nuevo nombre con el que se inscribirá ese asiento en el Registro Judicial; **b)** en caso de sobreseimientos, absolutorias o condenatorias inscritas y no caducas en el Registro Judicial, de igual forma debería procederse, pues como indica la ley de fondo civil (artículo 57 CC): *"El cambio o alteración del nombre no extingue ni modifica las obligaciones o responsabilidades contraídas por una persona bajo su nombre anterior"*.

En suma, en caso de petentes con antecedentes penales, habría que comunicar esa **modificación del nombre** a nivel del Registro Civil (Sección de Nacimientos, Matrimonios), del Ministerio de Seguridad Pública, del Ministerio Público y del Registro Judicial, ya que esto permite además de llevar un registro de condenas, también se encarga de nutrir el Sistema de Obligados Alimentarios (SOAP) que lleva un registro actualizado de personas obligadas con pensiones alimentarias e impedimentos de salida por distintas causas (*verbigratia:* alimentaria, concursal u otras materias)[48].

9. Cambio de los apellidos

En Costa Rica, los dos apellidos de una persona se conforman por la unión del primer apellido del padre -o del adoptante- y el primero de la madre -o de la adoptante-, o ambos apellidos de la madre, si se trata de un(a) hijo(a) extramatrimonial (artículo 49 CC; 104 p2° CFam).

Como regla, no se permite modificar el apellido por otro distinto[49] o invertir el orden actual de dichos apellidos (que el primero sea el materno o que los progenitores elijan el orden), dejándolo al arbitrio o voluntad de la persona petente, ya sea porque así es su deseo. No es admisible tampoco el argumento de que, por costumbre de su país

48 Básicamente, una vez inscrito el cambio de nombre a nivel registral-electoral, eso facilita la consulta automática de entidades como el Ministerio de Hacienda, si la persona petente es obligada tributaria, la CCSS o la SUGEF, ante el Centro de Información Crediticia (CIC) que es un sistema integrado de registro que consolida información de la situación crediticia de las personas deudoras ante el Sistema Financiero Nacional.

49 Tribunal Primero Civil. Resolución n.º 843 de las 7:50 horas del 2/6/2000.

Volver al índice

de origen, cuando adquiera la naturalización, el orden resulte invertido con el primer apellido de la madre y luego el del padre[50]; aunque, como excepción, puede considerarse inaplicable para matrimonios homoparentales[51], al menos bajo interpretación registral.

La fundamentación para el rechazo de las diligencias de **cambio de apellido** obedece a que si se declara con lugar la gestión de jurisdicción voluntaria, pues indudablemente, la modificación de los apellidos procura o incide en la modificación de la filiación de una persona, la cual solo puede variarse mediante las acciones previstas en el Código de Familia y en esa vía familiar, no en la vía civil[52].

Inclusive, esa pretensión podría ser susceptible de una potencial improponibilidad de la demanda, declarable de oficio o a gestión de alguna entidad a las que se concede audiencia (Ministerio Público, Ministerio de Seguridad Pública o interesado dentro del plazo de oposición que al efecto se otorga) por ser contraria al ordenamiento jurídico (artículo 35.45.1 del Código Procesal Civil).

Si se trata de un expósito, el registrador le asignará los dos apellidos seleccionados al azar, aunque de uso corriente o común y si solo le asigna uno, este se repetirá, tampoco le pondrá nombres o apellidos extranjeros ni susceptibles de burla o descrédito al infante ni se expondrá al desprecio público (artículos 49 y 51 CC y 24 RREC).

Como dato curioso, el juez competente por razón de la materia para autorizar un **cambio de nombre** es el juez civil[53] (artículos 56 CC, 8.1, 177.4 CPC; 105.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y para **cambiar los apellidos**[54] de una persona física es el juez de familia (artículo 106.1 LOPJ).

Por ende, se le permite cambiar libre y voluntariamente su nombre a cualquier persona ciudadana costarricense interesada, no así sus apellidos (ni en el orden de estos, ni utilizar otros distintos), los que permanecen como tesis de principio inmutables a lo largo de su vida, salvo circunstancias muy puntuales que admitan modificación del patronímico (nombre de la familia a la que pertenece su ascendencia por la línea paterna)[55].

50 Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Cartago (materia civil). Resolución n.º 060 de las 9:12 horas del 10/4/2019.

51 *"Tratándose de las uniones entre personas del mismo sexo, se presenta la particularidad de que habrá dos padres o dos madres, por lo que resulta de imposible aplicación la regla del Código Civil antes transcrita y, a criterio de esta instancia, corresponde matizar la postura institucional en punto a permitir la elección de la secuencia de los apellidos. En ese tipo de parejas, la opción que se corresponde con el principio unidad familiar (artículo 2 del Código de Familia) es la de permitir que se seleccione cuál apellido irá primero, mas una vez elegido este no podrá variarse para futuros hijos. (CFCI, 2020, oficio CFCI-001-2020)".* Bolaños Bolaños, Luis Antonio y Chinchilla Mora, Luis Guillermo, p. 28.

52 Tribunal Primero Civil. Resolución n.º 1078-2007 de las 7:30 horas del 31/10/2007.

53 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 272 de las 16:24 horas del 15/3/2016.

54 Tribunal Primero Civil. Resolución n.º 1303 de las 9:25 horas del 26/10/2001. (Improcedencia de modificar el apellido mediante antaño diligencia de jurisdicción voluntaria en sede civil, pues la vía es la de acción de filiación en sede de familia, ya que una modificación en la filiación altera temas de paternidad o maternidad).

55 Para algunos, si el apellido forma parte del nombre civil de una persona en sentido amplio (nombre de pila y apellidos) entendidos como un todo, no existe justificación que impida cambiarlo mediante libre albedrío del petente siguiendo los parámetros de la legislación española, por los que a su criterio resulta desacertada la postura de los tribunales para no permitirlo. Howell Banco, Mariana. (2013). *El cambio de apellidos por voluntad del titular y la determinación de su orden por decisión de los progenitores*. Propuesta de *lege ferenda*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho, pp. 123, 126. Visible https://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/El-cambio-de-apellidos-por-voluntad-del-titular-y-la-determinaci%C3%B3n-de-su-orden-por-decisi%C3%B3n-de-los-progenitores.-Propuesta-de-Lege-Ferenda.pdf

Volver al índice

Dentro de los argumentos para rechazar las gestiones judiciales tendientes a modificar el(los) apellido(s), la discusión ha trascendido al ámbito constitucional, aunque con argumentos un poco cuestionables[56], es decir, han ido perdiendo fuerza, pues actualmente, se permite la **trazabilidad informática** producto de las nuevas tecnologías sobre bases de datos que ameritarían repensar el tema –como señala Couture- ante la interposición de un nuevo caso concreto.

En ese sentido, la otrora afirmación de que los **apellidos son inmutables** *"que obliga a este Tribunal a insistir en que esa gestión no está autorizada por nuestro ordenamiento jurídico, el cual, únicamente, faculta a la variación del nombre [...]. Ello es así, porque los apellidos con que se encuentran registrados los sujetos, entrañan relaciones de filiación, que pudieran verse afectadas con su modificación"* [57] resulta a todas luces desacertada porque no es cierto que sean inmutables, sino que los supuestos y condiciones mediante las cuales puedan verse modificados están previstos de forma taxativa por el legislador y no son resorte voluntario de la persona modificarlos de forma indiscriminada.

El **apellido asignado a una persona** puede obedecer a distintos motivos legales o afectivos, ya sea porque: **1)** fueron bien puestos por sus progenitores biológicos *inter vivos* o *mortis causa* vía testamento[58] (artículo 623 CC; 81 p2° y 89 del Código de Familia); **2)** así se dispuso, a través de las figuras propias del derecho de familia que permiten asignar y/o modificar los apellidos de la persona, ya sea esta menor o mayor de edad. Tales supuestos previstos en el ordenamiento jurídico son, a saber:

56 "Retomando la figura del cambio de nombre, pese a que la norma legal no hace distinción en que parte del mismo se puede cambiar (el nombre de pila y los apellidos), la jurisprudencia civil desde larga data ha interpretado que lo único que se puede cambiar es el nombre de pila. El razonamiento se centra en que el fin de los apellidos es identificar la filiación de las personas, de manera que cualquier cambio en esa área tendría repercusiones sobre los intereses públicos (al respecto es posible ver las sentencias 229-03-07 del Tribunal Superior Civil de Heredia, de las 8:20 del 15-08-2007; 1078-L del Tribunal Primero Civil de San José, de las 7:30 horas del 31-10-2007; Resolución de las 13:00 del 18 de febrero del 2008 del Juzgado Cuarto Civil de Mayor Cuantía; Resolución 1303-R del Tribunal Primero Civil de San José de las 9:25 horas del 26 de octubre del 2001, entre muchas otras). El tema incluso ha sido llevado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en dos ocasiones, lo que generó sus correspondientes votos, a saber el número 2011-15345 del 09 de noviembre de 2011 y el número N° 15348-2007 de 23 de octubre de 2007. En ambos casos, el tribunal constitucional consideró que la interpretación otorgada por la jurisdicción civil era acorde con el marco constitucional, de suerte que era esa jurisdicción, o la decisión legislativa lo que podía variar la postura antes dicha. En síntesis la limitación no se produce por decisión legislativa sino por una posición jurisprudencial, que por cierto bajo los medios tecnológicos actuales es una verdad relativa en tanto se pueden asociar las personas por filiación al margen de los nombres que presentan, según los sistemas informáticos existentes. En todo caso, de la comparación de lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contraposición con la jurisprudencia civil pareciera que hay una contradicción, la que eventualmente no riñe con el marco constitucional, pero que depende de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y de la Asamblea Legislativa el definir si la mantiene". (Lo resaltado es suplido). Tribunal Contencioso Administrativo. Sección IV. Resolución n.º 106-2014 de las 15:00 horas del 4/12/2014.

57 Tribunal Primero Civil. Resolución n.º 188 de las 8:25 horas del 18/2/1998.

58 Se trata de disposiciones vía testamentaria de contenido no patrimonial que subsisten, aunque se revoque el testamento. No obstante, la norma indica que *"No se admitirá ningún reconocimiento cuando el hijo tenga ya una filiación establecida por la posesión notoria de estado"* (artículo 90 CFam). Esto incluiría al testador como padre biológico que pretenda reconocer a un hijo cuya filiación ya fue establecida por posesión notoria de estado. En consecuencia, para efectos prácticos, dicho **reconocimiento testamentario de paternidad** tiene eficacia para efectos sucesorios con el fin de que el hijo reconocido herede (vocación hereditaria para fines patrimoniales); pero carecería de toda fuerza jurídica para modificar la filiación registral existente. En otras palabras, a nada conduce en este caso lo dispuesto en la legislación familiar de que *"El derecho de los hijos para vindicar el estado que les pertenece es imprescriptible. [...]"* (artículo 76 CFam), por haber norma expresa que les vedaría investigar esa paternidad biológica (casi como un supuesto de demanda improponible), cuando tienen una ya establecida por otro mecanismo, más allá de que el hijo desee tener pleno conocimiento de quién era su padre (artículo 91 CFam), aunque no pueda cambiar el apellido registrado (fines filiales).

Volver al índice

a) La posesión notoria de estado del hijo reconocido como tal (artículo 71 p1° *a contrario sensu*, 73, 80, 87, 92 CFam).

b) El hijo cubierto bajo la presunción *iuris tantum* como hijo matrimonial quien llevará los apellidos del padre registral (artículo 69 CFam), salvo que, por razones judiciales, previa sentencia declarativa de un proceso de reconocimiento de hijo de mujer casada por el padre biológico para la modificación del asiento registral al margen del nacimiento (artículo 85 CFam).

c) El proceso de filiación donde se logre impugnar la paternidad o, en su caso, investigar la paternidad -vindicación de estado- (artículos 76, 86, 89, 90, 91 a 99 CFam).

d) El instituto de la adopción individual o conjunta donde el adoptado asume los apellidos del adoptante (artículo 104 CFam) y se dicte en ese segundo escenario, bajo esas hipótesis previstas legalmente, una sentencia que modifique los apellidos inscritos hasta entonces en el Registro Civil (artículos 51.c, 53 LOTSE).

En la legislación costarricense, no es permitido modificar el apellido por otras motivaciones distintas a las descritas *supra*[59], como, por ejemplo, para evitar la relación con parientes convictos que conduzcan al descrédito de sus parientes o por irresponsabilidad del padre como procreador[60].

En esa línea argumentativa, tampoco podría eliminarse el apellido paterno por el hecho de desagrado del hijo o de la hija que no desea tener a determinado padre porque lo o la revictimiza haber sido reconocido(a) de forma forzosa mediante un proceso de investigación de paternidad[61].

Tampoco es factible que una persona pretenda cambiar sus apellidos para adoptar los de su cónyuge, como suele ocurrir en otros países, tratando de utilizar las diligencias civiles no contenciosas de cambio de nombre para ese fin[62].

La legislación civil española establece que la filiación determina los apellidos. Dicha filiación tiene lugar por naturaleza o por adopción, y, antes de registrarlo, los progenitores pueden decidir el orden que tendrán los apellidos -a diferencia de la legislación patria que los restringe a un orden preestablecido legalmente-. El hijo o la hija puede alterar dicho orden al alcanzar la mayoridad (artículos 108, 109 del Código Civil

59 Sin embargo, el tema del cambio de nombre (nombre y apellidos) podría reconsiderarse por motivos de seguridad o riesgo contra la integridad física o la vida; por ejemplo, si se trata de víctimas o testigos en casos de crimen organizado (artículos 2, 3.c, 12.b, 12.c de la Ley N.º 8720); problemas de violencia de género-doméstica (artículo 7 de la Ley N.º 8589 y 3 p2° de la Ley N.º 7586); trata de personas (artículo 15.c Ley N.º 8720) o asuntos similares donde se requiera asumir una nueva identidad, aunque, claro está, pueda considerarse un tema poco práctico o de difícil aplicación en virtud del tamaño reducido de nuestro país.

60 Tribunal de Familia. Resolución n.º 802-2010 de las 8:20 horas del 22/6/2010. (Es improcedente tramitar en esta vía de impugnación de reconocimiento la eliminación de apellido de padre irresponsable y desinteresado por cuanto la impugnación contemplado en el numeral 86 del Código de Familia es por error o falsedad no por esas otras motivaciones para alterar o desplazar una filiación existente).

61 Tribunal de Familia. Resolución n.º 248-2006 de las 10:10 horas del 8/3/2006. (Aspectos sobre la filiación paterna, derecho y obligación al nombre, gastos de embarazo y maternidad en relación con el principio dispositivo).

62 Tribunal Primero Civil. Resolución n.º 488-1999 de las 8:15 horas del 14/4/1999. (Imposibilidad de cambiar el segundo nombre por apellido de esposo, eliminando el segundo apellido suyo y, subsidiariamente, pretende cambiarse el segundo nombre por el apellido de su esposo).

Volver al índice

español), y se permite modificar dichos apellidos bajo supuestos puntuales y requisitos concretos (artículos 53 a 57 de Ley del Registro Civil).

Con relación al cambio de apellidos (artículo 61 del Código Civil francés), la legislación francesa indica que deberá justificarse asimismo en un interés legítimo –similar a cuando se cambia el nombre-, dándose un supuesto normativo cuya solicitud *"podrá tener por objeto evitar la extinción del apellido llevado por un ascendiente o un colateral del solicitante hasta el cuarto grado"*.

El cambio de apellido es automático para los hijos del beneficiario de la gestión, cuando sean **menores de trece años** (artículo 61-2 del Código Civil francés). Pero si es **mayor de edad**, se requiere su *"consentimiento personal cuando ese cambio no resulte de la determinación o modificación de un vínculo de filiación"* con la advertencia del parlamentario; no obstante que, por razones lógicas, *"la determinación o la modificación de un vínculo de filiación no supone el cambio del apellido de los hijos mayores, salvo que presten su consentimiento"* (artículo 61-3 *ibidem*).

A diferencia de nuestro país que concede un plazo de 15 días naturales, la legislación francesa establece un plazo de oposición de dos meses a partir de la publicación del decreto judicial de cambio de apellido, el cual surtirá efectos: a) si no hubo oposición; b) al término del plazo hábil para formular oposición; c) una vez desestimada la oposición (artículo 61-1 del Código Civil francés).

Sin embargo, a falta de regulación expresa como en el derecho comparado, sobre las pautas de cómo se admitiría el **cambio de apellido**, así previstas por el legislador costarricense, resultaría infructuoso dicho intento, pues actualmente no hay parámetros mínimos para esa labor, ni *lege ferenda* (cosas a legislar en el futuro) en la corriente legislativa a tales fines, no siendo plausible aplicar por analogía normativa foránea.

Recientemente, en el Parlamento, se ha introducido el **Proyecto de Ley N.º 23 281**[63], en el cual los diputados y las diputadas proponentes pretenden reformar los cardinales 49 y 52 del Código Civil y el numeral 104 de Código de Familia.

Según la *Exposición de motivos*, se explora la posibilidad de cambiar el orden de los apellidos. Un asunto distinto a cambiar los apellidos por otros, bajo el basamento del principio de autonomía de la voluntad y del principio de igualdad sustantiva de derechos entre los cónyuges (artículos 33 y 52 de la Carta Magna), es cambiar el orden en el cual aparecen los apellidos registrados (de primero, el apellido del padre y, de segundo, el apellido de la madre), a elección de los progenitores o adoptantes –según corresponda- de común acuerdo y a falta de este, fijándose prioritariamente por disposición legal el apellido de la madre (para evitar controversias futuras y, sobre todo, porque *"en el común de los casos, la duda en el parentesco nunca se da respecto a la madre biológica, sino respecto al padre"*), con la intención de reforzar **acciones afirmativas en favor de las mujeres** *"debido a la discriminación propia del sistema patriarcal que ha incidido en la inscripción registral de la filiación. (Ver en el mismo sentido los artículos*

63 Proyecto de Ley N.º 23.281 presentado el 10/8/2022, denominado, Reforma de los artículos 49 y 52 del Código Civil, Ley N.° 63 del 28 de septiembre de 1887 y sus reformas, y 104 del Código de Familia, Ley N.° 5476 del 21 de diciembre de 1973 y sus reformas. Ley de igualdad en la inscripción de los apellidos. Publicado en *La Gaceta* n.º 169 del 6/9/2022. Este proyecto pasó a estudio e informe de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos donde al 21/9/2022 ingresó en el orden del día y debate (Comisión).

Volver al índice

2 incisos c) y e) de CEDAW y 8 inciso a) y e) de Belem do Pará)".

Esta situación jurídica se sostendrá para hijos posteriormente reconocidos por el padre, y se repetirá elapellido materno para la inscripción de los siguientes hijos e hijas consanguíneos o adoptados, atendiendo al resguardo de la seguridad jurídica y registral.

La exposición de motivos de dicho proyecto de ley -a la que remitimos a la persona lectora- busca reivindicar a la *mater familia*, según la realidad sociocultural de nuestro país con "jefas de familia", eliminando de esta forma vestigios de filiaciones masculinas generacionales; es decir, pasar de una línea patrilineal-patriarcal por matrilineal-matriarcal en el orden de los apellidos (similar -según se expone- a la cultura indígena matrilineal de los pueblos bribrí y cabécar).

La *Exposición de motivos* indica que el Proyecto de Ley hace eco de **dos proyectos de ley anteriores** relacionados con esta misma temática, el N.º 18943 y el N.º 20304. Este último, aunque con dictamen afirmativo, fue archivado por caducidad, *id est,* por superar el periodo cuatrienal en el procedimiento ordinario de formación de la ley (artículo 119 del Reglamento de la Asamblea Legislativa). Pero sirvieron de insumo, aprovechando toda las recomendaciones, correcciones y consultas que se realizaron a las instituciones involucradas para mejorar el actual proyecto de ley en trámite.

El fundamento jurídico para la propuesta de reforma legal se sustenta en tratados internacionales ratificados por nuestro país y la experiencia casuística en temas de derechos humanos.

De conformidad con la redacción de las normas que se deben reformar (49 y 52 CC y 104 CFam), no habrá necesidad de determinar si esa competencia material para **cambiar el orden de los apellidos** quedará en el juzgado de familia que actualmente conoce de ese tipo de procedimiento, por razones de filiación, o bien, si se asignará a los juzgados civiles, por cuanto, la gestión se conocerá en sede administrativa-registral. Es decir, la **oportunidad temporal** para que ambos padres elijan un cambio en el orden de los apellidos se da previo al acto de inscripción de la persona menor ante el Registro Civil y, a falta de acuerdo, se asignará el de la madre, no previéndose, entonces, la posibilidad de que se realice esa modificación en otro momento fuera de ese espacio temporal, aun por acuerdo de los padres. Para interiorizar socialmente esa reforma tan importante, se fija un plazo de vacancia de la ley que regirá dos años después de su publicación.

10. Colorario

Es probable cambiarse el nombre a lo largo de la vida de una persona (en la infancia, adolescencia o adultez). Ese derecho no puede cercenarse, pues está adherido de manera inalienable a toda persona física durante su existencia jurídica (artículos 31 y 34 CC).

Aunque existen múltiples motivaciones para cambiarse el nombre (modificarlo del todo, suprimir alguno de varios o intercambiar el orden de estos), la legislación costarricense a diferencia de otras (la argentina y antes la española) no exige justo motivo para cambiarse el nombre, por lo que podría decirse que basta el deseo manifiesto para gestionarlo ante estrados judiciales.

Si bien es cierto, la costumbre judicial sugiere la prueba testimonial de acreditar *"el informe de buena conducta anterior"* de la persona petente, esta no es la única forma de lograr ese cometido, por cuanto bien puede ser sustituida por otros medios probatorios, siempre que cumplan los criterios de admisibilidad (artículo 41.3 CPC).

Volver al índice

Si cuando se interroga a una persona extraña o desconocida sobre ¿cómo se llama o cuál es su nombre?, es de suponer que nos indicará su nombre completo (nombre de pila y ambos apellidos). *Ergo,* si la normativa de fondo habla de cambiarse el nombre, podría interpretarse válidamente que puede modificarse en su totalidad (nombre y apellidos) y no solo el nombre de pila como se ha hecho hasta la fecha.

No hay razón plausible para generar diferenciación respecto de la posibilidad de cambio de nombre en sede judicial, cuya tramitación, si bien es cierto es sencilla, no es tan expedita en comparación con el cambio de nombre en sede administrativa-registral cuando el cambio de nombre se da a consecuencia de un cambio de género autopercibido (cambio de sexo).

Para finalizar, de esa labor intelectiva de la persona juzgadora de la prueba traída al expediente, conforme a las reglas de la sana crítica y acorde a la carga probatoria del petente (artículos 41.1 y 41.5 CPC), si se logra constatar que no existe impedimento u obstáculo alguno que amerite denegar la solicitud de cambio de nombre, conforme a lo expuesto en líneas precedentes, se dictará **sentencia constitutiva** (aquella que modifica un estado jurídico) para el cambio de nombre y se ordenará la inscripción de ese movimiento registral al margen del asiento de la persona física, trátese del asiento de nacimiento (tanto de la persona petente propiamente dicha como de los hijos e hijas de esta) y, además, del asiento de matrimonio de ambos cónyuges, si la persona está casada, cuyo seguimiento al efecto lleva el Registro Civil como dependencia del Tribunal Supremo de Elecciones (artículos 51.b, 52 LOTSE).

Este privilegio o derecho de cambiar el nombre en principio es otorgado solo a los y las nacionales (costarricenses por nacimiento o por naturalización).

Para ello, de conformidad con las circulares n.º 170-2020 y n.º 280-2020 ambas de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, debido a que esta sentencia (que modifica el nombre o los apellidos) es objeto de inscripción en el Registro Civil, una vez firme, se remitirá atento oficio al correo electrónico ejecutorias@tse.go.cr, dirigido a la Sección de Actos Jurídicos (nacimientos y matrimonios, si la persona petente además está casada), pues lo allí ordenado tiene efectos de aplicación en los registros de hechos vitales y civiles. Este envío deberá hacerse desde la cuenta oficial del juzgado civil o de familia competente.

11. Bibliografía

11.1. Doctrina

Álvarez Salas, Lizeth (compiladora). (2016). *Código Procesal Civil*. 1° Edición, Editorial Guayacán, San José.

Álvarez Salas, Lizeth. (Julio de 2021). "Fe pública en las notificaciones judiciales a la luz de la sana crítica". En *Revista de Derecho Procesal.* N.º 6, 16/7/2021. Cita: IJ-MXDI-209, disponible en:

https://cr.lejister.com/articulos.php?Hash=5eefd4a212f258c50e74ce9b3771459e&hash_t=50fefb66dbe52e8e4da48892a75f2801

Brenes Córdoba, Alberto. (2012). *Tratado de las personas.* Volumen 1. 5° Edición. Editorial Juricentro.

Bolaños Bolaños, Luis Antonio y Chinchilla Mora, Luis Guillermo. (2020). *Para entender el fallo OC-24/17 de la Corte Interamericana*

Volver al índice

de Derechos Humanos y su efecto sobre los procedimientos registrales y civiles en Costa Rica. 1° Edición. San José. Tribunal Supremo de Elecciones. Instituto de Formación y Estudios en Democracia.

Cornu, Gérard. *Derecho civil. Las personas*. (1998). Traducido al español por Javier Solís Herrera. 1° Edición. Volumen II. San José: Editorial Juricentro.

Howell Banco, Mariana. (2013). *El cambio de apellidos por voluntad del titular y la determinación de su orden por decisión de los progenitores. Propuesta de lege ferenda.* Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Visible https://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/El-cambio-de-apellidos-por-voluntad-del-titular-y-la-determinaci%C3%B3n-de-su-orden-por-decisi%C3%B3n-de-los-progenitores.-Propuesta-de-Lege-Ferenda.pdf

Messineo, Franceso. (1971). *Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Núñez Iglesias, Álvaro. (2005).*Código Civil francés*. Edición bilingüe. Traducción Álvaro Núñez Iglesias. Estudio preliminar y notas Francisco J., Andrés Santos, Álvaro Núñez Iglesias. Prólogo Antonio Garrigues Walker. Coordinación Rafael Domingo. Madrid: Marcial Pons. Visible:

https://www.academia.edu/35741110/C%C3%B3digo_civil_franc%C3%A9s_Edici%C3%B3n_biling%C3%BCe

Obando Salazar, Ramón Augusto. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*. N.º 3. Año III. Mérida, Venezuela.

Ortega Laurel, Carlos. (Julio de 2021). *El nombre. Derecho humano relacionado al interés superior de los infantes*. Universidad Metropolitana. México. Derecho global. Estudios sobre derecho justicia. Vol. 6. N.º 18. Guadalajara. Epub. 6-Sep-2021. Visible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2448-51362021000200103&script=sci_arttext&tlng=es

Pérez Vargas, Víctor. (1994). *Derecho privado*. 3° Edición. San José: Litografía e Imprenta Lil.

Picado Vargas, Carlos Adolfo. (2014). *Código Civil*. Tomo I (artículos 1 al 719). 1° Edición. San José: Investigaciones Jurídicas.

Picado Vargas, Carlos Adolfo. (2016). *Reforma Procesal Civil práctica*. 1° Edición. San José: Investigaciones Jurídicas.

Torrealba Navas, Federico. (2019). *Principios del derecho privado*. Tomo I: Parte general. Persona física. 1° edición. San José: IJ Editores.

11.2. Jurisprudencia

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de la Zona Sur (Pérez Zeledón). Resolución n.º 129-2020 de las de las 14:20 horas del 18/5/2020.

Tribunal de Apelación de Trabajo del Primer Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 785 de las 14:55 horas del 3/7/2019.

Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Cartago (materia civil). Resolución n.º 060 de las 9:12 horas del 10/4/2019.

Tribunal Contencioso Administrativo. Sección IV. Resolución n.º 106-2014 de las 15:00 horas del 4/12/2014.

Volver al índice

Tribunal de Familia. Resolución n.º 248-2006 de las 10:10 horas del 8/3/2006.

Tribunal de Familia. Resolución n.º 802-2010 de las 8:20 horas del 22/6/2010.

Tribunal Primero Civil. Resolución n.º 188 de las 8:25 horas del 18/2/1998.

Tribunal Primero Civil. Resolución n.º 488-1999 de las 8:15 horas del 14/4/1999.

Tribunal Primero Civil. Resolución n.º 843 de las 7:50 horas del 2/6/2000.

Tribunal Primero Civil. Resolución n.º 1303 de las 9:25 horas del 26/10/2001.

Tribunal Primero Civil. Resolución n.º 1078-2007 de las 7:30 horas del 31/10/2007.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 6465-1994 de las 14:18 horas del 4/11/1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 12023-2009 de las 13:07 horas del 31/7/2009.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 15345-2011 de las 14:46 horas del 9/11/2011.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 6585-2013 de las 15:30 horas del 14/5/2013.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 12447-2018 de las 9:45 horas del 31/7/2018.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 91937-2019 de las 9:50 horas del 19/8/2019.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 19692-2019 de las 9:20 horas del 11/10/2019.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 272 de las 16:24 horas del 15/3/2016.

11.3. Legislación

Declaración Universal de Derechos Humanos (normas internacionales sin aprobar).

Opinión Consultiva n.º OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (normas internacionales sin aprobar).

Ley N.º 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina).

Real Decreto 24/7/1889, Código Civil (España).

Ley N.º 20/2011, Ley del Registro Civil (España).

Constitución Política de Costa Rica.

Ley N.º 8, Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ley N.º 63, Código Civil.

Ley N.º 3284, Código de Comercio.

Ley N.º 3504, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil.

Ley N.º 4534, Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

Volver al índice

Ley N.º 4573, Código Penal.

Ley N.º 5476, Código de Familia.

Ley N.º 6867, Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad.

Ley N.º 6683, Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Ley N.º 7130, Código Procesal Civil (derogado).

Ley N.º 7184, Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley N.º 7410, Ley General de Policía.

Ley N.º 7586, Ley contra la Violencia Doméstica.
Ley N.º 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia.

Ley N.º 7746, Aprobación de la Adhesión al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores.

Ley N.º 7764, Código Notarial.

Ley N.º 7978, Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos.

Ley N.º 8454, Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos.

Ley N.º 8589, Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres.

Ley N.º 8687, Ley de Notificaciones Judiciales.

Ley N.º 8720, Ley de protección de víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal.

Ley N.º 8968, Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de Sus Datos Personales.

Ley N.º 9342, Código Procesal Civil (vigente).

Decreto Ejecutivo N.º 24611, Reglamento a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Decreto Ejecutivo N.º 33018, Reglamento a la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos.

Decreto N.º 06 del Tribunal Supremo de Elecciones, Reglamento del Registro del Estado Civil.

Decreto N.º 09 del Tribunal Supremo de Elecciones, Reglamento de la Cédula de Identidad con Nuevas Características.

Estatuto de la Justicia y Derechos de las Personas Usuarias del Sistema Judicial.

Circular n.º 063-2011 de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia. (Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes en Costa Rica).

Circular n.º 096-2018 de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia. (Normas Prácticas para la Aplicación del Nuevo Código Procesal Civil).

Volver al índice

Circular n.º 170-2020 de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia. (Sentencias dictadas que sean objeto de inscripción en el Registro Civil).

Circular n.º 280-2020 de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia. (Extensión de la circular n.° 170-2020 "Sentencias dictadas que sean objeto de inscripción en el Registro Civil" a los despachos que conocen materia civil).

Proyecto de Ley N.º 23.281, Reforma de los artículos 49 y 52 del Código Civil; Ley N.° 63 del 28 de septiembre de 1887 y sus reformas y 104 del Código de Familia; Ley N.° 5476 del 21 de diciembre de 1973 y sus reformas; Ley de Igualdad en la Inscripción de los Apellidos.

Volver al índice

Comentarios de Jurisprudencia

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 133, págs 237 - 265 ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

PRINCIPIO DE DEBIDA DILIGENCIA

MSc. Mauren Roxana Solís Madrigal *

RESUMEN

Ante la ausencia de una ley no penal específica que trate la violencia contra las mujeres, el principio de debida diligencia no ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia. Además, el Poder Judicial no ha generado capacitación obligatoria sobre el tema en los cursos de inducción y, específicamente, sobre las implicaciones de la inobservancia de dicho principio.

Palabras claves: principio, diligencia, convención, CEDAW, Convención Belém do Pará, responsabilidad.

ABSTRACT

In the absence of a specific non-criminal law dealing with violence against women, the principle of due diligence has not been developed by jurisprudence. In addition. The Judicial Branch has not developed mandatory education on the subject included in induction courses and specifically on the implications of not observing of this principle.

Keywords: principle, diligence, convention, CEDAW, Belém do Pará Convention.

Recibido: 20 de marzo de 2022 Aprobado el 17 de agosto de 2022

* Máster en Administración de Justicia, Enfoque Sociojurídico con Énfasis en Administración de Justicia en las Relaciones Familiares, Universidad de Nacional. Jueza de familia y magistrada suplente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Docente. Autora de diferentes publicaciones en el campo del derecho de las familias. Correo msolism@poder-judicial.go.cr

Volver al índice

Como recuerdo y tributo a las mujeres
a quienes les ha sido segada su vida por el hecho de ser mujeres;
a cada persona huérfana como consecuencia de la violencia de género;
a la memoria de hijas e hijos a quienes este tipo de violencia les arrebató la vida;
a familiares y amistades de mujeres asesinadas que
han asumido el cuido de personas adultas mayores, de personas con discapacidad
y también de personas menores de edad huérfanas;
a las mujeres sobrevivientes, sus hijos e hijas;
a cada persona que vive intentando recuperarse de su infancia;
a personas juzgadoras, profesional pericial, profesionales en Derecho,
personal técnico judicial y agentes de policía que, con debida diligencia, trabajan para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres;
a las organizaciones no gubernamentales que luchan contra la violencia en perjuicio de las mujeres y, a veces, su lucha implica confrontar los discursos oficiales;
a estudiantes de Medicina, Psicología, Psiquiatría, Periodismo, Derecho, Criminología, Criminalística y Trabajo Social,
pues son la fuerza y esperanza para deconstruir inequidades;
a la memoria de ***Mónica Sandí Ureña (1969-2022)****,*

incansable y destacada abogada del Instituto Nacional de las Mujeres.
Si el principio de debida diligencia tuviera rostro,
sería el de ***Mónica****.*

Principio de debida diligencia y la violencia contra las mujeres

Mauren Roxana Solís Madrigal

Sumario

Introducción. I. Naturaleza jurídica de las medidas de protección. II. Principios del derecho. III. Principio de debida diligencia. IV. Desarrollo jurisprudencial. V. Investigaciones sin resultados, idoneidad del personal a cargo y objeción de conciencia. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Desde 1996, Costa Rica cuenta con la Ley contra la Violencia Doméstica N.° 7586 -*en adelante LVD*-. En teoría, es una legislación que surgió a raíz de los compromisos adquiridos por el Estado para erradicar la violencia contra las mujeres. No obstante, es más bien una ley para abordar la violencia doméstica en general y no la violencia de género. En consecuencia, el principio de debida diligencia no ha sido empleado fiel y profundamente para aplicar e interpretar esa ley cuando se trata de mujeres maltratadas.

Me atrevo a afirmar que estudiar ese principio ni siquiera forma parte de los temarios de la carrera de Derecho de manera generalizada y tampoco es un tema de inducción obligatoria para laborar en el Poder Judicial.

I Naturaleza jurídica de las medidas de protección

La LVD tiene como fin brindar protección frente a situaciones concretas. Dicha protección acontece por un tiempo determinado, por lo que las medidas de protección no son preparatorias respecto de otro proceso. Entonces, se trata de medidas de carácter autosatisfactorio.

Sobre el tema, Peyrano propone que las medidas autosatisfactivas

Volver al índice

> *[...]son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de la tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como por ejemplo, de las diligencias cautelares clásicas. Pueden llegar a desempeñar un rol trascendental para remover "vías de hecho", sin tener que recurrir para tal efecto a la postulación de diligencias cautelares que, como se sabe, ineludiblemente requieren la iniciación de una pretensión principal que, a veces, no desean promover los justiciables. (Peyrano, 1997, p. 497).*

La referida ley tiene como fin garantizar bienes jurídicos tutelados por la Constitución Política e instrumentos internacionales de derechos humanos de orden genérico y específicos.

En el primer artículo, esa ley se refiere expresamente a la protección de la *vida, la dignidad y la integridad*. Ahora bien, como se trata de una ley genérica, no contempla principios de interpretación específicos según los factores de vulnerabilidad que tiene una persona que se encuentra en una situación de maltrato. Este es uno de los grandes vacíos que contempla la ley y que afirmo que ha afectado sensiblemente la aplicación y el desarrollo del principio de debida diligencia, tanto en los alegatos formulados por quienes litigan, como en la jurisprudencia sobre la aplicación de la referida ley.

II Principios del derecho

Los principios se caracterizan por el papel integrador que cumplen al armonizar el ordenamiento para que opere como un sistema. Básicamente la misión de los principios consiste en fundar el sistema jurídico, al punto de que guardan independencia con relación a las normas y sirven para llenar los vacíos del ordenamiento, dada su marcada generalidad. Por ello, los principios son generales, pues precisamente actúan como un adhesivo del sistema normativo, y eso los hace tener un carácter universal porque oscilan en lo interno de las normas y también están presentes en las relaciones de unas normas con otras independientemente del rango que ostenten. Sin los principios, el derecho sería un conjunto de secciones sin elementos de cohesión.

Recordemos también que los principios generales sirven para posicionar una norma en un caso concreto y así interpretarla correctamente. Son útiles para inspirar el ordenamiento jurídico y darle cohesión, sentido y coherencia. Por eso cumplen una función informativa que es posible observar con significativa amplitud en la jurisprudencia. Permiten colmar ese ordenamiento cuando tiene vacíos. De esta forma, cumplen una función integradora que dinamiza el contenido de las normas frente a las transformaciones sociales.

En esta línea, no en vano el párrafo cuarto del artículo 5 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial N.° 8, reformado mediante Ley N.° 9808, expresamente indica que los principios generales del derecho sirven para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tienen el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Además, también dispone que, cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

Como complemento, también ordena que los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas

Volver al índice

escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

De igual forma, los principios constituyen una herramienta para que el ordenamiento responda a la realidad social, pues los cambios se generan con mayor rapidez que los ajustes normativos, y el procedimiento legislativo es sustancialmente complejo.

Por último, los principios actúan también como frontera o limitante a efecto de que la jerarquía normativa sea respetada en la concreción de normas al caso particular. En otras palabras, actúan como canales de comunicación bilateral entre las normas de igual y diferente jerarquía, lo que permite respetar la posición que ocupan las normas en el ordenamiento para así darle orden y lograr la paz social.

Para determinar o concretar el principio que sustenta una norma jurídica o el aplicable ante un vacío normativo, es necesario cuestionar: ¿Qué está en juego? ¿A dónde se quiere llegar o a qué debe aspirar el ordenamiento en este caso particular? ¿Qué se debe evitar? ¿Por qué? Respondiendo estas interrogantes, es posible encontrar el principio o los principios aplicables al caso concreto.

Es notorio que los principios se distinguen de las normas jurídicas porque no determinan conductas, no restringen derechos, no imponen sanciones, no generan obligaciones, no conllevan prohibiciones, no proponen una solución única para el caso concreto y no se agotan en el contenido de la norma ni tienen una estructura proposicional *-supuesto de hecho y efecto jurídico-,* sino que están conformados por una idea general que sirve de meta, límite, aspiración, marco de interpretación, línea de acción y concreción para que el ordenamiento funcione como un sistema coherente que brinde respuesta ante realidades determinadas.

Además, tal como expone Domínguez (2005), los principios oscilan por el ordenamiento jurídico, pues lo articulan, es decir, están en la totalidad de este y no confinados a un espacio o protagonismo. En otras palabras: sin los principios no se entendería cuál es la esencia de una norma y hacia dónde ir para encontrar lo que tutela.

En esta línea, los principios tienen un marco de acción muy amplio, al punto de que existen principios procesales y sustanciales. Los primeros orientan cómo se materializa el derecho de fondo, y los segundos versan sobre cuál es el derecho de fondo que está sobre la mesa. Además, como el campo de acción de los principios es extenso, existen principios expresos e implícitos. Al respecto, Ruiz (2012) propone:

> *[...] los primeros, son aquellos que han sido expresamente dictados por una fuente de producción jurídica y aparecen, en consecuencia, recogidos en un texto normativo, en tanto que los principios implícitos son deducidos por el aplicador del derecho a partir de disposiciones expresas del ordenamiento jurídico -si bien, como veremos, para un sector de la doctrina han de entenderse como conclusiones extraídas del derecho natural-. (Ruiz, 2012, p. 148.*

Es relevante considerar que un principio requiere su positivización para que sea aplicable, es decir, debe completar el proceso de juridificación y estar contemplado en el ordenamiento, ya sea de forma concreta o general. En caso contrario, sería entonces un principio ético, pero no jurídico.

Ahora bien, tal como señala Alonso (2012), cuando se aplican principios implícitos para la solución de un caso particular, la persona juzgadora debe argumentar para demostrar la existencia de dos condiciones para su aplicación:

Volver al índice

> *[...] a) Subsidiariedad, esto es, que no exista norma identificable autoritativamente aplicable el caso, o bien que la norma identificable autoritativamente debe ser interpretada de forma diferente o incluso ser inaplicada por la concurrencia del principio implícito en cuestión. b) Coherencia, esto es, que el contenido del principio implícito sea coherente con las reglas y principios explícitos del sistema. (Alonso, 2012, p 165).*

En consecuencia, es evidente que la aplicación de un principio expreso es mucho menos compleja que la aplicación de un principio implícito. Por supuesto, ambos tipos de principios se emplean para interpretar las normas jurídicas que no son claras o para llenar un vacío normativo.

De esta forma, ante colisión de principios, uno de ellos tendrá una proyección cuantitativa, en tanto resulta aplicable a una situación específica y, por ello, si otros principios deben ceder frente al contenido de un principio concreto, se trata de una proyección cualitativa. En cambio, en el caso de normas, si existe colisión, la prevalencia se resuelve acudiendo al orden jerárquico, al criterio de temporalidad, al de especialidad, etc.

Entonces, como el derecho está nutrido de principios generales, cada especialidad tiene sus propios principios e, incluso, dentro de cada área, un específico tema se rige por puntuales principios. Así, los principios cumplen función prescriptiva en tanto orientan el sentido de cada norma y del ordenamiento en general, función pro derecho de fondo o sustancialista, función sistematizadora del ordenamiento, limitadora del campo de acción de los poderes públicos, informadora y orientadora del ordenamiento como un todo, garantista respecto de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, mínimo de derechos, estándares de eficacia, eficiencia y efectividad del ordenamiento, función integradora para dar coherencia y cohesión al ordenamiento, caracterizándolo como sistema, función interpretativa para dar contenido al sentido-deber de completud al que debe inspirar el derecho.

III Principio de debida diligencia

A partir de los múltiples pronunciamientos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -*en adelante CIDH-,* afirmo que:

> *[...] la debida diligencia implica necesariamente la investigación en un plazo razonable desarrollada como deber jurídico propio, contextualizada, inmediata, fáctica y probatoriamente exhaustiva, oficiosa, propositiva y oportuna; generada por autoridades competentes e idóneas, revestidas de permanente independencia e imparcialidad, garantizando la plena participación de víctimas y familiares, así como el dictado de resoluciones oportunas y efectivas, pues la ejecución es la expresión del derecho fundamental a la eficacia material de una sentencia. (Solís, 2021, p. 97 a 99).*

Este principio ha sido desarrollado por la CIDH desde 1988 en la sentencia de fondo emitida en *el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras del 29 de julio de ese año*. Dentro del vasto contenido del fallo, destaco las siguientes ideas:

1. El Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno. De lo contrario, sería ilusorio el contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos. Según el principio de derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de

Volver al índice

gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquel donde ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos, aunque desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno puede ser mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron.

2. Es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos en la citada Convención. Entonces, en toda circunstancia donde un órgano o persona funcionaria del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de esos derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el artículo 1.1. del citado instrumento normativo.

3. La violación al citado artículo 1.1 de la Convención ocurre con independencia de que el órgano o persona funcionaria haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o haya desbordado los límites de su propia competencia.

4. En principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. También es imputable al Estado la omisión de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, así como aquellos supuestos en que la responsabilidad del Estado puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. Entonces, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado; por ejemplo, por ser obra de una persona particular o por no haberse identificado a la persona autora de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

5. Al juzgar las violaciones a la referida Convención, es irrelevante la intención o motivación de quien materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención al punto de que la infracción a esta puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado.

6. Para dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si este ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente, se debe determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar tales derechos que le impone el artículo 1.1 de la Convención.

7. Es un deber del Estado prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a las personas responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

Volver al índice

8. La prevención es un deber jurídico que abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a estos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.

9. La obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.

10. El Estado se encuentra obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención, con el fin de que la violación no quede impune y se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos.

11. También se viola la debida diligencia si el Estado tolera que particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

12. La obligación de investigar también es una obligación de medio o comportamiento y no se entiende incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Lo anterior conlleva la observación de que la investigación a particulares y a agentes del Estado debe desarrollarse con seriedad, sentido y como un deber jurídico estatal propio y no como una simple formalidad o gestión que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o bien, de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.

En el análisis del principio de debida diligencia, es imposible omitir la emblemática resolución de 16 de noviembre de 2009 dictada por la CIDH en *el Caso González y otras –"Campo Algodonero"- contra México*. En ella el tribunal desarrolló estándares elementales y mínimos sobre el contenido e implicaciones del principio de debida diligencia. A continuación, se expondrán algunas consideraciones y conclusiones desarrolladas en el fallo, las cuales se complementan con las expuestas en la sentencia *del Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras del 29 de julio de 1988*. Por ello se da continuidad a la numeración de las principales ideas desarrolladas por la CIDH.

13. La Convención Belém do Pará y la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana.

14. Si se atribuye al Estado la falta de investigación, la carga de la prueba corresponde al Estado, ya que este es el que sostiene que sus autoridades procedieron con las investigaciones, lo cual es susceptible de prueba.

15. Los medios de prueba están a disposición del Estado, por lo que su defensa no puede descansar sobre la imposibilidad de las personas demandantes de aportar pruebas que no pueden obtenerse sin su cooperación.

Volver al índice

16. Diligencias rutinarias y formales de investigación no constituyen prueba sobre acciones tomadas por el Estado para movilizar al aparato investigador en la búsqueda real y efectiva de las víctimas.

17. El Estado no puede ni debe desentenderse de dirigir pesquisas en todas las líneas posibles de investigación. Debe abstenerse de atender las desapariciones de mujeres a partir de estereotipos y con indiferencia hacia las víctimas y sus familiares. Las víctimas no pueden ni deben ser responsabilizadas de los delitos cometidos en su contra. Al momento de investigar dicha violencia, ha quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran "voladas" o que "se fueron con el novio", lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permite concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. El estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. Estas condiciones se agravan cuando los estereotipos se reflejan implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de la Policía Judicial. La creación y uso de estereotipos se convierten en algunas de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. El Estado debe estandarizar todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al *Protocolo de Estambul*, el *Manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias de Naciones Unidas* y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género.

18. Un Estado puede ser responsable por no ordenar, practicar o valorar pruebas que hayan sido de mucha importancia para el debido esclarecimiento de homicidios. También investigaciones paralizadas, falencias investigativas que no pueden ser subsanadas por tardías e insuficientes hacen incurrir al Estado en responsabilidad. Cuando ciertas líneas de investigación eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarca cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, pueden generar ineficacia en las investigaciones. A pesar de que la individualización de las investigaciones incluso puede, en teoría, favorecer el avance de estas, el Estado debe ser consciente de que estas se enmarcan en un contexto de violencia contra la mujer. Por ende, debe adoptar las providencias que sean necesarias para verificar si el homicidio concreto que investiga se relaciona con dicho contexto o no. La investigación con debida diligencia exige tomar en cuenta lo ocurrido en otros homicidios y establecer algún tipo de relación entre ellos. Esto debe ser impulsado de oficio, sin que sean las víctimas y sus familiares quienes tengan la carga de asumir tal iniciativa.

Volver al índice

No es admisible que no exista una mínima valoración judicial de los efectos del contexto respecto a las investigaciones por estos homicidios. Esa falta de mínima valoración se produce por la falta de contemplación de las agresiones a mujeres como parte de un fenómeno generalizado de violencia de género.

19. En la época de los hechos, las autoridades públicas tenían conocimiento de un contexto de desapariciones, violencia y homicidios contra mujeres jóvenes y niñas. Los niños y las niñas tienen derechos especiales y les corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención Americana le reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño y de la niña debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, la cual obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a personas menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable. En el presente caso, el Estado tenía la obligación de adoptar todas las medidas positivas que fueran necesarias para garantizar los derechos de las niñas desaparecidas. El Estado tenía el deber de asegurar que fueran encontradas con la mayor brevedad una vez que los y las familiares reportaron su ausencia, especialmente debido a que el Estado tenía conocimiento de la existencia de un contexto específico donde las niñas estaban desapareciendo. A pesar de la existencia de legislación para la protección de la niñez, así como de determinadas políticas estatales, la Corte resalta que de la prueba aportada por el Estado no consta que, en el caso concreto, esas medidas se hayan traducido en medidas efectivas para iniciar una pronta búsqueda, activar todos los recursos para movilizar a las diferentes instituciones y desplegar mecanismos internos para obtener información que permitiera localizar a las niñas con rapidez y, una vez encontrados los cuerpos, realizar las investigaciones, procesar y sancionar de forma eficaz y expedita a las personas responsables. En definitiva, el Estado no demostró que tenía mecanismos de reacción o políticas públicas que dotaran de los mecanismos necesarios a las instituciones involucradas para garantizar los derechos de las niñas.

20. Ante la denuncia de desaparición de una mujer, el aparato policial no debe ni puede esperar a que se confirme un delito para actuar.

21. De acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención, los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en ella. La responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, los cuales violen la Convención Americana. Es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Esa obligación está regulada por el derecho internacional. En sus decisiones a este respecto, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención

Volver al índice

Americana. Aquellas personas que han sido declaradas víctimas de una violación de un derecho reconocido en la Convención son consideradas *"parte lesionada"*. En este caso, las mujeres asesinadas y sus familiares son víctimas. El concepto de *"reparación integral" (restitutio in integrum)* implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que estas tengan un efecto no solo restitutivo, sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares. También dichas reparaciones deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que estas se consideren una doble reparación. Las reparaciones deben restablecer en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello que no menoscabe el deber de no discriminar. Se deben orientar a identificar y eliminar los factores causales de discriminación. Se deben adoptar desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres. Se deben considerar todos los actos jurídicos y las acciones alegadas por el Estado en el proceso tendientes a reparar el daño ocasionado.

22. La primera obligación asumida por los Estados partes es *"respetar los derechos y libertades"* reconocidos en la Convención. Así, en la protección de los derechos humanos, la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal está necesariamente comprendida.

23. La obligación de garantía puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección. Esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a las personas responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. El Estado debe dilucidar si una determinada violación ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si este ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente.

24. Si la impunidad impide conocer si las personas perpetradoras son agentes estatales o particulares que actúan con su apoyo y tolerancia, no puede presumirse

Volver al índice

que sí lo fueron y no puede condenarse automáticamente al Estado por el incumplimiento del deber de respeto.

25. El deber de garantía está regulado en los artículos 1.1, 4, 5 y 7 de la Convención Americana y el artículo 7 de la Convención Belém do Pará. Para cumplir ese deber, no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas y determinables en función de las particulares necesidades de protección de cada persona sujeta de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.

26. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones del derecho a la vida y, en particular, el deber de impedir que agentes estatales atenten contra él. Así, ninguna persona puede ser privada de su vida arbitrariamente -*obligación negativa*-, sino además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida -*obligación positiva*-, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Los Estados tienen el deber de prevenir e investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Tienen el deber de prevenir que la libertad de los individuos se vea menoscabada por la actuación de agentes estatales y personas terceras particulares, así como investigar y sancionar los actos violatorios de este derecho. La obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos deriva de la obligación general de garantía de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal; es decir, del artículo 1.1 de la Convención Americana en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado.

27. Un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. Las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para una persona o un grupo de personas determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Entonces, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquel no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.

28. El deber de prevención es una obligación de medio o comportamiento que abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a estos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. El incumplimiento del deber de prevención

Volver al índice

no se demuestra por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.

29. Cuando un Estado conoce o es advertido de un patrón de violencia contra las mujeres en su territorio, la ausencia de una política general para abordar la situación constituye una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención. En ese contexto de conocimiento o advertencia, surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales, la cual ordena medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que estas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y que sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido. En ese contexto de conocimiento o advertencia, el incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado -*el cual ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad*- y a las obligaciones reforzadas impuestas en casos de violencia contra la mujer, según el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará.

30. Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. Así, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección y de aplicación efectiva, y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral de forma que prevenga los factores de riesgo y, a la vez, fortalezca las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Como complemento, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. De esta forma, en casos de violencia contra la mujer, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, los Estados tienen una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará.

31. El deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y la repetición de los hechos, pues la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos. Una vez que las autoridades estatales tienen conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles, y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todas las personas autoras de los hechos, especialmente cuando agentes estatales están o puedan estar involucrados. Además, esta obligación se mantiene cualquiera que sea la o el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación,

Volver al índice

aun los y las particulares, dado que, si los hechos no son investigados con seriedad, resultarían de cierta forma auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado. El deber de investigar efectivamente, siguiendo los estándares establecidos por la CIDH, tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres.

32. Para determinar si se ha cumplido a cabalidad la obligación procesal de proteger los derechos a la vida, la integridad personal y la libertad personal por la vía de una investigación seria, es preciso examinar las diversas acciones tomadas por el Estado con posterioridad al hallazgo de los cuerpos sin vida, así como los procedimientos a nivel interno destinados a dilucidar los hechos ocurridos y a identificar a las personas responsables de las violaciones cometidas en perjuicio de las víctimas. Por ejemplo, se deben analizar la custodia de la escena del crimen, la recolección y manejo de evidencias, la elaboración de las autopsias y en la identificación y entrega de los restos de las víctimas, la actuación seguida contra presuntas personas responsables y alegada fabricación de culpables, la demora injustificada e inexistencia de avances sustanciales en las investigaciones, la fragmentación de las investigaciones, la falta de sanción a los personas funcionarias públicas involucradas con irregularidades, y negación de acceso al expediente y demoras o negación de copias de este.

33. La eficiente determinación de la verdad en el marco de la obligación de investigar una muerte debe mostrarse desde las primeras diligencias con toda acuciosidad. Cuando se trata de una muerte violenta como mínimo, las autoridades que investigan deben identificar a la víctima; recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de las personas responsables; identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones; determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen. Se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos en forma rigurosa por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados. Además, en relación con la escena del crimen, como mínimo, las personas investigadoras deben fotografiar dicha escena o cualquier otra evidencia física y cómo se encontró el cuerpo y después de moverlo; todas las muestras de sangre, cabello, fibras, hilos u otras pistas deben ser recogidas y conservadas; se debe examinar el área en busca de huellas de zapatos o cualquier otra que tenga naturaleza de evidencia y hacer un informe detallando cualquier observación de la escena, las acciones de las personas investigadoras y la disposición de toda la evidencia coleccionada. El *Protocolo de Minnesota* establece, entre otras obligaciones, que, al investigar una escena del crimen, se debe cerrar la zona contigua al cadáver y prohibir, salvo para la persona investigadora y su equipo, el ingreso a esta. El *Manual de Naciones Unidas* indica que la debida diligencia en una investigación médico-legal de una muerte exige el mantenimiento de la cadena de

Volver al índice

custodia de todo elemento de prueba forense. Esto consiste en llevar un registro escrito preciso, complementado, según corresponda, por fotografías y demás elementos gráficos para documentar la historia del elemento de prueba a medida que pasa por las manos de diversas personas investigadoras encargadas del caso. La cadena de custodia puede extenderse más allá del juicio y la condena de la persona autora, dado que las pruebas antiguas, debidamente preservadas, podrían servir para el sobreseimiento de una persona condenada erróneamente. Los restos de víctimas positivamente identificadas que pueden ser devueltos a sus familias para su debida sepultura constituyen la excepción, con la reserva de que no pueden ser cremados y que pueden ser exhumados para nuevas autopsias.

34. Las autopsias tienen como objetivo recolectar, como mínimo, información para identificar a la persona muerta, la hora, fecha, causa y forma de la muerte. Las autopsias deben respetar ciertas formalidades básicas, como indicar la fecha y hora de inicio y finalización, así como el lugar donde se realiza y el nombre de la persona funcionaria que la ejecuta. Asimismo, se debe, como mínimo, fotografiar adecuadamente el cuerpo; tomar radiografías del cadáver, de su bolsa o envoltorio y después de desvestirlo, así como documentar toda lesión; documentar la ausencia, soltura o daño de los dientes, así como cualquier trabajo dental, y examinar cuidadosamente las áreas genital y paragenital en búsqueda de señales de abuso sexual. En casos de sospecha de violencia o abuso sexual, se debe preservar líquido oral, vaginal y rectal, y vello externo y púbico de la víctima. Asimismo, el *Manual de Naciones Unidas* indica que, en los protocolos de autopsia, se deben anotar la posición del cuerpo y sus condiciones, incluyendo si está tibio o frío, ligero o rígido; se deben proteger las manos del cadáver, registrar la temperatura del ambiente y recoger cualquier insecto.

35. La entrega de restos debe ocurrir cuando la víctima esté claramente identificada, es decir una vez que se haya efectuado una identificación positiva. El *Protocolo de Minnesota* establece que el cuerpo debe ser identificado por testigos confiables y otros métodos objetivos. Así el Estado incurre en responsabilidad ante falta de información en el reporte sobre el hallazgo de los cadáveres, la inadecuada preservación de la escena del crimen, la falta de rigor en la recolección de evidencias y en la cadena de custodia, las contradicciones e insuficiencias de las autopsias, las irregularidades e insuficiencias en la identificación de los cuerpos, así como en su entrega irregular.

36. La información respecto a las irregularidades en la investigación es fundamental para valorar el acceso a la Justicia que tengan las personas familiares de las mujeres asesinadas. La falta de debida investigación y sanción de las irregularidades denunciadas propicia la reiteración en el uso de tales métodos por parte de las personas investigadoras. Todo esto afecta la capacidad del Poder Judicial para identificar y perseguir a las personas responsables y lograr la sanción que corresponda, lo cual hace inefectivo el acceso a la Justicia.

37. El ejercicio del régimen disciplinario de carácter judicial tiene un importante valor simbólico por el reproche a personas funcionarias públicas e integrantes de

Volver al índice

las fuerzas armadas. Las actuaciones disciplinarias son importantes para controlar la actuación de dichas personas, particularmente cuando las violaciones de derechos humanos responden a patrones generalizados y sistemáticos. En el proceso disciplinario, se deben determinar las circunstancias en que se cometió la infracción al deber funcional que condujo al menoscabo del derecho internacional de los derechos humanos. Las sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican el contexto de violencia contra la mujer. Si se permite que personas responsables de estas graves irregularidades continúen en sus cargos, o peor aún, que ocupen posiciones de autoridad, se puede generar impunidad y crear las condiciones para que los factores que inciden en el contexto de violencia persistan o se agraven. Cuando no se investiga a ninguna de las personas funcionarias supuestamente responsables por las negligencias ocurridas y no se esclarecen las graves irregularidades en la persecución de las personas responsables y en el manejo de las evidencias durante la primera etapa de la investigación, se acentúa la situación de indefensión de las víctimas, se contribuye a la impunidad y se propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos. La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de Administración de Justicia.

38. Las irregularidades en el manejo de evidencias, la alegada fabricación de culpables, el retraso en las investigaciones, la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desenvolvieron las ejecuciones de las víctimas y la inexistencia de investigaciones contra personas funcionarias públicas por su supuesta negligencia grave vulneran el derecho de acceso a la Justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los y las familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido. Además, denota un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, la integridad personal y la libertad personal de las víctimas.

39. El Estado no demostró que había adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, las cuales permitieran a las autoridades ofrecer una investigación con debida diligencia. Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir.

40. Los y las familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. La falta de investigaciones tendientes a hallar la verdad, juzgar y, en su caso, sancionar a las personas responsables agrava la experiencia de impotencia, desamparo e indefensión de las familias.

Volver al índice

41. El Estado incumplió con su deber de investigar -*y con ello su deber de garantizar*- los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de esta y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de las víctimas. Violó los derechos de acceso a la Justicia y protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de esta y 7.b y 7.c de la Convención Belém do Para, en perjuicio de los y las familiares de las víctimas. La violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación, y el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las víctimas, así como en relación con el acceso a la Justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en perjuicio de los familiares de las víctimas. Violó el derecho consagrado en el artículo 19 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio de las niñas víctimas. El Estado es responsable de violación de la integridad personal de los y las familiares de las víctimas por las circunstancias sufridas durante todo el proceso desde que las mujeres asesinadas desaparecieron, así como por el contexto general en el que ocurrieron los hechos. La irregular y deficiente actuación de las autoridades del Estado a la hora de buscar el paradero de las víctimas, una vez reportada su desaparición, la mala diligencia en la determinación de la identidad de los restos, de las circunstancias y causas de las muertes, el retraso en la entrega de los cadáveres, la ausencia de información sobre el desarrollo de las investigaciones y el trato dado a los y las familiares durante todo el proceso de búsqueda de verdad les provocó gran sufrimiento y angustia. Todo ello configura un trato degradante contrario al artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana. Los actos de hostigamiento que sufrieron los y las familiares conforman una violación al derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1.

Los anteriores 41 razonamientos que fueron ampliamente desarrollados por la CIDH constituyen el núcleo duro del principio de debida diligencia. En el tema específico de la violencia contra las mujeres, es relevante destacar que la Declaración de la Violencia contra la Mujer, proclamada por la Asamblea General mediante la resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993, señala en el inciso c) del artículo 4):

> *Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán: c) Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares. (Asamblea General, R48/104 de 1993).*

Sumado a esta norma, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, Ley N.° 7499 -*Convención Belém do Pará*- es la brújula en el deber de erradicar la violencia hacia

Volver al índice

las mujeres y, especialmente, en cuando al deber estatal de actuar con debida diligencia frente a dicha violencia. Así, la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres tiene su origen en las obligaciones genéricas que se desprenden del artículo 1.1. ya citado de la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley N.° 4534 y en las obligaciones específicas que establece el artículo 7 de la Convención Belém Do Pará. En este sentido, en el documento denominado *Declaración sobre el femicidio,* el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará *(MESECVI)* recomendó que los Estados debían:

> *Garantizar mayor y mejor acceso de las mujeres a la justicia; mejorando el sistema de investigación criminal y protección a las mujeres afectadas por violencia, incluso las pericias forenses, y el procedimiento judicial para eliminar la impunidad de los agresores, así como sancionar adecuadamente a los funcionarios/as que no emplearon la debida diligencia en esos procedimientos. (MESECVI, 2008, recomendación 4).*

Es claro entonces que el principio de debida diligencia es el eje central en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres. No obstante, si bien al conocer en alzada de procesos de medidas de protección por aplicación de la LVD, el Tribunal de Familia ha hecho referencia a ese principio en algunas sentencias, no lo ha desarrollado con la profundidad que requiere el tema y más al ser ese tribunal el único que conoce a nivel nacional sobre las apelaciones en ese tipo de procesos.

Como complemento, resulta importante considerar que el Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en cuanto al principio de debida diligencia mediante comunicación 47/2012, CEDAW/C/58/D/47/2012 de agosto de 2014, indicó:

> *El Comité observa que el Estado parte ha adoptado un modelo amplio para hacer frente a la violencia doméstica que incluye legislación, concienciación, educación y capacitación. Sin embargo, para que la mujer víctima de violencia doméstica disfrute de la realización práctica del principio de no discriminación e igualdad sustantiva, y de sus derechos humanos y libertades fundamentales, la voluntad política expresada en el modelo descrito debe contar con el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de diligencia debida del Estado parte. Estas obligaciones incluyen la obligación de investigar la existencia de fallos, negligencia u omisiones por parte de los poderes públicos que puedan haber ocasionado una situación de desprotección de las víctimas. El Comité considera que, en el presente caso, esta obligación no se cumplió. (Comité CEDAW, caso Angela González Carreño contra España, Comunicación 47/2012).*

Así, es posible afirmar que dicho principio se infiere de lo dispuesto en el artículo 1, 8 párrafo segundo, 17, 20 y 21, inciso 1) de la LVD. Además, como ya fue desarrollado, aunque ese principio no se encuentre previsto expresamente en esa ley, no quiere decir que su aplicación no sea obligatoria conforme al artículo 4, inciso c) de la Declaratoria sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos y 7 de la Convención Belém Do Pará. Corolario: el principio también es urgentemente aplicable en el ámbito penal, es decir, cuando se investigan delitos cometidos en perjuicio de mujeres. Así, el principio de debida diligencia es jurídicamente exigible en materia penal y no penal.

Volver al índice

IV. Desarrollo jurisprudencial

Ahora bien, ante la generalidad de la LVD, es indispensable un mayor desarrollo jurisprudencial sobre el principio de debida diligencia y, además, incluirlo en la doctrina generada sobre los principios procesales que rigen la aplicación de esa ley. Así el principio de debida diligencia cumple un doble rol: es un principio procesal y de fondo. Es procesal en tanto la tutela del derecho a la no violencia no debe ser obstaculizado por ningún motivo y, es de fondo, pues aunque la debida diligencia es una obligación de medios y no de resultados, su aplicación debe tener como conclusión ineludible la materialización de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Ley N.° 6868- *en adelante CEDAW*- y la Convención Belém Do Pará. En otras palabras: ejecutar todas las medidas posibles para materializar los múltiples derechos que contemplan ambas Convenciones constituye otro componente del núcleo duro del principio de debida diligencia.

Como refuerzo a todo lo ya dicho, es de interés considerar que la *CEDAW* cuenta con un comité que emite recomendaciones. Hasta el año 2020, ha emitido 38 recomendaciones generales y, mediante la n.°35, el Comité actualizó la recomendación general n.°19. Ambas versan sobre la violencia contra las mujeres y, en la n.°35, el Comité expuso:

> *[...] considera que la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados. (Comité CEDAW, recomendación n.°35).*

Es evidente que tal subordinación no solamente afecta la calidad de vida de las mujeres, sino también representa ciertos riesgos que pueden culminar con la privación de su vida. Si alguna persona que ejerce función pública no tiene claro esto, lo óptimo es que no forme parte de la Administración de Justicia ni del aparato policial.

Así, conforme a la recomendación n.° 33 del citado Comité, sobre el acceso de las mujeres a la Justicia, existen al menos seis componentes esenciales de aplicación universal e inmediata que se encuentran relacionados entre sí y que resultan indispensables para asegurar el acceso a la Justicia. Los seis componentes son los siguientes:

> *a) La justiciabilidad requiere el acceso irrestricto de la mujer a la justicia así como la capacidad y el poder para reclamar sus derechos en virtud de la Convención como derechos jurídicos; b) La disponibilidad exige el establecimiento de tribunales y otros órganos cuasi judiciales o de otro tipo en todo el Estado parte, tanto en zonas urbanas como rurales y remotas, y su mantenimiento y financiación; c) La accesibilidad requiere que los sistemas de justicia, tanto oficiales como cuasi judiciales, sean seguros, se puedan costear y resulten físicamente accesibles a las mujeres, y sean adaptados y apropiados a las necesidades de las mujeres, incluidas las que hacen frente a formas interseccionales o compuestas de discriminación; d) La buena calidad de los sistemas de justicia requiere que todos los componentes del sistema se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Requiere también que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto,*

Volver al índice

sean dinámicos, de participación, abiertos a las medidas innovadoras prácticas, sensibles a las cuestiones de género y tengan en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres; e) La aplicación de recursos requiere que los sistemas de justicia ofrezcan a las mujeres una protección viable y una reparación significativa de cualquier daño que puedan haber sufrido (véase el artículo 2 de la Convención); y f) La rendición de cuentas de los sistemas de justicia se garantiza mediante la vigilancia de su funcionamiento para garantizar que funcionen conforme a los principios de justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad, y aplicación de recursos. La rendición de cuentas de los sistemas de justicia se refiere también a la vigilancia de las acciones de los profesionales que actúan en ellos y su responsabilidad jurídica en caso de que violen la ley. (Comité CEDAW, recomendación n.°33).

Como se observa, el principio de responsabilidad del Estado por violación al derecho internacional de derechos humanos es correlativo al principio de debida diligencia, si tolera, no castiga, no investiga y no previene la violencia contra las mujeres en el espacio público y privado. Ambos principios requieren del principio de no discriminación y del principio de deber de garantía para su plena implementación. Es básicamente imposible cumplir con el principio de debida diligencia sin la capacitación constante por parte de quienes deben aplicarlo, así como por parte de quienes tienen la obligación de ejercer el régimen disciplinario.

En este sentido, según la Ley de Penalización de la Violencia contra Las Mujeres N.° 8589, todos los delitos previstos en ella son de acción pública e imponen el deber de actuar de manera ágil y eficaz, de parte de *"quienes, en el ejercicio de sus funciones, estén obligados a conocer de situaciones de violencia contra las mujeres, en cualquiera de sus formas, o a resolverlas"*.

Un actuar diferente generaría la comisión del delito de incumplimiento de deberes. Además, según esa Ley, no se requiere que la persona denunciada sea condenada y es ahí donde descansa la garantía de cumplimiento del deber.

V. Investigaciones sin resultados, idoneidad del personal a cargo y objeción de conciencia

Después de exponer en qué consiste el principio de debida diligencia, no es errado afirmar que es muy grave la incertidumbre que viven familiares frente a investigaciones judiciales sin resultado alguno sobre muertes y desapariciones de mujeres. Esto se relaciona específicamente con un elemento del principio de debida diligencia como es el derecho a la información o, incluso, con el incumplimiento del principio de debida diligencia como un todo. Así, la impunidad no es ni siquiera una opción de forma que el Poder Judicial debe esforzarse seriamente para superar todos los obstáculos que faciliten la impunidad en todas las etapas de los procedimientos.

El principio de debida diligencia requiere un desarrollo profundo por parte de la jurisdicción penal y de familia. Por parte de la Comisión de Género del Poder Judicial, el desarrollo de ese principio, así como su incumplimiento deben ser objeto de monitoreo. Además, deben ser incorporados en los temarios desarrollados para la carrera judicial y deben ser seriamente abordados por el Tribunal de la Inspección Judicial e, incluso, por el Departamento de Planificación del Poder Judicial.

De igual forma, esto requiere la inclusión de la evaluación del principio de debida diligencia

Volver al índice

en la carrera fiscal y en los cursos básicos de inducción para laborar en el Poder Judicial, pues también el personal técnico y el pericial deben conocer su contenido y las consecuencias de su inobservancia. Todo esto se debe a que el cumplimiento del principio de debida diligencia impone: prevención, protección, investigación, castigo y reparación.

En nuestro país, después de más de veinte años de haber incorporado la *Convención de Belém Do Pará* al ordenamiento jurídico, en el año 2021, el Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial han emitido el *Protocolo conjunto homologado OIJ-MP -en adelante PCH-OIJ-MP-* para la investigación de mujeres mayores de edad desaparecidas y no localizadas con enfoque diferenciado según perspectiva de género.

El *PCH-OIJ-MP* establece procedimientos detallados que deben ser aplicados así: primera fase: atención inmediata obligatoria en las primeras 24 horas; segunda fase: diligencias policiales entre 24 y 72 horas; tercera fase: diligencias policiales posteriores a las 72 horas; cuarta fase: cierre del caso y registro de declaración confirmatoria. Además, el documento contempla disposiciones sobre consideraciones operativas en caso de hallazgo de la mujer con vida o fallecida y aspectos administrativos indispensables como la capacitación.

El *PCH-OIJ-MP* es muy importante por sí mismo. Pero de nada servirá, si quienes lo aplican nublan su desarrollo con apreciaciones subjetivas en torno a las mujeres víctimas. En este sentido, es muy importante tener en cuenta lo resuelto en la sentencia del 7 de septiembre de 2021 emitida en *el Caso Barboza de Souza y otros contra Brasil,* pues en ella, la CIDH indicó que ese tribunal:

> *144. […] ha reconocido que los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Los estereotipos "distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos", lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes. 145. El Tribunal ya se posicionó anteriormente sobre la importancia de reconocer, visibilizar y rechazar los estereotipos de género por los cuales en los casos de violencia contra la mujer las víctimas son asimiladas, por ejemplo, al perfil de una pandillera y/o una prostituta y/o una "cualquiera", y no se consideran lo suficientemente importantes como para ser investigados, haciendo además a la mujer responsable o merecedora de haber sido atacada. En este sentido, ha rechazado toda práctica estatal mediante la cual se justifica la violencia contra la mujer y se le culpabiliza de esta, toda vez que valoraciones de esta naturaleza muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en el origen, condición y/o comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer. Consecuentemente, la Corte ha considerado que estos estereotipos de género nocivos o perjudiciales son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos donde se presenten (CIDH, Caso Barboza de Souza y otros contra Brasil, sentencia del 7 de septiembre de 2021).*

En otras palabras, lo que una persona a cargo de la investigación piense sobre la víctima no puede interferir con la suerte de la investigación. Ahora bien, es oportuno explicar que el *PCH-OIJ-MP*

Volver al índice

aplica para los reportes de mujeres desaparecidas o no localizadas mayores de edad, pues para las personas menores de edad, opera el *Protocolo nacional del sistema de alerta* y procedimiento para la coordinación y reacción inmediata entre las instituciones públicas y privadas ante la desaparición o sustracción de mujeres menores de edad, suscrito por la Comisión Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta (CONASA).

Este *Protocolo nacional* debe ser aplicado en atención a la Creación del Sistema de Alerta y el *Procedimiento para la coordinación y reacción inmediata entre las instituciones públicas y privadas ante la desaparición o sustracción de personas menores de edad*, el cual corresponde a la Ley N.° 9307 del año 2015.

Es pronto para evaluar el contenido y la práctica del *PCH-OIJ-MP*. Se entiende que, conforme transcurra el tiempo, será necesario someterlo a ajustes para concretar el principio de debida diligencia. En este sentido, sin capacitación efectiva por parte de las personas que operarán el instrumento, este no dará frutos.

Derivado de lo ya expuesto, resulta preocupante que, en medio de todos los avances citados, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia haya resuelto por mayoría que era posible garantizar el servicio público de Administración de Justicia en condiciones de igualdad y no discriminación, admitiendo el derecho a la objeción de conciencia en la función jurisdiccional. Así lo resolvió mediante la sentencia n.°1619-2020 de las 12:30 del 24 de enero de 2020.

Además, en la sentencia n.°17098-2021 de las 23:15 del 31 de julio de 2021, dicho tribunal también determinó que no era contrario al derecho de la Constitución que las personas servidoras públicas objetaran conciencia para negarse a recibir capacitación o formación obligatoria por considerarlo contrario a las convicciones religiosas, éticas o morales. Es importante señalar que, para llegar a dicha conclusión, ese tribunal no hizo ningún análisis sobre los incisos a) y c) el artículo 8 de la Convención de Belem Do Pará. Esa norma indicó:

> *Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos; c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer.*

En este sentido, las resoluciones constitucionales dichas no explicaron de qué forma se evitaban la revictimización, la ineficiencia e, incluso, la responsabilidad internacional del Estado por la prestación de servicios públicos por parte de personal que se negaba a recibir capacitación obligatoria en temas de violencia de género. Adicionalmente, es oportuno destacar que ninguna de las resoluciones constitucionales se refirió al principio de debida diligencia.

Surge la duda sobre cómo podría cumplir el principio de debida diligencia quien ejerce la función pública y no admite recibir capacitación sobre protocolos relevantes a nivel universal como, por ejemplo, el *Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, conocido como *"Protocolo de Minnesota"* y adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en el año 1991, o bien, respecto al *Manual para la investigación y documentación eficaces de la*

Volver al índice

tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del año 1999, conocido como *"Protocolo de Estambul"*.

Nuestro país ha legislado sobre temas que hace décadas se considerarían impensables. Me refiero a la Ley para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia Política contra las Mujeres, N.°10235; la Ley de Reparación Integral para Personas Sobrevivientes de Femicidio N.°10263; la Ley de Penalización de la Violencia contra Las Mujeres N.° 8589 y sus reformas; la Ley N.° 8929, Ley N.° 9271, Ley N.° 9374, Ley N.° 9975 y Ley N.°10022; Ley para Proteger a la Mujer Embarazada antes, durante y después del Parto, Ley N.°9824, así como la Ley contra la Violencia Doméstica N.° 7586, reformada mediante la Ley N.° 7801, la Ley N.° 8925, Ley N.°8589 y Ley N.°9692; Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, Ley N.°1573; Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, Ley N.° 3877; Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, Ley N.° 7142; la Ley contra Hostigamiento o Abuso Sexual en el Empleo y la Docencia, Ley N.° 7476 y sus reformas mediante Ley N.° 8805, Ley N.°9969 y N.°10029; la Ley para Impedir el Matrimonio de Menores de Quince Años, Ley N.° 8571; la *Ley contra la trata de personas y creación de la coalición nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas*, Ley N.° 9095, y la *Ley para fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones impropias*, Ley N.° 9406. No obstante, sin capacitación, toda esta normativa podría convertirse en letra muerta.

También es importante indicar que Costa Rica ha incorporado al ordenamiento jurídico, el *Protocolo facultativo* de la CEDAW mediante Ley N.° 8089 y con él fue creado el mecanismo que les permite a las mujeres víctimas de violencia, la interposición de una comunicación ante un órgano internacional una vez agotadas las vías internas salvo que la tramitación de esos recursos en el plano interno se prolongue injustificadamente o no sea probable que genere un remedio. De esta forma, el *Protocolo* posibilita el análisis de situaciones violatorias de derechos y, con ello, generar observaciones y recomendaciones pertinentes.

Debe quedar claro que, al ratificar el *Protocolo facultativo*, un Estado reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, es decir, del órgano que supervisa el cumplimiento de la Convención por los Estados partes con el fin de recibir y considerar denuncias de personas o grupos dentro de su jurisdicción. Para mayor claridad, el *Protocolo* contiene dos procedimientos: *A*. Un procedimiento de comunicaciones que les permite a mujeres *-de manera individual-* o grupos de mujeres presentar denuncias al Comité sobre de violaciones de derechos protegidos por la CEDAW. En el caso de las comunicaciones individuales, se debe cumplir una serie de criterios, entre los que se encuentra el agotamiento de los recursos internos. *B*. Un procedimiento de investigación que permite al Comité iniciar investigaciones sobre situaciones de violaciones graves o sistemáticas de los derechos de la mujer. Todo esto procede con la consideración de que, en cualquier caso, los Estados deben ser parte de la Convención y del *Protocolo*. Además, el *Protocolo* incluye una *"cláusula de exclusión voluntaria"* que, en el momento de la ratificación o adhesión, les permite a los Estados declarar que no aceptan el procedimiento de investigación.

Conclusiones

Costa Rica cuenta con una LVD que contempla medidas de protección, cuya naturaleza es autosatisfactoria y surgió a raíz de los compromisos adquiridos por el Estado para erradicar la violencia contra las mujeres. No obstante, es una ley para abordar la violencia

Volver al índice

doméstica de manera general y no la violencia de género. Por ello, el principio de debida diligencia no ha sido empleado para aplicar e interpretar esa ley cuando se trata de mujeres maltratadas.

La debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres tiene su origen en las obligaciones genéricas que se desprenden del artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos y en las obligaciones específicas que establece el artículo 7 de la Convención Belém do Pará.

Además, desde 1993, la Declaración de la Violencia contra La Mujer, proclamada por la Asamblea General mediante resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993, regula el tema en el inciso c) del artículo 4). Como complemento, dicho principio se infiere de lo dispuesto en el artículo 1, 8, párrafo segundo, 17, 20 y 21, inciso 1) de la LVD y, aunque ese principio no se encuentre previsto expresamente en esa ley, no quiere decir que su aplicación no sea obligatoria conforme a toda la normativa ya citada.

Según la jurisprudencia de la CIDH, la debida diligencia implica necesariamente la investigación como deber jurídico propio, contextualizada, inmediata, fáctica y probatoriamente exhaustiva, oficiosa, propositiva y oportuna, generada en un plazo razonable, desarrollada por autoridades competentes e idóneas, revestidas de permanente independencia e imparcialidad, garantizando la plena participación de víctimas y familiares, así como el dictado de resoluciones oportunas y efectivas.

De forma más amplia, el principio de debida diligencia conlleva tomar siempre todas las medidas necesarias y posibles para investigar, prevenir y castigar la violencia de género, así como para determinar si un Estado ha hecho lo suficiente por evitar que las mujeres sean víctimas de violencia y de discriminación. Afirmo que la debida diligencia es sinónimo de movimiento multidisciplinario estatal con propósito.

El principio de debida diligencia cumple un doble rol: es un principio procesal y de fondo. Es procesal en tanto la tutela del derecho a la no violencia no debe ser obstaculizada por ningún motivo y, es de fondo, porque, si bien la debida diligencia es una obligación de medios y no de resultados, su aplicación debe tener como conclusión ineludible la materialización de la CEDAW y la Convención Belém do Pará. En otras palabras: tomar todas las medidas posibles para materializar los múltiples derechos que contemplan todos los instrumentos normativos ya citados es otro componente del núcleo duro del principio de debida diligencia.

Ese principio se nutre con el principio de responsabilidad del Estado por violación al derecho internacional de derechos humanos si tolera, no castiga, no investiga y no previene la violencia contra las mujeres en el espacio público y privado. Ambos principios requieren del principio de no discriminación y del principio de deber de garantía para su plena implementación.

El principio de debida diligencia exige un desarrollo profundo por parte de la jurisdicción penal y de familia. La Comisión de Género del Poder Judicial debe monitorear el desarrollo y el incumplimiento de ese principio. También este debería ser abordado con rigurosidad por parte del Tribunal de la Inspección Judicial e incorporado en los temarios para la carrera judicial e, incluso, debe ser ampliamente conocido por parte del Departamento de Planificación del Poder Judicial.

La violencia contra las mujeres es una realidad que debe ser abordada jurídicamente con seriedad y diligencia. Esto requiere la inclusión de la evaluación del principio de debida diligencia en la carrera fiscal y en los cursos básicos de inducción para laborar en el Poder Judicial, pues también el personal técnico y el pericial deben

Volver al índice

conocer su contenido y las consecuencias de su inobservancia.

En el año 2021, por medio del Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial, Costa Rica ha emitido el *Protocolo conjunto homologado Oij-Mp para la investigación de mujeres mayores de edad desaparecidas y no localizadas con enfoque diferenciado según perspectiva de género.* El *Protocolo* establece procedimientos detallados y contempla disposiciones sobre consideraciones operativas en caso de hallazgo de la mujer con vida o fallecida, así como aspectos administrativos indispensables como la capacitación. Es pronto para evaluar el contenido y la aplicación de ese *Protocolo*. Se entiende que, conforme transcurra el tiempo, será necesario someterlo a ajustes para concretar el principio de debida diligencia.

El citado *Protocolo* opera para los reportes de mujeres desaparecidas o no localizadas mayores de edad, pues para las personas menores de edad, corresponde aplicar el *Protocolo nacional del sistema de alerta y procedimiento para la coordinación y reacción inmediata entre las instituciones públicas y privadas ante la desaparición o sustracción de mujeres menores de edad* suscrito por la Comisión Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta (CONASA) conforme con la Ley N.° 9307.

Como la impunidad no es una opción, el Poder Judicial debe esforzarse seriamente para superar todos los obstáculos que faciliten o promuevan la impunidad en todas las etapas de los procedimientos. Si alguna persona que ejerce función pública no tiene claro esto, lo óptimo es que no forme parte de la Administración de Justicia ni del aparato policial.

El cumplimiento del principio de debida diligencia impone: *prevención, protección, investigación, castigo y reparación.* Cada uno de los componentes del citado principio requiere acciones. Insisto: la debida diligencia es un movimiento estatal multidisciplinario con propósito cierto; es el marco convencional en pleno funcionamiento.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha aceptado que, en la función pública, incluyendo la judicatura, es posible la objeción de conciencia no solamente para la prestación del servicio público, sino también para la capacitación o formación obligatoria si la persona funcionaria pública lo considera contrario a las convicciones religiosas, éticas o morales.

Garantizar el acceso a la justicia por parte de las mujeres es un reto frente a personas funcionarias públicas que objeten conciencia. En sí, no se comprende de qué forma la objeción de conciencia le permite al Estado cumplir lo dispuesto en los incisos a) y c) del artículo 8 de la Convención de Belem Do Pará y, además, dar fiel cumplimiento al principio de debida diligencia.

Nuestro país ha legislado sobre temas que hace décadas se considerarían impensables en materia de violencia de género. No obstante, sin capacitación toda esta normativa podría convertirse en letra muerta. Sin capacitación, ¿dónde quedan la justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad, suministro de recursos y rendición de cuentas de los sistemas de justicia?

Debe quedar muy claro que incumplir el principio de debida diligencia también expone a Costa Rica a ser denunciada ante el Comité de la CEDAW con fundamento en el *Protocolo facultativo de la CEDAW*, Ley N.°8089, pues la violencia es una forma de discriminación.

El cumplimiento del principio de debida diligencia impone el ejercicio de la función pública con ética. Así, la ética se tiene o no se tiene, pues no hay puntos medios.

Volver al índice

Bibliografía

Normativa

Comisión Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta. (2015). *Protocolo nacional del sistema de alerta y procedimiento para la coordinación y reacción inmediata entre las instituciones públicas y privadas ante la desaparición o sustracción de mujeres menores de edad.*

Ministerio Público. Organismo de Investigación Judicial. (2021). *Protocolo conjunto homologado OIJ-MP para la investigación de mujeres mayores de edad desaparecidas y no localizadas con enfoque diferenciado según perspectiva de género.*

Oficina de las Naciones Unidas. (1991). Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios. *Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.*

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1999). *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.*

Organización de Naciones Unidas. Resolución de la Asamblea General 48/104, 20 de diciembre de 1993.

Organización de Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Resolución E/CN.4/2006/61 del 20 de enero de 2006.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (1 de diciembre de 1937). Ley Orgánica del Poder Judicial. Ley N.° 8. *La Gaceta,* n.° 270.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (29 de mayo de 1953). Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada. Ley N.°1573. *La Gaceta,* n.° 120.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (8 de junio de 1967). Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer. Ley N.° 3877. *La Gaceta,* n.° 130.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (23 de febrero de 1970). Convención Americana de Derechos Humanos. Ley N.° 4534.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (2 de octubre de 1984). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer. CEDAW. Ley N.° 6969.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (26 de marzo de 1990). Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer. Ley N.° 7142. *La Gaceta,* n.° 59.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (3 de marzo de 1995). Ley contra Hostigamiento o Abuso Sexual en el Empleo y la Docencia. Ley N.° 7476. *La Gaceta,* n.°45.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (2 de mayo de 1995). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer. Convención de Belém do Pará. Ley N.° 7499.*

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (2 de mayo de 1996). Ley contra la Violencia Doméstica. Ley N.° 7586. *La Gaceta.* n.° 83.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (18 de mayo de 1998). Ley del Instituto Nacional de las Mujeres. Ley N.° 7801. *La Gaceta,* n.° 94.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (1 de agosto de 2001). Protocolo Facultativo de

Volver al índice

la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ley N.° 8089. *La Gaceta,* n.° 147.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (1 de marzo de 2007). Ley para Impedir el Matrimonio de Menores de Quince Años. Ley N.° 8571. *La Gaceta,* n.° 43.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (30 de mayo de 2007). Ley de Penalización de la Violencia contra Las Mujeres. Ley N.° 8589. *La Gaceta,* n.°103.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (2 de junio de 2010). Reforma a la Ley contra el Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia. Ley N.° 8805. *La Gaceta,* n.°106

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (2 de marzo de 2011). Reforma a la Ley contra la Violencia Doméstica. Ley N.° 8925. *La Gaceta,* n.° 43.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (25 de marzo de 2011). Reforma Ley de Penalización de la Violencia contra Las Mujeres. Ley N.° 8929. *La Gaceta,* n.° 60.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (8 de febrero de 2013). Ley contra la Trata de Personas y Creación de la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas. Ley N.° 9095. *La Gaceta,* n.° 28. Alcance, n.° 27.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (21 de octubre de 2014). Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal. Ley N.° 9271. *La Gaceta,* n.° 210.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (18 de noviembre de 2015). *Creación del Sistema de Alerta y el Procedimiento para la coordinación y reacción inmediata entre las instituciones públicas y privadas ante la desaparición o sustracción de personas menores de edad. Ley N.° 9307*.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (23 agosto de 2016). Reforma a la Ley de Penalización de la Violencia contra Las Mujeres. Ley N.° 9374. *La Gaceta,* n.°161. Alcance 140.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (13 de enero de 2017). Ley fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones impropias. Ley N.° 9406. *La Gaceta,* n.°10. Alcance, n.° 9.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (18 de mayo de 1998). Reforma a la Ley contra la Violencia Doméstica. Ley N.° 9692. *La Gaceta,* n.° 94.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (27 de enero de 2020). Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos. Reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ley N.° 9808. *La Gaceta,* n.° 16.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (17 de marzo de 2020). Reforma a la Ley General de Salud. Ley N.° 9824. *La Gaceta,* n.° 52.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (29 de abril de 2021). Ley para garantizar la publicidad de las sanciones firmes impuestas por conductas de hostigamiento sexual. Ley N.° 9969. *La Gaceta,* n.° 82.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (31 de mayo de 2021). Reforma a la Ley de Penalización de la Violencia contra Las Mujeres. Ley N.° 9975. *La Gaceta,* n.° 103.

Volver al índice

República de Costa Rica, Asamblea Legislativa. (23 de agosto de 2021). Ley para Establecer el Femicidio Ampliado. Ley N.° 10022. *La Gaceta* n.°161. Alcance n.° 164. (20 de octubre de 2021).

Reforma Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia. Ley N.° 10029. *La Gaceta,* n.° 2002. Alcance, n.° 213.

República de Costa Rica, Asamblea Legislativa. (17 de mayo de 2022). Ley para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Política. Ley N.° 10235. *La Gaceta*, n.° 90. Alcance, n.° 98.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. (30 de mayo de 2022). Ley de Reparación Integral para Personas Sobrevivientes de Femicidio. Ley N.° 10263. La Gaceta, n.° 99. Alcance, n.° 109.

Doctrina

Alonso Vidal, Horacio-José. (2012). *Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del derecho.* Documento consultado el 14 de junio de 2018, en el sitio http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2012.35.07

Broun Isaac, Jorge. (2020). El principio de diligencia como garantía de justicia. *Revista Saber y Justicia.* 1(17),7-46. Consultado el 8 de julio de 2022 en el sitio https://saberyjusticia.edu.do

Domínguez Hidalgo, Carmen. (2005). Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y revisión moderna. *Revista Chilena de Derecho*. Documento consultado el 27 de junio de 2018 en el sitio http://redalyc.org/articulo.oa?id=177021336001

Organización de Estados Americanos. (2008). *Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará – MESECVI-. Declaración sobre el Femicidio.*

Peyrano, Jorge. (1997). *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas.* Ponencia del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal. El derecho procesal en el umbral del tercer Milenio. Corrientes Argentina.

Ruiz Ruiz, Ramón. (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y Realidad, n.º* 20. Documento consultado el 17 de junio de 2018 en el sitio https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/viewFile/4860/3952

Solís Madrigal, Mauren. (2021). *Ley contra la Violencia Doméstica*. Comentada y anotada con opiniones consultivas y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sala Primera, Sala Segunda, Sala Tercera y Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, así como resoluciones del Tribunal de Familia, circulares de Corte Plena y Consejo Superior del Poder Judicial. Incluye *Protocolo interinstitucional de intervención y valoración de riesgo en situaciones de violencia contra las mujeres*. Investigaciones Jurídicas. Quinta edición.

Jurisprudencia

Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer. Comité CEDAW. Recomendación general n.° 33. Acceso a la Justicia de las mujeres.

Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer. Comité CEDAW. Recomendación general n.° 35. La violencia por razón de género contra la mujer.

Volver al índice

Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Comité CEDAW. (Agosto de 2014). *Caso Ángela González Carreño contra España*. Comunicación 47/2012

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (29 de julio de 1988). *Sentencia de fondo. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (16 de noviembre de 2009). *Sentencia de fondo. Caso González y otras –"Campo Algodonero"- contra México.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (7 de septiembre de 2021). *Sentencia de fondo. Caso Barboza de Souza y otros contra Brasil.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

N.° 1619-20 de las 12:30 del 24 de enero de 2020.
N.° 17098-21 de las 23:15 del 31 de julio de 2021.

Tribunal de Familia

N.° 1057-10, 7:40 del 4 de agosto de 2010.

N.° 936-10, 9:10 del 8 de julio de 2010.

N.° 16-10, 9:50 del 5 de enero de 2010.

N.° 491-12, 14:31 del 20 de noviembre de 2012.

N.° 94-13, 11:46 del 4 de marzo de 2013.

N.° 200-16, 15:00 del 31 de mayo de 2016.

N.° 518-17, 11:14 del 29 de noviembre de 2017.

N.° 468-19, 14:12 del 2 de octubre de 2019.

N.° 622-19, 8:58 del 12 de diciembre de 2019.

N.° 611-19, 15:09 del 4 de diciembre de 2019.

N.° 610-19, 14:56 del 4 de diciembre de 2019.

Entrevista

Volver al índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 133, págs 267 - x ISSN 2215-2385 / Diciembre 2022

ENTREVISTA CON EL MAGISTRADO DON ORLANDO AGUIRRE GÓMEZ, PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Realizada por Vilma Alpízar Matamoros.



Yo estoy acá porque un día se me ocurrió aprender a escribir a máquina y el único lugar donde había una, era en la Alcaldía de Jicaral.

Don Orlando podría contarnos un poquito sobre su infancia, sus primeros estudios, su familia?

Yo nací en un pueblito que se llama Corozal de Puntarenas, después mis papás se trasladaron a vivir a Jicaral, que queda como a seis kilómetros de Corozal. Jicaral era un pueblo pequeño pero tenía más cosas como escuela y seguro mis papás estaban pensando en la escuela para nosotros, tengo mis primeros recuerdos en una finca donde vivimos como a 3 km del centro de Jicaral. Recuerdo mi ingreso a la escuela, lo hice muy chiquito, no tenía 6 años todavía y entré a la escuela porque acompañaba a mi hermana que era mayor que yo y la maestra me sentó, me dio un lápiz y un cuaderno para entretenerme, y a mí me interesó el asunto y rápido aprendí a leer y escribir con el Silabario Porfirio Brenes Castro. Después mis papás se trasladaron al centro de Jicaral y ahí continué la escuela. Hay cosas que son como virtudes y como desgracias al mismo tiempo, yo era un chiquillo un poquito adelantado para la edad, me interesaban las cosas, era precoz y en ese entonces había una oficina de teléfono en la cual nombraron a mi papá como telefonista y ahí se recibía el correo y la gente llegaba a retirar las cartas y yo siendo un chiquillo de 10 años me metí ahí a atender y ayudar. Posteriormente el gobierno creó una oficina de correos y telégrafos pues había crecido el volumen y como mi papá no era telegrafista lo quitaron. Ese día llegaron unos señores y le avisaron sin embargo le ofrecieron el puesto de mensajero pero mi papá les dijo que no le interesaba y le dijeron, usted no tiene un hijo o alguien, pienso que estaban pensando en que se iba a quedar sin trabajo. Yo estaba acomodando cosas y mi papá dijo solo él. En un primer momento le dijeron que no porque solo tenía 10 años, pero antes de irse le dijeron póngalo. En esa época no había ninguna ley sobre tutela de menores, aún más ni el Patronato

Volver al índice

funcionaba en esa zona. Así me nombraron mensajero de Jicaral y luego llegó el telegrafista don Virgilio Peralta Ríos. Don Virgilio era un hombre buena gente, me dijo que le gustaba el orden, que todo estuviera limpio, había un patio al frente, me dijo que había que tenerlo barrido y me preguntó si sabía leer y escribir, le dije claro que si y me puso a escribir en un block de periódico que se usa para recibir telegramas y me dijo si sabés y hasta escribís bonito. Y me dijo pero vos tenés que ir a la escuela, cómo vas a hacer. Yo le dije que había hablado con el maestro, un muchacho muy joven, quien junto con su hermana fueron los primeros que se habían graduado de ese lugar como maestros en la Normal de Heredia y estaba comenzando, era el primer año y me dijo que me ayudaba. Había unos días en que yo no podía ir a la escuela, el día que llegaba el correo en la mañana, salvo que llegara en la tarde por las mareas ya que llegaba en lancha. Ahí nos acomodamos y siento que no fue un obstáculo hice cuarto, quinto y sexto trabajando. Luego vino otro telegrafista, don Ulises Peraza, que se fue debido a la invasión del 55, lo trasladaron a La Cruz porque a un telegrafista le había dado un infarto y también se produjo una concentración de policías y de resguardo fiscal porque hubo una persecución a fabricantes de licor clandestino. En fin, el caso es que yo me quedé como un mes a cargo de la oficina, todavía no habían puesto el morse y estábamos con unas líneas telefónicas. Me tocó estar con un señor que era posta de correo, figura que hoy ya no existe. Era un señor que allá en esos lugares remotos se iba a caballo a repartir por los pueblos el correo una vez a la semana.

Cuando tuvo su primer contacto con el Poder Judicial?

Seguí trabajando, muy jovencito y luego me interesé por aprender a escribir a máquina y el único lugar donde había máquina de escribir era en la alcaldía y entonces ya con 16 o 17 años aprendí a escribir a máquina en la alcaldía. Por eso estoy aquí digo yo, ahí me quedé ayudándolos a ellos. Muchos eran alcaldes legos, sin estudios de derecho. Ahí me conoció un juez de Puntarenas y un día me llegó un telegrama de que me habían nombrado conserje en Puntarenas y me vine a vivir a Puntarenas y estuve 15 días porque la persona que se había ido con un ascenso decidió regresarse y me quedé sin puesto, lo único que había era un puesto de citador y conductor de reos y ahí caí, fue una experiencia muy bonita.

Después de ahí volví a conserje del juzgado, pero con motivo de mi trabajo como conductor y citador de reos me había vinculado a las oficinas penales y un día me llamó el juez penal para decirme que había quedado vacante la prosecretaría del juzgado y que me quería nombrar prosecretario y yo sabiendo que el juzgado tenía dos o tres escribientes me pareció que no estaba bien que yo pasara a prosecretario del juzgado y yo le dije eso al juez y me dijo bueno, yo soy el que mando aquí y el que nombro. Acepté el puesto y no tuve problema con los compañeros. Ahí me quedé un tiempo hasta que apareció allá en Puntarenas un actuario de San José y me dijo que un alcalde de Puntarenas me lo recomendó y yo necesito a alguien en el Juzgado Civil de San José y decidí aceptar.

Trabajé varios años en el Juzgado primero civil que estaba frente a Uribe & Pagés por el parque Morazán. Ya en Puntarenas había iniciado mis estudios secundarios ya que lo que tenía era sexto grado y en el José Joaquín Jiménez continué mis estudios en el nocturno hasta graduarme de bachiller y luego entré a la Universidad de Costa Rica cuando estábamos en Ciencias Económicas. En mi paso por el Juzgado Civil me interesó la materia, tenía un buen juez, gran civilista don Mario Gólcher Avendaño y aprendí mucho. Con él me atreví a dictar sentencias y a resolver cosas. En ese juzgado se daban muchas quiebras y a nadie le gustaba la materia, yo empecé a travesear esos expedientes y terminé conociendo muy bien el tema y don Mario me encargó todo lo referente a quiebras, hasta que un día Elizabeth Odio me dijo vos tenés que

Volver al índice

venirte para acá e impartí juicios universales y derecho concursal primordialmente y ella me promovió y me nombraron en propiedad en la Universidad de Costa Rica. La faceta como educador me ha llenado muchísimo, he tenido una gran relación con alumnas y alumnos que han ocupado cargos importantes pero siguen siendo como las mismas personas que tuve de alumnos.

Posteriormente de Aserrí, me nombraron alcalde civil de Tibás y luego me nombraron como actuario en el Juzgado Civil de San José y después fui Juez Primero Civil, ahí me tocó sustituir a mi maestro don Mario Gólcher . Yo tenía en la mente la ilusión de irme de juez a un lugar lejano y estando de actuario pedí el juzgado de Cañas y nombraron a otra persona, luego pedí el de San Carlos y nombraron a una señora como Jueza. Don Edgar Cervantes me promovía y me explicaba por qué no me habían nombrado, luego pedí el Juzgado de Turrialba y tampoco me nombraron y después pedí el Juzgado Civil y ahí si me nombraron y de ahí al Tribunal, a la Sala y hoy aquí en la presidencia de la Corte.

Don Orlando desde su cargo como presidente de la Corte cuál es el área que desea desarrollar especialmente durante su gestión?

Por distintas circunstancias, la Corte se ha llenado de muchos pendientes, de muchos asuntos que se han ido quedando sin resolver por diversas razones, no porque alguien sea culpable. La Corte se ha ido enredando un poco con los casos que conviene llevarlos día a día. Una de las causas para que esto sucediera es porque siempre ha existido la idea de que los magistrados debemos dedicarnos más a nuestras salas y que los temas administrativos pasen a otras dependencias, pero ha venido sucediendo todo lo contrario muchas veces hemos acaparado lo que yo llamo administración ordinaria. Uno de los proyectos míos es ir limpiando a la Corte y ya hemos empezado con eso, lo primero es ponernos al día y ya estamos bastante al día, segundo tratar de quitarle algunas competencias algunas requieren reforma legal, otras se pueden ir haciendo de hecho ya hicimos unas de nombramientos de jueces interinos pasamos al Consejo ya que la ley lo permite. El otro es fortalecer el Consejo de la Judicatura y quitarle tanto al Consejo Superior como a la Corte todo el tema de Judicatura y concentrarlo en un órgano especializado con participación de jueces como está ahora pero con mayores competencias, un órgano digamos más robusto, con más músculo que se haga cargo de toda esa temática. Somos 22 magistrados y a veces se enreda y talvez la gente no lo entienda, porque todos tienen derecho a opinar a cuestionar por el famoso concepto del voto informado y tienen ese derecho entonces un nombramiento a veces se nos enreda. Un órgano pequeño que es el que ha venido informando, que es el que ha venido administrando y dando seguimiento a todas las personas llega a una votación más rápida, todos saben y por qué votan de tal manera.

Algún otro tema que le preocupe solucionar?

El otro tema que me ha preocupado mucho es el de la mora, aunque estamos tratando de no usar la palabra porque está satanizada, hablemos de retraso y lo estoy dividiendo en dos áreas. Una que tiene que ver con el retraso en la tramitología en los juzgados yo quisiera sistematizar el control del juzgamiento de los juzgados. Nosotros tenemos los juzgados informatizados, todos están conectados y nosotros podemos ver el juzgado de Cóbano o cualquier otro por ejemplo en lo laboral tenemos estructuras ya hechas a través de indicadores de gestión, que están aplicados y desde aquí podríamos meternos en el Juzgado de Puntarenas y constatar que el juez tiene 125 expedientes para sentencia. Ahora puede ser que en la realidad no tenga 125 porque la bondad de estos sistemas depende de cómo se alimentan y puede ser que el juez haya sacado

Volver al índice

20 y no se refleja pero es un monitoreo. Pero viera que existe lo que en otras partes denominan auditorias técnicas, usted puede nombrar desde aquí un equipo, que bueno ya existe, Planificación tiene un brazo en los circuitos, para estadísticas y cosas de esas, ahora tenemos contralorías de servicio pero eso está como desarticulado, entonces si nosotros pudiéramos organizar una oficina de control técnico permitiría hacer un auditoraje técnico rápidamente en un despacho y así tendríamos alertas que nos llevarían a conectarnos directamente ya que si Planificación tiene un funcionario este iría a ver que es lo que sucede y para organizarlo casi ni se necesitan recursos, es utilizar lo que ya tenemos, en laboral está construido, el tema de los indicadores que existan para todos los despachos, habría que construir algunos que hagan falta. En la conexión tenemos las estructuras tecnológicas para hacerlo. Lo que si necesitaríamos sería alguna normativa para empoderar a esta unidad, porque se pueden hacer planes remediales, pero ya en norma en ley, este órgano tendría la facultad de darle plazos y establecer que pasa si no cumple. Tampoco se trata de una policía, se puede ligar esto con la evaluación de desempeño y hasta con la promoción en cuestiones de nombramiento, pero si se necesita una pequeña normativa.

Relacionado con la mora hay un tema que no es propiamente de mora pero que nos da resultados negativos hacia afuera que es el manejo de los expedientes penales, a mi me preocupa el tema del manejo. Esto es una cuestión muy gráfica, usted ve que en el redondel a un toro le salen sesenta o setenta toreros improvisados y el toro por más bravo que sea vuelve a ver para un lado y para otro y no sabe que hacer, no tiene control de la situación. A nosotros nos pasa parecido, casos de esos sonados inmediatamente vienen veinte abogados, unos hace una gestión por acá, otro hace otra gestión por otro lado, audiencia en la mañana, audiencia en la tarde, audiencia en la noche y lo quitan y nombran otro y ponen una excarcelación y un montón de gestiones más, y a veces se pierde un poco el control y manejo del ese expediente que por lo general se hace muy extenso.

Hay que hacer algo, quizá una mesa de trabajo con participantes de todos lados, con la gente que realmente lo siente, a veces me parece fuera de la realidad que haya audiencias que duren años pero bueno es nuestra realidad. Esas son las cosas en las que pretendo trabajar estos años no son muchas pero son importantes.

La última pregunta es en cuanto a los retos del Poder Judicial, siempre se habla de mora y cuestiones de presupuesto pero qué opina usted al respecto.?

Bueno el tema económico trasciende al Poder Judicial. A nosotros nos está afectando mucho la Ley de estabilización económica, porque hizo limitaciones salariales. Si bien deja a salvo los viejos, los salarios para los nuevos sobre todo para los de nuevo ingreso son muy bajos, tenemos problemas por un lado en la captación del recurso humano porque tenemos que pelear con el mercado y el mercado está ofreciendo en otras áreas condiciones mucho mejores que las que nosotros ofrecemos y ahí salimos perdiendo en esa lucha. Estamos atados actuamos con reglas no podemos salirnos de ahí. También nos afecta desde otra perspectiva que es la salida del talento humano. Estamos perdiendo día a día recursos. Con frecuencia nos vienen jueces que renuncian y dicen es que tengo un emprendimiento personal y por lo general van a trabajar a bufetes donde les pagan mejor. Los policías, en cualquier lado que les ofrezcan algo mejor se van y generalmente han tenido un adiestramiento, conocen el ambiente y están saliendo constantemente. También en el área informática, este año no sé cuántos llevamos ya, hace tres meses me dijeron que se habían ido 15 informáticos, que para nosotros es un gran número con el agravante que no los podemos sustituir porque tenemos que hacerlo con nuevos salarios y nadie se viene así. Es un tema muy delicado.

Volver al índice

Y en el aspecto técnico es un poquito más crítico porque abogados hay muchísimos y quizá se capten a muchos que no encuentran acomodo en otros lados pero que aquí les demos capacitación y llenemos bien los espacios. Pero esa ley de Fortalecimiento de las finanzas públicas nos vino a afectar en ese sentido. Igual la ley de empleo público que viene también a afectarnos porque a partir de marzo del año entrante tenemos que pasar los salarios al esquema de salario único. Vamos a tener que definir, aunque ya lo hemos trabajado bastante, la Rectoría, porque esta ley es muy compleja por un lado nos vincula a las políticas públicas de empleo y por otro lado crea lo que llaman rectorías o sea que MIDEPLAN pasa a ejercer una rectoría. Sin embargo en virtud de las autonomías las Universidades pueden definir rectorías como la Universidad de Costa Rica va a mantener una rectoría del personal que ellos consideren, me imagino que los que estén vinculados a los tres postulados básicos de la universidad: academia, investigación, ciencia, pero un gran número de servidores van a quedar vinculados a una rectoría que es el MIDEPLAN. Igualmente nos dicen a nosotros, que tenemos que definir cuál es la rectoría, lo que pasa es que nosotros tenemos como un poquito más de margen porque la Sala Constitucional, cuando conoció en consulta esos proyectos dijo que no eran inconstitucionales en el entendido de que como se mantenían vigentes la Ley orgánica del Poder Judicial, el Estatuto del servidor judicial y la Ley de salarios del Poder Judicial que si se querían derogar debía hacerlo la Asamblea expresamente y que no los incluyó en las derogatorias entonces nos dejó a nosotros la posibilidad de fijar la rectoría, entonces ahora tenemos ahí esa tarea para resolver eso ojalá antes de que termine este año porque la gente está muy preocupada. Eso es un problema de interpretación y aplicación que vamos a ver cómo lo sacamos y ver la extensión de esa rectoría que vamos a definir. Pero también está el otro tema que es el que si no podemos sustraernos estamos vinculados por esta ley en temas de políticas públicas, de salarios, de empleos, el fijar nuestros salarios pero no se cómo se va a hacer, porque el Poder Ejecutivo no ha dictado ninguna reglamentación, no ha dictado ninguna directriz no sabemos como viene, pero es un problema que afecta no la independencia pero si el funcionamiento del Poder Judicial.

Terminamos esta entrevista no sin darle las gracias a don Orlando por su amabilidad y disponibilidad para conversar sobre aspectos tan importantes para el funcionamiento del Poder Judicial. Esperamos que se cumplan todos sus proyectos de mejoramiento para beneficio de nuestro país.

Nota: *En esta entrevista se trata de mantener el lenguaje coloquial y ameno en que se desarrolló la conversación.*

Volver al índice

Reseña de Libros e Investigaciones

Volver al índice

RESEÑA DE LIBROS



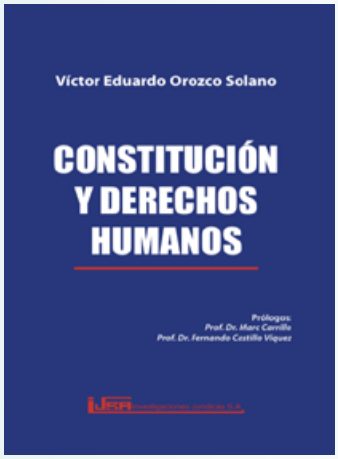
Garantías mobiliarias: ciclo de vida y ejecución.
Luis Mariano Argüello.

La presente reflexión pretende contribuir en la profundización de los debates que se asocian con esa temática, buscando a su vez, sumar insumos de consulta que vengan a ampliar los horizontes de algunas importantes pero escasas obras que se han venido publicando en los últimos años en nuestro país. En el primer estudio se establece una perspectiva progresiva de entender la garantía mobiliaria conectándola con una orientación conocida dentro del campo de los derechos reales; de este modo, se marca una nítida separación frente a las concepciones estático conceptuales de abordar el fenómeno en estudio para propiciar una comprensión que suministre sus manifestaciones a nivel de las heterogéneas prácticas financieras, empresariales y comerciales que la justifican.

Por otro lado, en la segunda reflexión se busca generar premisas elementales para orientar el curso procedimental de la ejecución de las garantías mobiliarias principalmente a nivel judicial, sin esquivar la predominancia extrajudicial que por diseño teórico existe en esta materia; así, se postula, que la etapa más delicada en el ciclo de vida de una garantía mobiliaria —y que a fin de cuentas determina el éxito o fracaso del sistema— es su potencial o necesaria ejecución, misma que si bien busca ser efectiva, oportuna y económica debe a la vez, saber equilibrar los intereses en juego.

Se trata del sempiterno debate por balancear (ante el incumplimiento) los derechos del acreedor garantizado frente las obligaciones del deudor garante; no obstante, se procura que aquella inherente contradicción se oriente en superar los tintes conflictivos clásicos para arribar a una noción de mayor flexibilidad, entendimiento y cooperación que, de la mano del derecho del debido proceso y el derecho de defensa, genere que los resultados finales sean lo más satisfactorios posibles. A modo de anexo, la presente monografía cierra con un cuadro analítico que proporciona algunos datos de interés al asociar criterios relevantes de las garantías mobiliarias con las sentencias y/o precedentes donde han surgido.

Volver al índice



CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Victor Eduardo Orozco Solano.llo.

La trayectoria de don Victor Orozco en el campo de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional es inmensa y prueba de ello son sus obras en las que se aprecia un amplio estudio de jurisprudencia y doctrina no siendo esta obra la excepción. Este libro se divide en tres partes la primera trata sobre el principio de la dignidad humana como derecho fundamental, así como los alcances del derecho a la vida y el principio de autonomía de la voluntad; la segunda parte se refiere a los derechos de grupos en condiciones de vulnerabilidad y su protección constitucional y la tercera parte está dedicada a los derechos de grupos en condiciones de vulnerabilidad y su protección constitucional.

Cada una de estas partes se subdivide en capítulos con temas tan polémicos como la eutanasia, el homicidio por piedad, la penalización del aborto, desde la visión de la jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional o el análisis de los sacerdotes y la política en que se analiza la jurisprudencia de la Sala Constitucional y el Tribunal Supremos de Elecciones, entre otros. Un libro para leer y reflexionar.

Volver al índice

Personas que colaboraron en este número

Volver al índice

PERSONAS QUE COLABORARON

MS.c. JORGE CABRERA MEDAGLIA. Profesor de derecho ambiental en los cursos de grado y posgrado (especialidad y maestría) de la Universidad de Costa Rica. Posee varias maestrías en derecho. Es Investigador del Centro de Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible (CISDL) con sede en Montreal y consultor internacional en temas de derecho ambiental. Miembro de la Lista de Árbitros Ambientales del DR-CAFTA. Ha escrito numerosos artículos y varios libros en estas materias tanto dentro como fuera del país. Correo electrónico: jorgecmedaglia@hotmail.com

Dr. VICTOR EDUARDO OROZCO SOLANO. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Juez contencioso administrativo.

MS.C. MAUREN ROXANA SOLÍS MADRIGAL. Máster en Administración de Justicia, Enfoque Sociojurídico con Énfasis en Administración de Justicia en las Relaciones Familiares, Universidad de Nacional. Jueza de familia y magistrada suplente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Docente. Autora de diferentes publicaciones en el campo del derecho de las familias. Correo electrónico: msolism@poder-judicial.go.cr

DR. FRANCISCO CHACÓN BRAVO. Profesor de la Universidad de Costa Rica y de la Lead University

DR. LUIS MARIANO ARGÜELLO ROJAS. Doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia. Máster en Administración de Justica Enfoque Sociojurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica (UCR). Es licenciado en Derecho con énfasis en Derechos Humanos por la UCR Correos electrónicos: luis.arguellorojas@ucr.ac.cr / arguellomariano@gmail.com.

MSc. FRANK HARBOTTLE QUIRÓS. Doctorando en Derecho y máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia; licenciado en Derecho con honores de la Universidad de Costa Rica; especialista en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en el Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Castilla-La Mancha, España; 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; participante en la tercera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana, Georg-August Universität Göttingen, Alemania; 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

MS.c. JOSE MIGUEL FONSECA VINDAS. Juez de Familia y Violencia Doméstica desde 2005. Actualmente es juez propietario en el Juzgado contra la Violencia Doméstica del Primer Circuito Judicial de Alajuela; juez suplente del Tribunal de Familia desde 2014 a la fecha. Máster de la Maestría de

Volver al índice

Administración de Justicia de la Universidad Nacional de Costa Rica. Correo electrónico: mfonsecav@poder-judicial.go.cr

MSc. ADÁN CARMONA PÉREZ. Mediador de la Universidad de Costa Rica y Corte Suprema de Justicia – CEDEMAR; bachiller y licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica; egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica; Máster con graduación de honor en Criminología y Seguridad Humana de la Universidad de Cooperación Internacional; Máster en Sociología Jurídico Penal de la Universidad de Cooperación Internacional y la Universidad de Barcelona; Especialista en Justicia Constitucional y Tutela de Derechos Fundamentales de la Universidad de Pisa, Italia; Especialista en Crimen Organizado, corrupción y terrorismo por la Universidad de Salamanca, España. Además, ha sido miembro de la Comisión de Legitimación de Capitales del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, así como también, de la Comisión de Violencia Doméstica y de la Comisión de Seguimiento de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres del Poder Judicial de Costa Rica. Ha sido conferencista a nivel nacional e internacional. Profesor en Derecho Penal tanto en grado como en posgrado, en los siguientes cursos: Derecho Procesal Penal, Derecho Penal General, Derecho Penal Especial, Derechos Humanos y Criminología. Además, facilitador en el Poder Judicial de Costa Rica. Entre sus publicaciones destacan: Control difuso de convencionalidad: Una invitación garantista para soslayar el tratamiento inconvencional de la detención provisional en penal juvenil (2015); ¿existe solución al hacinamiento carcelario costarricense? Reflexiones desde la criminología crítica, derecho penal mínimo y garantista (inédito) (2017); Atrocidades masivas: dilema entre actuación de los estados y las obligaciones en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos (2018); Libro Aspectos teóricos y prácticos para la defensa penal en los delitos de violencia contra las mujeres (2020).Ha trabajado como defensor público en la Defensa Pública del Poder Judicial de Costa Rica, en las áreas de Penal Juvenil, adultos, Impugnaciones y en la Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres, donde actualmente es el coordinador nacional. Coordinador de proyectos de cooperación internacional en el Poder Judicial.

MS.c. DIAMANTINA ROMERO CRUZ. Master en derecho. Jueza 5 en el Tribunal de Apelaciones de Trabajo del Primer Circuito Judicial de San José. Correo electrónico: dromero@poder-judicial.go.cr

MSc. MARÍAANGÉLICA FALLAS CARVAJAL Licenciatura en Derecho y Notariado, Universidad Escuela Libre de Derecho. Especialización, curso de Formación Judicial, Jurisdicción Social y el Nuevo Derecho del Trabajo, Aula Iberoamericana del Consejo General del Poder Judicial de España. Especialización en materia laboral, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Maestría en Administración de Justicia, Enfoque Sociojurídico, con Énfasis en Materia Civil, Universidad Nacional de Costa Rica. Jueza de trabajo.

MSC. MARIO FELIPE MARÍN CASCANTE. Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con Énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Licenciatura en Derecho y especialidad en Derecho Notarial y Registral, ambas de la Universidad de Costa Rica (UCR). Sus graduaciones de licenciatura y especialidad han sido con distinción. Su carrera profesional inicia en el año 2008 como fiscal en la Fiscalía Especializada de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios. Desde el 2013, es juez de la república y ha desempeñado su cargo en varios tribunales del país, actualmente en juzgados de la provincia de Heredia. A partir del 2015, es profesor de Derecho en la Universidad Hispanoamericana. Correo electrónico: mmarinc@abogados.or.cr

Volver al índice

DRA. LIZETH ALVAREZ SALAS. Jueza civil, exjueza concursal. Doctora *summa cum laude* en Derecho Procesal Civil y Comercial de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica con graduación de honor. Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica con graduación de honor y tesis honorífica. Exprofesora de Derecho Procesal Civil de la Universidad Latina de Costa Rica. Abogada litigante. Notaria pública externa. Curadora *ad litem*. Curadora concursal y notaria inventariadora. Compiladora de obras jurídicas. Autora en obra colectiva de artículos jurídicos. Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro fundadora y tesorera del Instituto Panamericano de Derecho Procesal-Capítulo Costa Rica. lalvarezs@abogados.or.cr

MSc. JOSE PABLO AMADOR VILLANUEVA. Juez de familia. Licenciatura en Derecho, Universidad Metropolitana Castro Carazo. Especialidad en derecho de familia, Escuela Judicial del Poder Judicial. Maestría de Administración de Justicia del Poder Judicial, enfoque socio-jurídico con énfasis en administración de justicia en relaciones familiares, Universidad Nacional de Costa Rica. Mediador y conciliador certificado, Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

LIC. JOSÉ MARIO ACHOY SÁNCHEZ. Abogado por la Universidad de Costa Rica y con formación en ciencias políticas por la misma casa de estudios. Cuenta con especializaciones en derecho, política y sociedad por la Universidad de Berlín y la Universidad Johann-Wolfgang Goethe de Frankfurt. Actualmente, se desempeña como consultor para el Programa Estado de la Nación y es docente e investigador de la Universidad de Costa Rica.

Volver al índice

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.

Volver al índice

- 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.284
- 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

Volver al índice

B. PROCEDIMIENTO:

Los artículos serán revisados por personas evaluadoras del Poder Judicial o externas. Si no cumple con los requisitos mínimos será rechazado. Si se recomiendan correcciones tendrá quince días naturales para hacerlas.

Las personas valuadoras dictaminarán sobre los siguientes aspectos:

- Un alto contenido académico.
- El aporte de tesis o conocimientos nuevos sobre el tema.
- Las afirmaciones respaldadas con argumentos, teoría o por investigación fáctica.
- La relevancia del trabajo en su campo.
- Un buen uso del idioma.
- Uso de lenguaje inclusivo.
- Una exposición clara.
- Una buena organización de las ideas.
- El empleo de las normas de publicación de artículos científicos avaladas por el Consejo Editorial

La recepción del artículo de las personas autoras postulantes, no implica el compromiso de 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

Volver al índice