

Poder Judicial

N° 134

ISSN 2215-2385

Revista Judicial

REVISTA JUDICIAL

ISSN 2215-2385

Nº 134

Junio 2023

DIRECTORA

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

CONSEJO EDITORIAL

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

MSc. Ileana Sánchez Navarro
Jueza del Tribunal Contencioso Administrativo

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

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

Dr. Luis Antonio Sobrado González
Docente universitario

MBA. Xinia Fernández Vargas
Secretaría Técnica de Género.

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

SUPLENTE

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

MSc. Jorge Arturo Ulloa Cordero
Representante de la Defensa Pública, en el Consejo
Directivo de la Escuela Judicial

Licda. Julieta Barboza Cordero
Jueza Conciliadora, Centro de Conciliación

Dra. Marcela Moreno Buján
Docente universitaria

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



REVISTA JUDICIAL

Nº134

Fundada en 1976

ISSN 2215-2385

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

Publicación semestral

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

DIRECTORA/EDITORIA

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

Diseño de la portada:

Raúl Barrantes Castillo

Diagramación e Impresión:

Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial

Revisión filológica de los artículos:

Licda. Irene Rojas Rodríguez

**© Edición aprobada por el Consejo Editorial
de la Revista Judicial**

CANJE

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

CORRESPONDENCIA Y SUSCRIPCIONES:

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

DIRECCIÓN SITIO WEB REVISTA JUDICIAL

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

CORREO ELECTRÓNICO:

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

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

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

CONTENIDO

I. PRESENTACIÓN.	07
II. ARTÍCULOS	09
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE DIGNIDAD HUMANA COMO BARRERAS INFRANQUEABLES EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. ¿SE NECESITA RETOMAR LAS SENDAS DEL VIEJO DERECHO PENAL LIBERAL? MSc. Adán Carmona Pérez	11
IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DE CASACIÓN. MSc. Patricia Méndez Gómez MSc. Hellen Segura Godínez	41
LA PERSONA NOTARIA COMO CONOCEDORA Y ASESORA DE LAS EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL MSc. William Bolaños Gamboa	57
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Dr. Alex Rojas Ortega	79
REGULACIÓN JURÍDICA DEL IMPACTO DE LA MARICULTURA SOBRE LA BIODIVERSIDAD OCEÁNICA Lic. Alina Guadamuz Flores	97
LA PRUEBA ANTICIPADA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN DE LA PRUEBA MSc. Diamantina Romero Cruz	117
PROCEDIMIENTO EXPEDITO PARA LOS DELITOS EN FLAGRANCIA: UNA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE JUSTICIA PRONTA Y CUMPLIDA MSc. Carlos Morales Chinchilla	129
EL FUNCIONES DE LA PERSONA ADMINISTRADORA DE JUSTICIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL. MENCIÓN ESPECIAL AL DERECHO PENAL MSc. Carlos Roberto Rodríguez Solís	141
SENTENCIA ORAL EN MATERIA PENAL. PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN CUANTITATIVA MSc. Laura Sánchez Sánchez	165

LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA: EL INFORME DEL INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA	
MSc. Minor Soto Fallas	177
LA REVISIÓN COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN	
MSc. Lissette Córdoba Quirós	191
LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA EN LAS RELACIONES DE CONSUMO Y LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA I Y LA SALA III DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
MSc. Alejandra Vargas Cruz	
MSc. Dalia Isela Núñez Alfaro	207
DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS INVESTIGACIONES BIOMÉDICAS Y SU REGULACIÓN NORMATIVA	
MSc. Yamileth Alvarado Mejías	
MSc. Ethel Chinchilla Sánchez	229
ASISTENCIA LEGAL GRATUITA A TRAVÉS DE LA DEFENSA PÚBLICA Y SU REGULACIÓN ACTUAL.	
MSc. Emi Lorena Guevara Guevara	245
III. ENTREVISTA A DON RODRIGO ALBERTO CAMPOS HIDALGO. DIRECTOR JURÍDICO DEL PODER JUDICIAL.	267
IV. PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NUMERO.	275
V. NORMAS DE PUBLICACIÓN.	279

PRESENTACIÓN

Cada vez que se publica un número de la Revista Judicial se siente una gran satisfacción de poder llevarles artículos novedosos y que les sean útiles en sus estudios o trabajo.

Agradecemos a todas las personas que colaboran con la elaboración de artículos y que han dedicado tiempo y esfuerzo investigando y han confiado en nosotros para publicar sus estudios. Especial reconocimiento por sus aportes, a las personas que han cursado la Maestría en Administración de Justicia, con Enfoque Socio Jurídico, de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) y han sacrificado su tiempo para poder prepararse y cumplir de la mejor forma con sus labores.

En este número se abordan temas como Crimen Organizado, Derecho de Familia, Constitucional, Ambiental, Procesal, Penal, Notariado, Derechos Fundamentales, Responsabilidad Civil y el tema sobre Asistencia legal gratuita.

También compartimos una entrevista realizada a don Rodrigo Alberto Campos Hidalgo, Director Jurídico del Poder Judicial, quien aclara algunas inquietudes sobre la Ley de Empleo Público y como afecta a la persona servidora judicial. Agradecemos a don Rodrigo su buena disposición y la ayuda brindada para dicha entrevista.

Como siempre los invitamos a compartir por este medio sus investigaciones, para lo cual les instamos a consultar las normas de publicación al final de la revista.

Gracias a todas las personas que hacen posible esta edición.

Dra. Vilma Alpízar Matamoros
Directora Revista Judicial



Artículos



EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE DIGNIDAD HUMANA COMO BARRERAS INFRANQUEABLES EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. ¿SE NECESITA RETOMAR LAS SENDAS DEL VIEJO DERECHO PENAL LIBERAL?

MSc. Adán Carmona Pérez*

RESUMEN

En el presente texto, se aborda críticamente la función del principio de legalidad y el de dignidad humana en el contexto de un Estado de derecho y un proceso penal de corte garantista, en la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, con especial enfoque en la legislación española y la costarricense. Con tal finalidad, se detallan someramente algunos aspectos sobre el principio de legalidad, dignidad humana, derechos fundamentales y Estado de derecho. Luego, se reflexiona sobre algunos modelos de derecho penal modernos, tomando partida respecto al que se considera que debe prevalecer. Por último, se señalan algunas regulaciones penales sobre el delito de terrorismo existentes en los países citados, las cuales se analizan desde el marco ideológico de un Estado de derecho y un proceso penal de corte liberal, y se concluye por qué motivo se considera que la lucha contra el terrorismo y, en general, contra el crimen organizado debe retomar las sendas del viejo derecho penal clásico.

Palabras claves: principio de legalidad, Estado de Derecho, dignidad humana, derechos fundamentales, terrorismo, crimen organizado, modelos de derecho penal.

ABSTRACT

This text is about the role of the principle of legality and the principal of human dignity in the context of both the Rule of Law and a criminal process respectful of the rights and guarantees (criminal guaranteeism), specifically in the fight against terrorism and organized crime, with special focus on Spanish and Costa Rican legislation. In addition, it analyzes some models of modern criminal law. Finally, some criminal regulations on terrorism offenses in the aforementioned legislations are pointed out, which are analyzed from the ideological framework of a Rule of Law and a liberal criminal process, concluding that the fight against terrorism and, in general, against organized crime, must return to the paths of the old classic criminal law.

Keywords: principle of legality, rule of law, principle of human dignity, fundamental rights, terrorism, organized crime, criminal law models.

Recibido: 2 de mayo de 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* 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 y coordinador de proyectos de cooperación internacional de la Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres del Poder Judicial. Correo electrónico: acarmonap@poder-judicial.go.cr

SUMARIO

Resumen de investigación
Introducción
Apuntes sobre modelos de Estados, principio de dignidad humana, principio de legalidad, derechos fundamentales y corrientes de derecho penal
Estado de derecho y Estados con tendencias autoritarias
Dignidad humana
Principio de legalidad
Derechos fundamentales
Modelos de derecho penal
¿Nuevos modelos de derecho penal moderno?
¿Cuál modelo de derecho penal debe existir en un Estado de derecho?
¿Existe un concepto jurídico/universal de terrorismo?
Terrorismo en la legislación penal española
Terrorismo en la legislación penal costarricense
Algunos apuntes críticos en torno a las políticas criminales represivas y regulación criminal del terrorismo en España y Costa Rica
Conclusiones
Referencias bibliográfica

INTRODUCCIÓN

La historia de la humanidad, desde las sociedades más antiguas, ha estado marcada por constantes (y cambiantes) luchas y desafíos que han requerido soluciones acordes a las diferentes cuestiones suscitadas. Las reflexiones en torno al bien y al mal no son para nada nuevas. De ello da suerte la grandiosa filosofía antigua (en reflexiones desarrolladas, por ejemplo, por Platón y Aristóteles), así como en los escritos religiosos (el Corán y la Biblia para mencionar algunos).

Quizás, no sería equivocado afirmar que las elucubraciones en relación con el bien y el mal son tan antiguas como la historia de la humanidad misma, no perdiendo vigencia en el pensamiento contemporáneo, ni mucho menos, en el moderno. Definitivamente es una pugna sin resolver.

Aquella vieja lucha entre el bien y el mal, ahora, en la modernidad, tiene otras caras, pero siempre la misma esencia: ***la ansiada búsqueda de bienestar, seguridad y protección individual y colectiva.*** Irónicamente, estas otras variables del bien y del mal son consecuencia de la inteligencia humana que ha desarrollado en los últimos siglos un encomiable y desbocado avance industrial y tecnológico, el cual hizo surgir casi inmediatamente el acuñamiento de lo que hoy conocemos como globalización.

Los avances industriales y tecnológicos han producido como efecto espiral —propio de un mundo globalizado— una capacidad de traslado (hoy un individuo puede estar en el continente americano y, horas más tarde, la misma persona puede estar en el continente africano) y comunicación (mediante plataformas tecnológicas, verbigracia, redes sociales) inimaginable apenas unos años atrás.

Esta rápida posibilidad de comunicación y traslado trae muchas ventajas y comodidades para la humanidad; empero, también, grandes riesgos y desafíos de seguridad. La pandemia provocada por el COVID-19 es un ejemplo de ello. Inició en Wuhan, en la provincia China de Hubei, y solo algunos días después, estaba presente en todo el planeta Tierra.

Seguramente, nadie en su sano juicio puede negar las ventajas de los avances tecnológicos, así como nadie puede rehusarse a aceptar los riesgos aparejados a ellos ni la sensación

de inseguridad implícita (reales o no) que sienten las personas en su esfera individual y colectiva, por una sencilla razón, aquellos riesgos van dirigidos normalmente a los más altos valores e intereses de una sociedad, tales como la vida, la libertad y el patrimonio.

Se pueden citar innumerables males/desafíos actuales, surgidos en el contexto de cita. Sin embargo, interesa para efectos de este texto desarrollar algunas reflexiones en torno a lo que hoy se le denomina, —con algún ápice de modernidad—, como: **terrorismo**. Este concepto, analizado de manera amplia, puede trastocar de manera transversal muchos otros males, muchos otros temas, muchas acciones, así como muchos lugares y, lamentablemente, también, muchas personas. Esto sugiere un concepto con alto contenido global y, por tanto, muy complejo y problemático.

El contenido global y complejo que, como se verá, tiene el terrorismo, amerita, también, que la respuesta para contrarrestarlo sea no solo novedosa, sino también compleja, dinámica y eficiente. Estas condiciones no siempre son conciliables con la lenta creación burocrática normativa (tipos penales), ni con los deficientes modelos procesales penales que, en la mayoría de los casos, son debido a su naturaleza, inflexibles y no acordes a las velocidades con que surgen nuevas realidades sociales.

Estos elementos que parecen requerir, necesariamente, cualquier respuesta para afrontar dichas problemáticas podrían tentar a quienes tienen el monopolio del poder para proponer, crear e implementar (investigar, acusar y juzgar) leyes, que pueden poner en riesgo y echar por la borda los pilares fundamentales en que se asienta un Estado de derecho (y que mucha sangre y vida le ha costado a gran parte de la humanidad),

entre ellos el principio de legalidad y la dignidad humana (también, por qué no, el principio de superioridad ética del Estado de derecho), todo con el afán de contrarrestar “el mal”, bajo el lema de que “el fin justifica los medios” (contrariando el principio kantiano que determina que ninguna persona puede ser utilizada como medio para lograr fines ajenos), como en efecto ha sucedido en algunos países latinoamericanos y europeos.

Bajo el contexto *supra* citado, la presente obra se dispone a realizar algunas reflexiones que tienen como objetivos generales: el primero, determinar si el principio de legalidad y el de dignidad humana deben ser el punto de partida y llegada en la lucha contra el terrorismo, especialmente, cuando se está en el contexto de un proceso penal derivado de un Estado de derecho; por su parte, el segundo, reflexionar y estudiar cuál es el modelo de derecho penal que debe prevalecer en la lucha contra el terrorismo.

Para alcanzar el objetivo principal citado, se considera indispensable ahondar en los siguientes aspectos: a) analizar el contenido de algunos modelos de derecho penal, el principio de legalidad, el de dignidad humana y el Estado de derecho; b) desarrollar el concepto de terrorismo y su fundamento jurídico; c) ejemplificar mediante un ejercicio de derecho comparado (España - Costa Rica) algunas decisiones políticas criminales y legislativas en torno al delito de terrorismo que pueden ser contrarias al principio de legalidad y de dignidad humana; d) identificar algunos argumentos que sustenten la indispensabilidad de que en el contexto de un proceso penal derivado de un Estado de derecho, el principio de legalidad y el de dignidad humana sean las barreras infranqueables para que la lucha contra el terrorismo sea legítima.

Finalmente, por honestidad intelectual y académica, se advierte a la persona lectora que el presente trabajo será sumamente descriptivo; además, que los temas propuestos se desarrollarán de manera muy concreta, debido a que la naturaleza del texto, su amplitud y tiempo para realizarlo no permiten mayor profundidad en el desarrollo de esta obra.

DESARROLLO

I. Algunos apuntes sobre modelos de Estados, principio de dignidad humana, principio de legalidad, derechos fundamentales y corrientes de derecho penal

Para entender la esencialidad del principio de legalidad y de dignidad humana en la lucha penal contra el terrorismo y, en general, contra el crimen organizado, es necesario recordar que el derecho penal está impregnado innegablemente por la ideología política del Estado que se deriva. Es decir, el derecho penal es un producto político.

Dicho de otra manera, no es posible comprender las dimensiones y contenido de un determinado ordenamiento jurídico/penal, sin conocer su marco ideológico político y constitucional, pues, según sea el modelo de Estado, así será la filosofía o tendencia del derecho penal, tanto sustantivo como procesal.

Tener presente lo anterior es muy importante, puesto que nos permite poner en contexto la significación del principio de legalidad y de dignidad humana en el marco de un proceso penal que se aplica a la delincuencia organizada.

I.1. Estado de derecho y Estados con tendencias autoritarias

En virtud de lo anterior, interesa referir someramente (ya que la naturaleza del presente texto no permite desarrollarlo a profundidad) dos modelos de Estado: el de derecho y otros tendientes al autoritarismo. El primero es aquel que somete a todos los y las habitantes a la ley; por el contrario, los otros modelos de Estado, es decir, los de corte autoritario, son aquellos que someten al pueblo al poder del que gobierna. Entre estos últimos, podríamos mencionar, sin que se agoten aquí, los Estados de policía, los totalitarios y los autoritarios.

Al respecto, Ferrajoli indica:

[...] estado de derecho [...] es un tipo de ordenamiento en que el poder público, y específicamente el penal, está rigidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes). Los últimos, en cambio, sirven para configurar sistemas de control penal propios de un estado absoluto o totalitario: entendiendo por tales expresiones cualquier ordenamiento donde los poderes públicos son legibus o totales, es decir, no disciplinados por la ley, por tanto, carente de límites y condiciones [...]. (2000, p, 104).

Más detalladamente, podría señalarse que el Estado de derecho funda sus bases en principios, tales como imperio de ley, división de poderes, legalidad en actuación

administrativa, protección de garantía, derechos y libertades fundamentales, mientras que los de corte autoritario obran y cimientan sus pilares en el capricho de quien manda en un determinado tiempo y lugar. (Díaz citado por Muñoz C., 2001, p. 140).

Sobre este tema, es relevante hacer uso de la categoría de la memoria, con el fin de recordar que, históricamente, el Estado de derecho apareció en contraposición de las monarquías absolutas de la Edad Media, cuando, mediante diferentes movimientos acaecidos en la época de la Ilustración, se luchó por privilegiar la razón en diferentes campos, entre ellos, la lucha por una nueva organización política de los Estados.

En aquel momento, se cuestionaron duramente el poder del monarca y el papel de la Iglesia, todo con el fin de dar paso a una organización política y administrativa regida por formas jurídicas establecidas mediante un contrato social. A la Escuela Clásica del derecho y a los filósofos de su época, se les debe muchos de los derechos, principios y garantías que hasta el día de hoy tienen plena vigencia en el modelo de Estado de derecho y, consecuentemente, en su modelo de derecho penal.

Desde esta perspectiva, el Estado de derecho, a diferencia de los de corte autoritario, funda sus bases y legitimación en la Constitución y la ley, de tal manera que es la norma que determinará cuándo y cómo se ejercerá la función pública, determinando, además, reglas claras para limitar los derechos y garantías de las personas en una determinada sociedad.

Lo anterior significa que, en el Estado de derecho, se fundan sus bases en la ley, ergo, se privilegia el principio de legalidad.

Además, se tienen como punto de partida y de llegada la dignidad humana y los derechos fundamentales en cualquier decisión estatal.

Es decir, en el contexto de un Estado de derecho, existen mecanismos legales que protegen al ser humano de manera igualitaria, solo por el hecho de ser persona (dignidad humana). Es una organización política que privilegia la libertad (derecho penal liberal), así como los demás derechos fundamentales; empero, cuando es necesario limitar estos últimos, el Estado debe hacerlo de manera que justifique legalmente la necesidad y, siempre, respetando el principio de legalidad.

Por eso, debe estarse de acuerdo con Rojas López, cuando refiere que:

“[...] El Estado de Derecho es mirado por algunos en una doble dimensión: en un primer término para referirse a todos los ordenamientos con independencia de que sean autoritarios o totalitarios, en los que el poder tiene una fuente y una forma legal; o en otro sentido, para eludir a lo que corresponde evidentemente a un Estado de Derecho, que es el que se caracteriza, por la existencia de un principio de legalidad por la separación de funciones entre los distintos órganos del poder público, los controles recíprocos (que ningún órgano escape a control), por las garantías y primacía de los derechos fundamentales, por la independencia judicial y por la posibilidad de participación popular en la adopción de las decisiones que afectaran al colectivo (representación popular) [...]”. (2011, p. 93).

La supeditación de la actuación estatal al principio de legalidad y de dignidad humana se extiende, especialmente, a la protección de la persona ciudadana contra *ius puniendi* estatal, ya que sirve como un muro de contención para que el todo soberano no incurra en arbitrariedades a la hora de crear diferentes delitos y penas (y medidas de seguridad), y, en general, limitaciones a derechos fundamentales. Este muro de contención se funda también en el principio de división de poderes del Estado, donde cada poder, dentro del engranaje y organización estatal, tiene sus funciones determinadas.

I.2. Dignidad humana

El concepto de dignidad humana ha tenido una evolución histórica importante, ya que, a diferencia de lo que actualmente se entiende como dignidad, en el pasado, tal y como lo refiere Valls, no todos los seres humanos tenían dignidad. Antiguamente, agrega este autor, el concepto de dignidad venía a sustantivar un adjetivo previo (digno), es decir, era un predicado accidental, sobrevenido, cuya cualidad era asignada solo a algunas personas respecto a las demás. Bajo esta concepción, la persona digna o dotada de dignidad era excelente (*aristós*) o virtuosa y, por ello, merecía respeto. Era un atributo designado por nacimiento o posición económica privilegiada (2015, p. 285).

Desde la perspectiva citada, el término dignidad parte de una premisa general: no todas las personas son iguales, *ergo*, las jerarquiza y subordinada unas de otras, asociadas, definitivamente a lo virtuoso. Para cambiar aquella visión aristocrática de dignidad, fue necesaria la “intervención divina” (metafóricamente hablando), pues

fue mediante la visión cristiana que igualó ya a todas las personas en la dignidad de hijos e hijas de Dios, manteniendo la dependencia respecto de su ley.

Modernamente, tal concepción entendió que la dignidad común emanaba de la libertad moral como único derecho innato de todos. Es por eso por lo que ahora el término dignidad vale como enteramente sustantivo y no adjetivo. Esta dignidad o excelencia se convierte así en algo sustancial (Valls, 2015, p. 285).

Efectivamente, desde la perspectiva jurídica, se entiende en la actualidad como principio de dignidad humana un atributo intrínseco de todos los seres humanos por igual, sin distingo por raza, religión, sexo, color y otros tipos de aspectos. Desde esta perspectiva, la dignidad nunca se pierde.

El principio jurídico de dignidad humana se menciona, por primera vez, en la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948), instrumentos internacionales que surgen como resultado de la II Guerra Mundial y sus lamentables consecuencias.

Posteriormente, otros instrumentos supranacionales han venido ratificando directa o indirectamente el principio de cita; entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) reafirman la existencia de la dignidad humana como base de los derechos fundamentales, cuando disponen, por ejemplo, que el reconocimiento de los derechos humanos proviene del principio de dignidad de la persona.

La concepción jurídico/moderna del principio de dignidad humana predica que, solo por el hecho de ser persona, se tiene una serie de derechos y, desde esta perspectiva, se prohíbe el trato discriminatorio. Es decir, se observa al ser humano conforme al imperativo kantiano, como un fin en sí mismo, al no podersele tratar como un mero objeto o instrumento (Kant citado por Llobet, 2007, p. 46).

No esta demás decir que el principio de dignidad humana ha sido recogido directa o indirectamente por diferentes constituciones en el mundo, las cuales le han dado la categoría de un principio constitucional, *verbigracia*: la costarricense que, en el artículo 33, determina que “*Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana*”; la española que, en su numeral 10.1, afirma que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherente son fundamento del orden político y de la paz social [...];*” la alemana que otorga a la dignidad humana un lugar primordial en su engranaje jurídico, cuando sostiene en el numeral 1.1 que “*la dignidad del hombre es inviolable. Respetarla y protegerla constituye una obligación de todo poder del Estado*”.

Evidentemente, la regulación normativa tanto nacional como internacional del principio de dignidad humana ha provocado como efecto dominó que los altos tribunales penales y constitucionales internos y regionales del hemisferio occidental hayan desarrollado un grueso abordaje jurisprudencial al respecto.

La dignidad humana es, sin lugar a dudas, un concepto poroso y sumamente abstracto. Prueba de ello es que difícilmente pueda encontrarse en el conjunto de normativa nacional o internacional mencionada un concepto de dignidad de la persona humana.

Por ello, lleva razón Aguilar cuando afirma que:

[...] la dignidad humana [...] puede ser base de los valores, de los principios y de las reglas de conducta; norte, valor o medida con vista al cual o a partir del cual puede determinarse el grado concreto de satisfacción de determinados derechos fundamentales; desiderátum, si se parte de la idea del desarrollo de la personalidad humana; principio de un ordenamiento jurídico, como el onusiano; y, asimismo, categoría o ente ideal absoluto e impermeable [léase intangible] que obliga y sujeta en su señalada dimensión ética o moral y en sus alcances precisos (¿?) al orden y a los poderes que tienen encomendada su realización material.

(Consultado el 17/02/2022 en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/19063a.pdf>).

Finalmente, se podría aceptar que, si bien se dificulta construir un concepto general que responda al principio de dignidad humana; no obstante, sí se podría estar de acuerdo en que es un concepto que sugiere que todas las actuaciones de un estado, colectividad, ente público o privado o de un individuo deben estar necesariamente sujetas al respeto absoluto de los derechos humanos y fundamentales del ser humano. De lo contrario, estamos ante actuaciones estatales ilegítimas e ilegales.

I.3. Principio de legalidad

El principio de legalidad en Costa Rica se regula, entre otros, en los numerales 1,

11, 28, 39, 121 y 154 de la Constitución Política; artículos 1 y 12 del Código Penal; y 1 y 2 del Código Procesal Penal. A nivel internacional, se encuentra presente en varios instrumentos internacionales, como, por ejemplo: la Convención Americana de Derechos Humanos: numerales 8 y 9; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 9.1 y 15, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su numeral 11.

Con frecuencia el citado principio es conocido bajo el aforismo jurídico: *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege* y, entre sus elementos, se destacan la *lex scripta*, la *lex stricta*, la *lex praevia* y la *lex certa*.

Con base en ello, Hassemer subraya que los supuestos referidos son en realidad estrictas instrucciones para el legislador y la persona que realiza la función jurisdiccional. Al respecto agrega que:

“El legislador debe de formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: lex certa); el legislador y el juez penal no pueden aplicar las leyes en forma retroactiva en perjuicio del afectado (prohibición de retroactividad: lex praevia); el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar las penas (prohibición de derecho consuetudinario: lex scripta) y no puede aplicar el derecho penal de forma analógica en perjuicio del afectado (prohibición de analogía: lex stricta). (2002, p. 21).

Agrega el citado autor que el conjunto de todos estos elementos es lo que se conoce como el principio de legalidad, el cual, en

realidad, debe ser la misión y objetivo del sistema de justicia penal (2022, p. 21).

El respeto de todos los elementos que componen el principio de cita es sinónimo de seguridad jurídica y garantía de no arbitrariedad en contra de la persona ciudadana, debido a que facilita que esta conozca las parcelas de prohibición y las de libertad de antemano, así como el eventual procedimiento a seguir en caso de violentar normas penales y/o administrativas sancionatorias. Implica también seguridad para las personas que cumplen funciones jurisdiccionales, acusadoras y, por supuesto, defensivas, ya que, de previo, conocen las reglas a seguir tanto sustantivas como procesales.

Por lo anotado anteriormente, debe darse razón a Chinchilla, cuando afirma que el principio de legalidad, en materia penal, puede constituirse en un límite externo y un mecanismo legitimador del *ius puniendi* estatal (2010, p. 23).

El principio de legalidad también cumple una función técnica que exige al legislador construir tipos penales concretos, claros y expresos, preferiblemente sin uso excesivo de elementos normativos y bienes jurídicos claramente determinados, *ergo*, no se deben describir conductas abstractas, confusas, porosas e indeterminadas, ya que ello repercute negativamente en el entendimiento de una persona media.

Sobre este aspecto, apunta Hassemer:

Si el legislador –por el motivo que sea– no logra expresarse con la suficiente precisión como para que el marco semántico de los conceptos que emplea sea claro, coloca al Poder Judicial, y también

al Ejecutivo, en el lugar que, conforme a la división de poderes, le está reservado a él. La división de poderes deja de funcionar, porque se confunde la separación de las respectivas funciones legítimas. Uno de los poderes ocupa el campo del otro, o lo que es peor: no se sabe con exactitud dónde están los límites [...]. (2003, p. 16).

En definitiva, a través del principio en análisis, se controla el poder punitivo estatal, ya que se definen los límites de su aplicación con el objetivo de evitar arbitrariedades y excesos de parte de quienes ostentan, ejercen y controlan ese poder, de tal manera que se convierte en un correctivo de abusos a favor de las personas administradas.

Alguna parte de la doctrina considera que, del principio de legalidad penal, se derivan algunos subprincipios, entre ellos: prohibición de costumbres (salvo excepciones culturales que condicionen un hecho criminal); prohibición de analogías (especialmente *in malam partem*); principio de tipicidad criminal; principio de *non bis in idem* y de cosa juzgada; principio de culpabilidad; principio de prohibición de retroactividad de la ley penal en perjuicio de la persona; principio de reserva de ley; y principio de prohibición de penas degradantes y perpetuas (Sánchez y Rojas, 2009, pp. 104-107). En efecto, se comparte este criterio, debido a que el citado principio incide transversalmente en cada uno de ellos.

Este principio, bien entendido, debería servir también como límite (punto de partida y de llegada) de la política criminal de un Estado de derecho, en el tanto, sus postulados deberían dar contenido a las políticas públicas preventivas y represivas (la represión debe

ser la última opción, cuando causen mayor dañosidad social) que se construyan como parte de un proyecto político criminal, las cuales, además, deben estar basadas en los derechos humanos.

Desde un enfoque procesal, el principio de legalidad en sentido amplio se traduce como la obligación de todos los órganos de la Administración pública (derecho público) que incluyen, especialmente la Administración de Justicia, procurar o contribuir con la vigencia de la ley y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en un Estado de derecho (Gatgens, 2011, p. 389).

Por su parte, el principio de legalidad no ha sido ajeno para la Sala Constitucional costarricense. Por el contrario, en diferentes ocasiones, se ha pronunciado a su importancia en el desarrollo y contenido del debido proceso. Una de las resoluciones más significativas es la 1739-1992 donde determinó que:

[...] En los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado [...].

Además, en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, la Comisión Americana de Derechos Humanos ha abordado en diferentes ocasiones el principio de legalidad. Así, por ejemplo, en el caso Castillo Petruzzi y otros vs., Perú indicó:

[...] el principio de legalidad es la piedra basal del estado de derecho y principio estructural del derecho penal. Al entroncar con los principios de certeza y de seguridad jurídica, se despliega en una serie de principios que le sirven de complemento: 1) de la garantía criminal, 2) de la garantía penal, 3) de la garantía jurisdiccional, 4) de la ejecución penal, 5) de irretroactividad y prohibición de la retroactividad desfavorable, 6) de prohibición de la analogía [...]. (párr. 113).

Resumiendo, se podría señalar que el principio de legalidad es uno de los más significativos aportes de la Ilustración, específicamente de la Escuela Clásica, el cual podría definirse así: *“No hay delito sin una ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto en la ley, y la ejecución de la pena debe también ajustarse a lo previsto en la ley y sus reglamentos”*. (Sánchez y Rojas, 2009, p. 100).

I.4. Derechos fundamentales

En la doctrina penal y constitucional clásica, se suele entender como derechos fundamentales aquellas garantías que son inherentes a todas las personas y que están plasmadas (positivizadas) en el ordenamiento jurídico de un país.

Se indica con algún consenso que los derechos fundamentales derivan directamente de los derechos humanos. Sin embargo, son dos conceptos diferentes, ya que los derechos humanos son universales, mientras que los derechos fundamentales solo aplican dentro del territorio al cual pertenecen las leyes que los contemplan.

Desde la visión más actual de Ferrajoli, los derechos fundamentales son:

[...] todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotado de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto, por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas. (2009, p. 19).

De la noción del autor italiano, se derivan cuatro clases de derechos fundamentales: los derechos humanos (concernientes a todos los seres humanos, por ejemplo: derecho a la vida, a la libertad personal, garantías penales y procesales); los derechos públicos (reconocido solo a las personas ciudadanas como: el derecho de residencia, los de reunión y asociación); los derechos civiles (derechos secundarios adscritos a toda persona humana con capacidad de obrar, tales como potestad negocial, derecho de accionar en juicio); y los derechos políticos (derechos secundarios

reservados a las personas ciudadanas con capacidad de actuar, verbigracia: derecho a votar).

Por su parte, el tribunal constitucional costarricense entiende como derechos fundamentales la principal garantía con que cuenta la ciudadanía en un Estado de derecho de que los sistemas jurídicos y políticos, en conjunto, se orienten hacia el respeto y la promoción de la persona humana, hacia el desarrollo humano y hacia la constante ampliación de las libertades públicas. De esta manera, los derechos fundamentales tienen un cometido legitimador de las formas constitucionales, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre los que se edifica una sociedad democrática.

Este mismo tribunal admite que los derechos fundamentales no son absolutos, por tanto, permiten injerencias estatales, siempre y cuando, se respete el núcleo duro del derecho (contenido esencial), el cual debe tener necesariamente una base legal y el principio de proporcionalidad (S. Const., res., 2883-96).

En sentido semejante, se ha referido la doctrina del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando ha afirmado que todo acto limitativo de derechos fundamentales debe estar previsto en una norma con rango de ley (principio de legalidad). Debe además motivarse y existir una necesidad de limitación del derecho fundamental. Adicionalmente, debe haber una adecuación o congruencia entre la medida aplicada y la procuración del derecho constitucional, de tal manera que siempre debe buscarse la alternativa menos gravosa (Gimeno, 2018, p. 53).

Desde esta perspectiva, la Constitución se convierte en un referente no solo del

legislador procesal penal, sino también de toda actuación de las personas encargadas de la persecución penal y de las personas que, de una u otra manera, se ven vinculadas a un proceso penal. Esto requiere un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal, lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos.

Finalmente, debe indicarse que hay cierto acuerdo en la doctrina, respecto a que, del principio de dignidad humana, emanan los diversos derechos fundamentales.

I.5. Reflexiones sobre modelos de derecho penal

I.5.1. Dos grandes modelos

Ferrajoli refiere las existencias de estos dos modelos de derecho penal: derecho penal mínimo (racionalismo jurídico) y derecho penal máximo (irracionalismo jurídico). Cada uno de ellos se va a definir según sea el grado de garantías existente en los sistemas de derecho y de responsabilidad penal. (Ferrajoli, 2000, p.103)

Parece sencillo determinar que el sistema de derecho penal mínimo se asocia con el modelo de derecho penal que debería derivarse de un Estado de derecho (derecho penal garantista, liberal o clásico). Por el contrario, al segundo que identifica como modelo de derecho penal máximo suele asociarse, por las razones que se dirán, a los Estados absolutos o totalitarios. Esta última tendencia del derecho penal suele encuadrarse por gran parte de la doctrina en los modelos de derecho penal moderno, entre ellos, el derecho penal del enemigo (Aponte, 2009).

En este sentido, debe coincidir con Ferrajoli cuando refiere que, entre los modelos de derecho penal citados, pueden existir puntos intermedios que se asocien a unos u otros, por lo que es adecuado hablar de tendencias del derecho penal mínimo o máximo, dependiendo del mayor o menor grado de garantía que contengan (2000, p. 104).

Cuando el derecho penal mínimo es condicionado y limitado al máximo, corresponde no solo al máximo grado de tutela de libertades de la ciudadanía frente al arbitrio punitivo estatal, sino también a un ideal de racionalismo y certeza, existiendo así, un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. La certeza perseguida por este modelo está en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que algún culpable pueda resultar absuelto (Ferrajoli, 2000, p. 104). Desde esta visión del derecho penal, el fin no puede justificar los medios, es decir, no se puede castigar a cualquier coste. Esta determinación viene garantizada por el principio *in dubio pro reo* y la dignidad humana, principios epistemológicos esenciales del derecho penal liberal.

Por las razones indicadas, es necesario coincidir con lo dicho por Sotomayor Acosta cuando afirma que:

[...] derecho penal cuya legitimidad depende no de la mera consecución de determinados fines sino de la consecución de dichos fines de conformidad con ciertas reglas, cuya observancia depende de la admisibilidad del recurso de la herramienta penal [...] la perspectiva queda más clara si se explica que lo de “liberal” sólo pretende caracterizar un Derecho

penal centralizado en el ser humano y por lo tanto entendido como garantía de su libertad. Por ello, a lo mejor sea más exacto hablar de un modelo garantista de Derecho penal, para evitar los equívocos. (2003, p. 273).

Con lo dicho hasta aquí, se podría afirmar que el derecho penal que debe prevalecer, a modo de condición, *sine qua non*, en el contexto de un Estado de derecho, es, por regla lógica sistemática, el de corte garantista/liberal. Sostener lo contrario deslegitimaría interna y externamente este modelo de Estado; pero, además, supondría una evidente asistematicidad e incongruencia entre el modelo de Estado de derecho y el del derecho penal. Al respecto, Rojas López afirma que:

[...] la razón misma de ser del Estado está relacionada con la garantía los de derechos; nótese cómo desde las propias doctrinas contractualistas, su justificación está dada por la garantía de algunos de ellos, por ejemplo, la seguridad (Hobbes), la propiedad privada y la libertad (Locke), derechos sociales (Rousseau) y, en general, para amparar alguna categoría de derechos. Desde una perspectiva liberal, el Estado de derecho garantiza la no intervención del Estado en la afectación de los derechos de libertad [...]. (2011, pp. 93-94).

1.5.2. ¿Nuevos modelos de derecho penal moderno?

La doctrina no es pacífica en considerar que existan nuevos “modelos” del derecho

penal, incluso, no hay acuerdo absoluto en catalogarlos de “modernos”, debido a que, para algunas personas autoras, estas “nuevas” corrientes son la vieja ideología del derecho penal autoritario, pero con diferentes nombres.

Gran parte de la doctrina prefiere denominarlas nuevas tendencias de derecho penal que se distinguen del derecho penal liberal por su fascinación en relajar, coartar y limitar derechos, principios y garantías de la ciudadanía.

Sobre este tema, Sánchez García de Paz señala que el derecho penal del enemigo es una de las manifestaciones del derecho penal moderno junto con el derecho penal del riesgo y el derecho penal simbólico. Afirma que el derecho penal moderno se caracterizó primero en la doctrina alemana y después en la española mediante la etiqueta del derecho penal “del riesgo” (*Risikostrafrecht*), derecho penal “simbólico” (*Symbolischesstrafrecht*) y del derecho penal “del enemigo” (*Feindstrafrecht*). Todos a su juicio expresan realidades diferentes, pero en la ley penal coinciden rasgos propios de más de uno de ellos (2006, p. 850).

Ciertamente, tal y como lo sostiene la autora Sánchez García de Paz, estas nuevas tendencias del derecho penal no necesariamente son idénticas, pero, en efecto, todas generalmente tienen un punto de confluencias, entre ellos, son tendenciosamente antigarantistas y, con mucha frecuencia, son enemigas del minimalismo penal, pues su preferencia se aboca a recetar derecho penal para todo, cuya aplicación preferente se inclina hacia las mínimas (o ninguna) garantía para la persona imputada. Sobre ello, se refiere Schleyer cuando señala que:

“La expansión del Derecho Penal es una realidad en todas las sociedades de nuestra órbita cultural. Ese fenómeno manifiesta la respuesta del Estado a las crecientes demandas de seguridad ciudadana frente a la percepción de un incremento de la criminalidad clásica, así como frente a la aparición de nuevos riesgos inherentes a la modernidad. Esta expansión conlleva una tensión con las garantías propias del Derecho Penal post-ilustración. La Ciencia del Derecho Penal ha adoptado diversas posturas, según cuál sea el aspecto de la expansión de que se trate. A grandes rasgos se puede mencionar al menos cuatro tendencias frente al fenómeno de la expansión: i) el minimalismo representado por la Escuela de Frankfurt; ii) El “Derecho Penal eficiente”; iii) Posturas eclécticas; y, iv) la posición “resignación limitada” de Jesús María Silva Sánchez [...]. (2005, pp. 41-42).

Se pueden asociar las posturas señaladas por Feller Schleyer con el siguiente contenido ideológico y sistemas de derecho penales:

- i) El minimalismo representado por la Escuela de Frankfurt se asocia con el modelo del derecho penal mínimo, liberal, garantista.
- ii) El derecho penal máximo generalmente se asocia con posturas de derecho penal del enemigo, derecho penal eficiente, derecho penal expansivo, derecho penal de riesgo y derecho penal de emergencia, entre otros.

- iii) Las posturas eclécticas aceptan, por un lado, la expansión del derecho penal y, por otro lado, lo desestiman. Rechazan el debilitamiento de garantías para hacer frente a cualquier tipo de delincuencia.
- iv) La posición “resignación limitada” de Silva Sánchez se relaciona con el modelo de derecho penal de diferentes velocidades, el cual predica una especie de relativización de las garantías penales según la naturaleza del delito.

Lo cierto del caso es que estas tendencias del derecho penal, de corte antigarantista y más asociado al autoritarismo, en no pocas ocasiones observan los derechos humanos, los derechos fundamentales y alguna garantías y principios, como obstáculos innecesarios en la construcción y puesta en marcha de las políticas represivas del Estado que tienen como fin hacerle frente a la delincuencia, especialmente, a la que tiene ver con la lucha contra el terrorismo y, en general, el crimen organizado. Sobre esto, da razón Zaffaroni, al señalar que:

La consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantía y seguridad. Este nuevo avance del derecho penal antiliberal no se presenta como derecho penal autoritario ni se enmarca en los pensamientos políticos totalitarios como los de entreguerra, sino que invoca la eficacia preventiva, como una cuestión casi pragmática. (2005, p.154).

Aquellos señalamientos de Zaffaroni en las realidades jurídicas penales occidentales encuentran plena vigencia, basta con mencionar la construcción típica de delitos relacionados con terrorismo, narcotráfico y, en general, con crimen organizado para

palpar estos escenarios. También aplica dicha crítica en la realidad procesal penal de la mayoría de los contextos geográficos citados, cuando bajo el abanderado de la seguridad ciudadana o de Estado, relajan garantías básicas de juzgamientos, limitan derechos fundamentales y extienden la prisión preventiva al “infinito”. Sobre esto, por su relevancia en el presente texto, se volverá posteriormente.

De acuerdo con lo afirmado en el párrafo precedente, Lascano, citando a Ragués, ilustra:

“En la actualidad el derecho penal sustantivo está en los siguientes tres sentidos: primero, se está ampliando en general el ámbito de lo penalmente prohibido, introduciéndose nuevos tipos penal o ampliando los ya existentes, segundo, se están endureciendo las penas clásicas o se plantean la introducción de nuevas sanciones; y, tercero, están empezando a aparecer nuevas instancias de creación y aplicación del derecho penal distinta de los Estados. Asimismo, en el ámbito del proceso penal se advierte una tendencia general a la reducción de garantías en aras de una mayor eficacia global en la persecución penal. (2006, p. 215).

De igual manera, debe coincidir con Sotomayor Acosta cuando sostiene que, en los últimos años, han existido cambios en la estrategia de control social y la política criminal que se han empezado a reflejar en las ciencias penales contemporáneas y que han implicado el nacimiento de discursos paralelos a los sostenidos en el tradicional

modelo de derecho penal liberal, clásico o garantista. Agrega que, entre estos discursos antiliberales, se encuentran el derecho penal del enemigo y el derecho penal moderno (derecho penal del riesgo).

Señala este mismo autor que, mientras el primero está relacionado con una justificación de la pena como instrumento de incapacitación o inocuización social que, en definitiva, equivale al redescubrimiento del derecho penal de autor por parte del derecho actual, con la diferencia de que esta doctrina se elabora a partir de una divergencia con el derecho penal del ciudadano. El derecho penal moderno, por su parte, sustenta sus fundamentos en la necesidad que genera la modernización acorde con las demandas derivadas de la sociedad del riesgo. (2003, pp. 283-286).

En sentido semejante, Lazcano indica que el eje en que giran la modernización y expansión del derecho penal es en la relación seguridad-garantías, nuevas corrientes que se encuentran vinculadas a los fenómenos políticos-criminales del derecho penal “simbólico” y del “neopunitivismo,” que se ha instalado en los últimos quince años en el viejo continente, especialmente en Alemania y España, teniendo repercusión en la región iberoamericana.

Para Lezcano, este fenómeno no es novedoso y ha traído consigo una tendencia de “inflación normativa” de la legislación penal, la cual, a su juicio, se viene manifestando en países como Alemania desde los años setenta y, en España, entre finales de los ochenta y comienzo de los noventa. Este discurso de “emergencia,” según este autor, se dirige a ampliar la órbita del derecho penal y, no pocas veces, pone en evidencia cierta improvisación del legislador que demuestra

en ello una herramienta seductora, en cuanto a los bajos costos que tiene aunado a su aparente eficacia. (2006, pp. 201-232).

Sin lugar a dudas, merece una especial mención en esta somera revisión de las nuevas tendencias del derecho penal moderno, lo que conocemos como derecho penal del enemigo que fue mencionado, por primera vez, en mayo de 1985 en Frankfurt por el alemán Günter Jakobs. Y merece especial referencia porque su contenido ideológico ha sido criticado de forma muy amplia, principalmente, por la doctrina de corte liberal, por promulgar abiertas consignas antiliberales.

Sobre esta propuesta, Grosso García, citando a Silva Sánchez y Cancio Meliá, afirma que:

[...] desde una perspectiva político-criminal, se llega a la conclusión de que el Derecho penal del enemigo es el fruto de un proceso de orientación política de las sociedades occidentales, que pretenden afrontar los desafíos de la sociedad del riesgo, con medidas de contención de carácter punitivo, en los cuales, ante la imposibilidad de una contención efectiva de los nuevos fenómenos de la criminalidad, con los instrumentos del “viejo y buen Derecho penal liberal” se tiene que recurrir a nuevas formas de control más agresivas, que implican un necesario recorte de garantías, acompañado del incremento de la violencia, es decir, a un aumento tanto de las prohibiciones como de las penas. (2006, p. 36).

Respecto a este mismo extremo, Lorenz Schulz indica que Jakobs defiende los

siguientes rasgos en el derecho penal del enemigo:

1. Amplia anticipación de la punibilidad.
2. La ausencia de reducción de la pena en proporción a la anticipación.
3. Paso a la legislación de lucha.
4. La supresión de garantías procesales, siendo que los individuos que se encuentran en estas condiciones ya no son ciudadanos, sino enemigos (2006, p. 948).

En semejante sentido, Aponte Cardona pregonar tres manifestaciones principales del derecho penal del enemigo: la dramatización de la violencia, la criminalización de problemas sociales, económicos y políticos y, por último, la militarización de la función de policía (2009, p. 423).

Finalmente, sobre este tema, es necesario recordar las enseñanzas de Ferrajoli, cuando nos explica que la mayoría de los “nuevos modelos” de derecho penal, entre ellos, el del enemigo, pueden ubicar en los sistemas de derecho penal máximo o antigarantistas, pues, sin duda alguna, son sistemas tendientes por su contenido ideológico a minimizar o extinguir las garantías penales y derechos fundamentales del ciudadano, debido a que suelen ser incondicionados e ilimitados, se caracterizan por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de lo prohibido, de las formas de juzgamientos así como de las penas. Es decir, son sistemas de poder no controlables racionalmente por la ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación. Aquí, el substancialismo penal y la inquisición procesal son las vías más idóneas para permitir la

máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva y, a la vez, su máxima e incertidumbre irracional (2000, pp. 104-106).

1.5.3. ¿Cuál modelo de derecho penal debe existir en el contexto de un Estado de derecho?

Sin lugar a dudas, el modelo que debe seguir permeando los ordenamientos jurídico-penales en un Estado de derecho es el “añejo” y acertado derecho penal liberal/garantista, no solo porque es el acorde, coherente y sistemático con los postulados de aquel modelo de Estado, sino porque es el único que puede afrontar, humanamente (dignidad humana) y de forma justa, con algún éxito, los embates, retos y riesgos que traen consigo los avances industriales, económicos y tecnológicos de la modernidad.

El derecho penal clásico es el que históricamente ha demostrado que puede poner límites insoslayables a un desmesurado poder punitivo Estado, aún en los contextos modernos (sociedad del riesgo), donde los detentadores del *ius puniendi* (y ahora, algunos poderes subyacentes y/o paralelos como lo son las grandes corporaciones) se ven tentados a debilitar constantemente las libertades, los derechos y garantías ciudadanas.

Tanto el Estado de derecho como el derecho penal liberal tienen como base epistemológica del primer orden, al ser humano y su dignidad, lo cual es otra justificación del porqué debe prevalecer este modelo penal en una sociedad. Es inconciliable que tendencias penales que pregonan desigualdad y diferencias entre seres humanos que, a partir de una incidencia criminal, los puedan llegar a categorizar como enemigos o no personas que no tienen cabida en un Estado de derecho.

En este sentido, con absoluta razón reseña Urquiza Olaechea citando a Wolter:

[...] el Estado no puede reprimir hechos punibles, formular normas de derecho jurídico penales, otorgar causas de justificación o provocar un comportamiento jurídicos – penalmente relevante, a costa de una infracción de la dignidad humana.” Y, esto es así, porque “[...] El estado no es quien otorga los derechos fundamentales, sino quien debe crear las condiciones de la realización [...], los derechos fundamentales son derecho que limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo [...], el ejercicio del derecho fundamental por un individuo no necesita justificación alguna, por el contrario, la limitación por el Estado de los derechos fundamentales tienen que ser justificada [...]. (2006, p. 144).

En esta línea de análisis, es imposible no coincidir con los autores Feller Schleyer y Zaffaroni cuando afirma el primero que: “*la flexibilización*”, “*relajación*” o, prescindencia de las garantías del “*viejo y buen derecho penal liberal*” son inaceptables en cualquier ámbito, más bien, si se tratan de garantías intangibles que deberían ser algunas de ellas, elevadas a rango constitucional” (2005, pp. 41-51), mientras que el segundo señala que “[...] *el derecho penal es la programación racional del poder jurídico de contención y reducción del fenómeno político del poder punitivo del Estado. Por ende, todo derecho penal que no se proponga contener y reducir este poder cae necesariamente en una concesión al derecho administrativo [...]. (2005, p. 159).*

En la misma línea anterior, Scheerer, Bohm y Víquez se manifiestan al indicar que, dentro de un Estado de derecho, no puede pretenderse de ninguna manera que el derecho penal del ciudadano contenga elementos del derecho penal del enemigo. Afirman que la verdadera necesidad está en eliminar las reglas o vestigios que existen del derecho penal del enemigo que se encuentra dentro de algunos sistemas penales sustantivos y procesales. La distinción entre los seres humanos o, peor aún, entre personas y no personas no protege ningún bien jurídico (2006, pp. 917-925), cuestión que es finalmente lo que da alguna racionalidad y legitimidad al derecho penal.

II. Concepto y fundamento jurídico del terrorismo en España y Costa Rica

II.1 ¿Existe un concepto jurídico/universal de terrorismo?

Lo primero que es importante recalcar es que, en el derecho internacional, no existe una definición de terrorismo. La mayoría de los instrumentos internacionales en esta materia se decantan por describir supuestos que podrían configurar una acción terrorista así como algunos elementos objetivos y subjetivos, de modo, normativos y otros que podrían configurar el tipo penal, dejando a los Estados partes la posibilidad de tipificar y sancionar algunas de esas conductas como terrorismo conforme a la legislación interna.

La citada técnica que utilizan los instrumentos internacionales para referirse al terrorismo se visualiza por ejemplo en el *Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas*, artículo 4 (adoptada por la Organización de las Naciones (ONU), mediante resolución A/RES/52/164 del 15 de diciembre de 1997); el

Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas por resolución A/RES/54/109 del 9 de diciembre de 1999), artículos 2, 4 y 6, entre otros, y el *Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear* (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de abril de 2005) numerales 2 y 5. La misma historia se repite en las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, como, por ejemplo: la resolución 49/60 de 1994 y la resolución 59/46 de 1996.

La ausencia normativa conceptual de terrorismo también está presente en los pronunciamientos del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, como muestra se tienen la Decisión Marco sobre la Lucha contra el Terrorismo (2002/475/JAI) y la Decisión que la modifica (2008/919/JAI), incluyendo su reformada por la Directiva (UE) (2017/541), la cual, entre otros aspectos, determina en su artículo 3:

Delitos de terrorismo: Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los siguientes actos intencionados, tipificados como delitos con arreglo al Derecho nacional, que, por su naturaleza o contexto, pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, se tipifiquen como delitos de terrorismo cuando se cometan con uno de los fines enumerados en el apartado 2.

De la Directiva citada en el párrafo anterior, parece derivarse la siguiente definición de terrorismo: es un delito de carácter pluriofensivo que requiere para su configuración un acto de violencia de tal

intensidad que, por su naturaleza o contexto, pueda lesionar gravemente a un país o a una organización internacional.

Sobre este tema referente al concepto de terrorismo, Kai Ambos afirma que, en la doctrina dominante, no se reconoce una definición universalmente aceptada de terrorismo. Sin embargo, menciona que existen esfuerzos de diferentes Estados, organismos y tribunales internacionales y nacionales que han tratado de plasmar algunos elementos que deberían ser tomados en consideración para su definición.

Menciona, por ejemplo, el caso del ex primer ministro libanés Rafik Hariri conocido por la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano, la cual se apartó del criterio de la doctrina dominante y determinó con fundamento en el derecho consuetudinario internacional que existen algunas reglas o supuestos que deben tomarse en cuenta para el concepto de terrorismo: “[...]a. la comisión o amenaza de un acto criminal; b. la intención de infundir miedo entre la población o compeler a una autoridad nacional o internacional a tomar alguna medida o abstenerse de tomarla, y c. un elemento transnacional como parte del acto [...]”. (2015, p. 32).

Si bien, ha quedado claro que no existe a la fecha un acuerdo sobre un concepto jurídico/universal del delito de terrorismo; no obstante, para efectos de contar con una aproximación conceptual de dicho término, se echará mano a una mención que se realizó en la Declaración de la Asamblea General sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, específicamente, en la declaración solemne I.2, donde este Organismo parece que ensaya un concepto de terrorismo, cuando afirma que:

El conjunto de actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas que son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos.

En este escenario donde se echa de menos tal concepto, a partir de las directrices, resoluciones y recomendaciones emanadas por organizaciones internacionales como la ONU, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, países europeos como el español han ensayado dentro de sus legislaciones conceptos y tipificaciones penales de terrorismo, los cuales constantemente han sufrido reformas, pues claramente obedecen al vaivén de aquellas directrices, tal y como se verá de seguido.

II.2. Terrorismo en la legislación penal española y costarricense

II.2.1 Terrorismo en la legislación penal española

Luego de varias modificaciones realizadas a la Ley Orgánica de 10/1995 del 23 de noviembre, del Código Penal (L/O), a raíz principalmente de la necesidad de empatar la legislación nacional con las directrices emanadas por organizaciones internacionales, entre ellas, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, actualmente el delito de terrorismo se tipifica de la siguiente manera en el artículo 573.1 de dicho cuerpo normativo:

“Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

- 1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.*
- 2.ª Alterar gravemente la paz pública.*
- 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.*
- 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.*

2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo.

De seguido, se presentan algunas observaciones sobre la anterior tipificación del delito de terrorismo:

- 1.- Se regula un delito de peligro abstracto.
- 2.- Su construcción típica roza con el principio de lesividad penal (el cual tiene rango constitucional en diferentes países del orbe, entre ellos, en España y Costa Rica), debido a que se limita a indicar que, ante la realización de cualquiera de las conductas graves que se describen en el tipo, cuando se realicen con una de las finalidades descritas en la ley de cita, se presume la lesión a la seguridad o, lo que es lo mismo, el sentimiento de seguridad de la ciudadanía, sin que se describa en el contenido típico en qué consiste el requisito de gravedad respecto a los delitos comunes.
- 3.- Se trata de un tipo penal complejo, construido con una técnica legislativa bastante deficiente, debido a que apunta y recoge varios verbos típicos y diferentes acciones delictivas que provocan que su tipicidad sea de difícil comprensión para una persona ciudadana media.
- 4.- Existen roces con el principio de fragmentariedad y el principio de necesaria protección de un bien jurídico, al incorporar los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 *quater* como terrorismo.

- 5.- Parece que se falla desde el punto de vista de una política criminal estratégica, al involucrar casi cualquier hecho delictivo convencional (aunque no atente directa y gravemente contra bienes jurídicos de alta valía como la vida o la integridad física), como terrorismo, recayendo en una especie de falacia del todo, lo cual provoca el peligro de “*ocultar las diferencias reales que se dan entre los fenómenos*”. (Salas, 2005, p. 41). Es decir, todo es terrorismo.

Lo anterior podría conllevar a que, a mediano plazo, esto tenga incidencia en el imaginario colectivo, pues, finalmente, el terrorismo no será visto en su justa dimensión, es decir: como una delincuencia de contenido particularmente grave y especialmente compleja, sino que esta condición significativa que se le debe dotar a este tipo de delitos se ve diluida a partir de la técnica legislativa descrita, de manera tal que corre el riesgo de que sea visualizada como algo etéreo, cotidiano y/o convencional. De esta forma, surge una especie de relativización de la gravedad de la violencia.

Se podría decir, sin embargo, a pesar de las observaciones anteriores que el tipo penal base de terrorismo regulado en el artículo 573.1 de la L/O es el menos problemático con todo y las observaciones realizadas supra, pues, este mismo cuerpo normativo regula otros tipos penales que se consideran también terrorismo, los cuales son todavía más problemáticos por alejarse de principios clásicos de un derecho penal liberal y, en general, de un Estado de derecho, como lo son el principio de legalidad, tipicidad (bien jurídico), lesividad, fragmentariedad, proporcionalidad y dignidad humana. Entre estos tipos penales, se pueden mencionar los

regulados en los artículos 574 al 579 de la L/O, los cuales, por su importancia, serán analizados en líneas *infra* de este texto.

II.2.2. Terrorismo en la legislación penal costarricense

Contrario a la legislación penal española, en Costa Rica, no existe en la legislación penal un concepto jurídico de terrorismo.

El Código Penal costarricense (Ley N.º 4573 y sus reformas) (en adelante C.P.), como las leyes especiales que existen al efecto, se limitan a describir únicamente algunos supuestos (acciones) concretas que pueden encuadrar en actos de terrorismo. Además, en estos cuerpos normativos, se les da la categoría de delito internacional, lo cual implica que, independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del hecho punible y la nacionalidad del autor, se penará conforme a la ley costarricense (art. 7 del C.P.).

Entre los actos que son considerados como terroristas en Costa Rica, están los siguientes:

- > Ley 8204 del 2009 denominada *Ley de reforma integral sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*, se regula el delito de financiamiento al terrorismo en el artículo 61 bis.
- > En el Código Penal costarricense, se dispone en los artículos 253, 281 y 381 del C.P. que se consideran actos de terrorismo los siguientes:
 - a) 1.- Homicidio de una persona internacionalmente protegida por los

instrumentos internacionales, artículo, 112, inc., del C.P.

2.- Secuestro extorsivo de un funcionario público, diplomático o cualquier otra persona internacionalmente protegida por los instrumentos internacionales y que, para liberarla, exijan condiciones políticas o sociales; también, cuando se realice para exigir a los poderes públicos nacionales o internacionales una medida o concesión (arts., 215 inc., 7) y 8 del C.P.).

3.- Delito de atentado con material químico o radiactivo (art. 253 bis del C.P.).

4.- Delito de fabricación o tenencia de material explosivo (art. 257 del C.P.).

5.- Delito de peligro de naufragio y de desastre aéreo (art. 258 del C.P.).

6.- Delito de piratería y actos ilícitos contra la seguridad de la nación (art. 265 del C.P.).

7.- Delito de apoderamiento ilegítimo o destrucción de aeronave (art. 267 del C.P.).

8.- Delito de asociación ilícita (art. 281 del C.P.).

9.- Delito de apoyo y servicios para el terrorismo (art. 281 bis del C.P.).

10.- Delito de atentados contra locales internacionalmente protegidos (art. 291 bis del C.P.).

- b) Los atentados contra la vida o la integridad corporal de funcionarios públicos o de diplomáticos o cónsules acreditados en Costa Rica o de paso por el territorio nacional.
- c) Los atentados contra naves, aeronaves en tierra, instalaciones de un puerto marítimo o fluvial o de un aeropuerto, vehículos de transporte colectivo, edificios públicos o de acceso al público,

cometidos mediante la utilización de armas de fuego o explosivos, o mediante la provocación de incendio o explosión.

Además, en el artículo 381, el C.P. regula el delito de carácter internacional que, en resumen, se castiga el hecho de dirigir una organización de carácter internacional que, entre otros aspectos, se dedique al terrorismo.

Como es fácilmente notable, la técnica legislativa deficiente para regular el delitos de terrorismo no es más que el espejo de una política criminal que comparte el mismo calificativo, pero, además, es una política criminal que se evidencia como desordenada, poco planificada y nada reflexiva, pues muchas de las regulaciones citadas están lejos de contener en su tipificación elementos objetivos y subjetivos recomendados por los organismos e instrumentos internacionales, como los mencionados líneas *supra*. Este tema, por su importancia, se retomará más adelante.

III. 3 Algunos apuntes críticos en torno a las políticas criminales represivas y regulación criminal del terrorismo en España y Costa Rica

A continuación, se señalarán algunas decisiones político-criminales y regulaciones penales en el contexto del ordenamiento penal de España y Costa Rica que podrían ser problemáticas a la hora de analizar desde la óptica ideológica de un Estado de derecho y un proceso penal de corte liberal, más concretamente, desde el principio de dignidad humana y el principio de legalidad.

Lo primero que debe apuntarse es que la búsqueda de la seguridad ciudadana por

parte del Estado hace surgir, innegablemente, escenarios abiertamente dicotómicos que son verdaderamente complejos y problemáticos, debido a que la pócima de la solución a la inseguridad lleva intrínseca e irremediablemente una alta dosis de limitaciones de derechos fundamentales de la ciudadanía. De esta manera, surge una gran paradoja estatal que, por un lado, exige dar respuesta a la inseguridad social surgida de las más diversas delincuencias y, por otro lado, requiere proteger la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas.

La solución al escenario apuntado no es simple, sin embargo, lo que sí es claro es que un Estado de derecho no debe bajo ningún tipo de justificación limitar derechos fundamentales a la libre, sino que esta limitación debe supeditarse y responder, como se indicó líneas arriba, a ciertos parámetros de legalidad y proporcionalidad —*independientemente del tipo de delincuencia que se trate*—. De lo contrario, la gestión estatal es abiertamente arbitraria, ilegal e ilegítima, pues aquí el fin no justifica los medios (Ferrajoli, 2018).

Lo anterior implica que, con fundamento en la necesidad de seguridad ciudadana y de Estado, provocado por interminables e insospechables riesgos (aparentes algunos) de una sociedad del riesgo propia de nuestra modernidad (apogeo industrial y tecnológico), han suscitado en gran parte del mundo, especialmente el occidental, la necesidad de actuar bajo una permanente emergencia (justificadamente o no).

De tal escenario no se ha escapado la realidad jurídica penal tanto costarricense como la española, cuya labor de creación política criminal represiva y legislativa penal ha puesto entredicho los principales postulados epistemológicos de un derecho penal

garantista/liberal (Ferrajoli, 2018), cuando han legislado en materia de terrorismo y, en general, se podría decir, respecto a la delincuencia organizada.

Aquello es así, ya que en aquella búsqueda constante de seguridad (justificada o no), principios como el de dignidad humana y el de legalidad (así como algunos derivados de este último, como lo es el principio de tipicidad criminal, principio de culpabilidad, principio de reserva de ley, lesividad, fragmentariedad, principio de prohibición de penas degradantes y perpetuas), proporcionalidad y el de superioridad ética del Estado se han visto significativamente diluidos y limitados. En este contexto, también está cobijado el derecho procesal penal, principalmente, lo atinente al núcleo duro de las garantías procesales básicas de juzgamiento.

Lo anterior ha traído como efecto dominó una consecuencia lógica que radica en una permanente limitación de los derechos humanos, derechos fundamentales y libertades de la ciudadanía. Es decir, en la actualidad, parece ser que estamos ante una lógica inversa a los buenos postulados de buen derecho penal liberal, donde la libertad del ser humano era la regla.

Ahora, antes de privilegiar las parcelas de libertad de la ciudadanía, la regla es acentuar limitaciones a ella. Antes, se abogaba como principio esencial centralizar la fuerza de la ley privilegiando la igualdad y dignidad a la persona humana. Hoy se privilegian otros intereses difusos y bienes jurídicos cuestionables por abstractos e inexistentes.

El anterior escenario nos acerca más a un derecho penal máximo (en todas las vertientes y apariencias arriba señaladas) con la lamentable y lógica consecuencia que

esto implica, cada vez más nos acercamos al autoritarismo.

Lo anterior es así, debido a que, cuando se analiza la legislación penal en temas de terrorismo y en general de crimen organizado reseñados en los acápites anteriores, tanto en Costa Rica como en España, se visualizan algunos factores y características propias que predicen los modelos penales antiliberales, entre ellos:

- A.- Un adelantamiento desmesurado de las barreras de intervención penal del acto a la fase previa a su exteriorización. Desde esta perspectiva, poco o nada interesa la ofensa al bien jurídico.
- B.- El principio de fragmentariedad que da vida al principio del derecho penal como última *ratio* fue olvidado, al igual que los postulados de la criminología crítica que sugiere utilizar el derecho penal solo en los casos que causan mayor dañosidad social (Baratta, 2004), debido a que se penalizan el adoctrinamiento y adiestramiento para el terrorismo, sea este realizado por terceras personas o por el mismo sujeto activo. Así, por ejemplo, lo dispone el artículo del 575 de la *L/O*, el cual fue producto de la aplicación de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo.
- C.- Se legisla basados en una moderna visión “lombrosiana”, bajo criterios peligrosistas, es decir, bajo aquellos viejos postulados positivos, gobernados por un derecho penal de autor y no de acto (Ferrajoli, 2018). Esto queda palpable en los fundamentos visibles en los considerados de la Directiva citada supra, donde se propone castigar

penalmente a quien pretende viajar a zonas de conflicto o, incluso, a quienes ingresen a sitios *web* u otros para estudiar ideologías asociadas al terrorismo o a quienes realicen actos o manifestaciones por cualquier medio que enaltezcan actos o agrupaciones terroristas, sugerencias que, sin mayores resistencias, fueron aplicadas a sus anchas en el ordenamiento penal español en los artículos 575 – 579 de la L/O.

- D.- Se construyen con frecuencia legislaciones de excepciones y emergencia, propias de escenarios de guerra, pues claro, aquellas parten de la premisa de un derecho penal del enemigo, por lo que, tratándose de este tipo de delincuencia, no estamos ante otro ser humano, a lo sumo, un enemigo, en términos de la guerra o una “no persona” y, con base en ello, el derecho penal debe actuar sin misericordia.
- E.- En estas regulaciones, se perdió la línea de lo privado y lo punible. Es decir, se pone entre dicho aquel núcleo duro de la teoría del delito, donde una acción solo es importante para el derecho penal, cuando cause una afectación en el mundo exterior, empero, en estas legislaciones de corte peligrosista contra el terrorismo, se reprimen hasta los pensamientos.
- F.- Los tipos penales contruidos para contrarrestar el terrorismo se han creado de manera sumamente descuidada; en algunos de ellos, se utilizan términos vagos, porosos y ambiguos que, lejos de dar seguridad jurídica, más bien le provocan inseguridad jurídica a la

ciudadanía, al transgredir groseramente el principio de legalidad y tipicidad penal. Incluso, muchos de ellos se construyen con base en tipos culposos, donde hay que realizar un gran esfuerzo para identificar los elementos subjetivo y objetivo del tipo.

Esta manera de legislar es contraria incluso a la más acentuada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (C.I.D.H.) y pronunciamiento de la Comisión Americana de Derechos Humanos, donde han puntualizado la importación de que los Estados respeten el principio de legalidad y tipicidad.

Así, por ejemplo, al referirse a la diferencia entre el tipo penal de terrorismo y el de traición a la patria o terrorismo agravado establecidos en la legislación peruana (Carmona, 2020, pp. 44-45), la Comisión sostuvo en el caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú que: “[...] se trata de tipos penales abiertos “que usan términos muy difusos”, en contra de lo que preceptúan los sistemas penales modernos, esto es, términos rígidos que no permitan mayor interpretación. Tal situación viola el principio básico de derecho penal de tipicidad o determinación legal precisa del tipo penal [...]” (párr. 113).

En el mismo caso, este organismo expresó que:

[...] el principio de legalidad es la piedra basal del estado de derecho y principio estructural del derecho penal. Al entroncar con los principios de certeza y de seguridad jurídica, se despliega en una serie de principios que le sirven de complemento: 1) de la garantía criminal, 2) de la garantía penal,

3) de la garantía jurisdiccional, 4) de la ejecución penal, 5) de irretroactividad y prohibición de la retroactividad desfavorable, 6) de prohibición de la analogía [...] (párr. 113).

Por su parte, en esta misma sentencia, la C.I.D.H. determinó:

[...] la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad [...]. (párr. 121).

En el caso *García Astos y Ramírez Rojas vs. Perú*, también la C.I.D.H. agregó respecto al principio de legalidad que: “[...] corresponde al juez penal, al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico [...]”. (párr. 190).

G.- El principio de proporcionalidad tanto en la aplicación del proceso penal, como de la pena es invisibilizado en muchos de los tipos penales relacionados con el terrorismo.

Por un lado, se penaliza todo, a pesar de que, en algunos supuestos de hecho, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (cuando este existe) es ínfima o inexistente y, por otro lado, las penas son desproporcionales, ya que, con frecuencia, rebasan el principio de culpabilidad.

Lo anterior implica que los subprincipios que integran el principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y prohibición de excesos, sean invisibilizados a la hora de legislar.

H. Además, como se advirtió *supra*, el ámbito procesal penal también se ve afectado cuando se legisla en materia de terrorismo. Las garantías básicas de juzgamiento así como los derechos fundamentales de las personas imputadas se ven notablemente disminuidas por una razón muy sencilla, la naturaleza de la delincuencia motiva al legislador que vea estas garantías como un obstáculo para el castigo, *ergo*, deben relativizarse, pues el enemigo no merece ninguna compasión.

Un ejemplo de lo anterior se observa en la relajación de los requisitos para realizar investigaciones y obtención de prueba (aquí las excepciones a la regla de exclusión, sino existen, se crean, pues un terrorista no puede quedar impune por semejantes formalidades), intervenciones en las comunicaciones, allanamientos, requisas, normas de interrogatorio, entre otras.

Las disposiciones que tienen que ver con la limitación de derechos fundamentales de primer orden, como la posibilidad de ampliar plazos de incomunicación policial y/o jurisdiccional, así como las extensiones al *infinito* de la prisión preventiva son la regla y no la excepción.

Sobre este extremo, conviene recordar lo dicho por Rusconi, cuando refiere que:

Un sistema de enjuiciamiento como organización de límites constitucionales, como instancia de legitimación de la pena estatal, implica reconocer en ese proceso un programa de mínima intervención. Este criterio de mínima intervención campea o debiera hacerlo por todo el ancho margen del sistema de enjuiciamiento: mínima intervención implica reducción del uso de la prisión preventiva, respeto al in dubio pro reo en etapas intermedias, reducción de todo efecto estigmatizante, y toda reducción de los niveles de violencia institucional que despliega el sistema de enjuiciamiento a menudo. (2005, p. 440).

CONCLUSIONES

Parece del todo acertado iniciar el cierre de este texto con las palabras de Rusconi, debido a que refleja y resume, en mucho, lo que en esta obra se quiso reflexionar:

[...] cualquier argumentación que parte de la idea básica de garantía constitucional y que pretenda llegar a la conclusión de una limitación

al determinado ejercicio de las libertades individuales. Ello debe de ser tachado de la más energética ilegitimidad. Debe ser entendido de una vez y para siempre que el sistema de garantías no debe comprometerse de ningún modo con la necesidad de eficiencia en la persecución criminal. El problema de la eficiencia es, para un buen garantista harina de otro costal. Ni siquiera está claro que la manifestación eficiente del poder del Estado deba ser entendido como un verdadero problema jurídico [...]. (2005, p. 441).

Y es que, efectivamente, la forma de construir política criminal represiva y legislación criminal para hacer frente al flagelo del terrorismo en el occidente, especialmente en España y Costa Rica, bajo la lógica de que el fin justifica los medios, es decir, a cualquier coste, fundamentada en la protección ciudadana y la seguridad del Estado, lejos de solucionar el problema lo agudiza, ya que pone entre dicho los pilares fundamentales de un Estado de derecho y refuerza aquella crítica de que el derecho penal por sí mismo es irracional, a tal punto que se corre el riesgo de que se deslegitima su uso.

Lo más grave es que, al poner entredicho el Estado de derecho y al mismo derecho penal, esta forma de legislar agrava irónicamente, lo que justifica de alguna manera, en última instancia, la aplicación penal en la lucha contra el terrorismo: la protección de los derechos humanos, debido a que surge una especie de autosabotaje, donde el mismo sistema político/jurídico infringe graves estocadas a la base fundamental que le da la razón de ser: *el ser humano*.

El punto de llegada y de partida en la lucha contra el terrorismo debe ser los derechos humanos, los derechos fundamentales y los sagrados valores y principios que consagran las bases del Estado de derecho. De lo contrario, la lucha contra este flagelo se torna ilegítima y, lo que es peor, el Estado, con sus acciones, transgrede el principio que nunca debe sobrepasar, el de superioridad ética en relación con las personas administradas, debido a que se posesiona en el lugar del terrorista y, una vez ahí, se pierde de vista quién es el delincuente, de tal forma que luego, la otra parte (el terrorista original) se sentirá en el mismo plano ético que el propio Estado y, desde ahí, la diferencia entre quien tiene o no la razón será discutible.

No se puede, ni debe olvidarse que el *ius puniendi*, la teoría del delito, la ley procesal y sustantiva penal, los derechos humanos y fundamentales, así como todo el conjunto de principios, derechos y garantías que componen el ordenamiento jurídico, entre otros institutos, entendidos metodológicamente, no son otra cosa que mecanismos que sirven de pesos y contrapesos para disminuir y/o evitar arbitrariedades en varias direcciones del Estado frente a la ciudadanía y de la ciudadanía contra el individuo y viceversa.

Esto sugiere que, bajo ninguna circunstancia, ni siquiera a la organización política del Estado, conviene debilitar sus bases, pues aquello daría pie a escenarios a la asistematicidad e incongruencia, y estos, a su vez, crean el terreno fértil para la anarquía y el autoritarismo.

Desde esta perspectiva, en un Estado de derecho, no debe tener cabida ninguno de los nuevos modelos de derecho penal de corte antiliberal que pregonan más seguridad a cambio de socavar y disminuir derechos y garantías fundamentales.

La historia reciente de la humanidad da la razón (recuérdense las barbaries del nacionalsocialismo: HOLOCAUSTO), no hay un mejor camino para hacerle frente a cualquier tipo de violencia que la aplicación racional del derecho penal de corte liberal. Esto quiere decir que la construcción de política criminal represiva para hacer frente al terrorismo debe tener como barrera insoslayable e infranqueable el principio de dignidad humana y de legalidad, *ergo*, se necesita de forma urgente retomar las sendas del viejo derecho penal liberal.

Por último, finalizo con una cita contenida en una obra magnífica que hasta su título es muy sugerente, *El perdedor radical* de Hans Magnus Enzensberger que, en definitiva, describe las consecuencias no declaradas de esta lucha contra el terrorismo:

Pero ésta es la menor de las pérdidas de civilización que el terror trae consigo. Puede generar un clima de ansiedad generalizada y desencadenar reacciones de pánico. Incrementa el poder y la influencia de la policía política, de los servicios secretos, de la industria de armamento y de las empresas de seguridad privada; propicia la puesta en marcha de leyes cada vez más represivas; intoxica el clima político y lleva a la pérdida de derechos de libertad conquistados a lo largo de la historia. No se necesitan teorías de conspiración para entender que haya personas que ven con buenos ojos esas secuelas del terrorismo. Nada mejor que un enemigo exterior cuya existencia puedan invocar los aparatos de vigilancia y de represión. La más peligrosa de las consecuencias del terror es la infección del adversario. También la democracia norteamericana se ha dejado contagiar, según se ha demostrado, por sus enemigos islamistas, tomando del repertorio de éstos herramientas tales como el encarcelamiento arbitrario, el secuestro y la tortura. (2006, p. 36).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

Ambos, K.; Malarino, E.; Steiner, C. (2015). *Derecho penal y terrorismo*. Bogotá-Colombia.

Aponte Cardona, Alejandro. (2009). *Guerra y derecho penal del enemigo*. Bogotá, Colombia: Edit. Ibañez.

Baratta A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Carmona Pérez, A. (2020). *Aspectos teóricos y prácticos para la defensa penal en delitos de violencia contra las mujeres*. Heredia, Costa Rica: Poder Judicial, Departamento de Artes Gráficas.

Cecilia Sánchez, R., y Rojas Chacón J. (2009). *Derecho penal. Aspectos teóricos y prácticos*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

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.

Feller Schleyer, C. (2005). *El derecho penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales*.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta, S. A.

Ferrajoli, L. (2018). *El paradigma garantista. Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta.

Gatgens Gómez, E., y otros. (Obra colectiva). (2011). *Derecho procesal penal costarricense*. Tomo I. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

Gimeno Sendra, V. (2018). *Manual de derecho*. España: Editorial. Castillo de Luna. 2^{da}. edición.

Grosso García, S. (2006). *¿Qué es y qué puede ser el “derecho penal del enemigo”? Una aproximación crítica al concepto*. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión. Madrid-España: Editorial Edisofer S. L., vol. 2.

Hassemer, W. (2003). *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires, Argentina.

Lascano, C. (2006). La “demonización” del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal de autor. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión. Madrid-España: Editorial Edisofer, S. L., vol. 2.

Llobet Rodríguez, J. (2007). *Derechos humanos y justicia penal*. Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica, Heredia: Poder Judicial, Depto. de Artes Gráficas.

Magnus Enzensberger, H., (2006). *El perdedor radical. Ensayo sobre los hombres del terror*. Barcelona, España. Editorial Anagrama.

Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires, Argentina. II Ed., Edi., B y F.

Rojas López, J. (2011). El neogarantismo: una propuesta en el contexto del Estado social de derecho. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín, Colombia.

Rusconi, M. (2005). ¿Un sistema de enjuiciamiento influido por la política criminal? Estudios sobre justicia penal. Homenaje a Julio B. J. MALLER. Buenos Aires, Argentina: Editorial del Puerto. I Ed.

Sánchez García de la Paz, I. (2006). Alternativas al proceso penal del enemigo desde el derecho penal del ciudadano. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión. Madrid, España: Editorial Edisofer, S. L., vol. 2.

Scheerer, Sebastián y otros. (2006). *Seis preguntas y cinco respuestas sobre el derecho penal del enemigo. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.* Madrid, España: Editorial Edisofer S. L., vol. 2.

Schulz L. (2006). *Fricciones de una ficción. El derecho penal de Jakobs para enemigos. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.* Madrid, España: Editorial Edisofer, S. L., vol. 2.

Sotomayor Acosta, O. (2003). *¿Derecho penal garantista en retirada? El estado actual de las ciencias penales.* Málaga, España.

Urquiza Olachea J. (2006). *Derecho penal del enemigo. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.* Madrid, España: Editorial Edisofer, S. L., vol. 2.

Zaffaroni, E. (2005). *En torno de la cuestión penal.* Buenos Aires, Argentina: Editorial D d F.

Revistas

Aguiar Aranguren, Asdrúbal. La dignidad humana: ¿Una noción de contenido variable para el derecho? Artículo consultado el 17/02/2022 en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/19063a.pdf>

Salas, M. (2005). La falacia del todo: claves para la crítica del holismo metodológico en las ciencias sociales y jurídicas. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. N.º 10, 2006/2007, ISSN 1575-7382, pp. 33-52.

Valls, Ramón. (2015). El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*. Universidad de Barcelona, España.

RESOLUCIONES JUDICIALES Y OTRAS

Sala Constitucional

Res., 1739-1992.

Res., 2883-1996.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, 1999.

Caso García Astos y Ramírez Rojas vs. Perú, 2005.

Parlamento europeo

Decisión marco 2008/919/JAI.

Decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo, 2002/475/JAI.

Directiva (UE) (2017/541).

Asamblea General de la ONU

Res., de la 49/60 de 1994.

Res., de la 59/46 de 1996.

Leyes y convenios

Carta de las Naciones Unidas, 1945.

Código Penal y sus reformas, Ley 7594.

Código Procesal Penal, Ley 8837.

Constitución Política de Alemania.

Constitución Política de España.

Constitución Política de Costa Rica.

Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 1999.

Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, 2005.

Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, 1997.

Declaración Americana de los Derechos del Hombre, 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Ley 8204, reforma integral de la *Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*.

Ley Orgánica de España de 10/1995 del Código Penal.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DE CASACIÓN

MSc. Patricia Méndez Gómez *

MSc. Hellen Segura Godínez **

RESUMEN

El derecho a conocer el origen es tutelado por medio de una serie de normas internacionales y nacionales. Este derecho implica conocer a sus padres, ser cuidados por ellos, preservar su identidad y las relaciones familiares. Aunque se trata del derecho a la identidad, este se ha limitado a la verdad biológica, lo que supone el conjunto de derechos y obligaciones de los progenitores. Desde esta perspectiva, resulta interesante analizar la jurisprudencia de casación para reflexionar sobre la evolución jurídica de la filiación en cuanto a la legislación, la estructura del proceso y la prueba. Asimismo, se podrá determinar, si con el avance científico y tecnológico, el concepto a la identidad se ha desarrollado de manera amplia o si, por el contrario, se sigue haciendo una interpretación restrictiva.

Palabras clave: Derecho a la identidad, verdad biológica, evolución jurídica de la filiación, estructura del proceso y la prueba, avance científico y tecnológico

ABSTRACT

The challenge of recognition has been a route used incorrectly and even abusively. Being irrevocable, only by demonstrating deceit or error can its nullity be requested. The jurisprudence of the Court of Cassation shows how the Superior Interests of the Child constitutes the ideal tool to determine whether biological filiation prevails over social filiation or not, giving content to that principle in a concrete case.

Keywords: Right to identity, biological truth, legal evolution of filiation, structure of the process and the test, scientific and technological advance

Recibido: 26 de abril de 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* Máster en Administración de Justicia UNA, énfasis relaciones familiares. Jueza en el Juzgado Primero de Familia de San José. Correo electrónico: amendezg@poder-judicial.go.cr

** Máster en Administración de Justicia UNA, énfasis relaciones familiares. Abogada-notaria, con una carrera judicial de 18 años en cargos como Jueza contravencional, Tránsito penal, civil, laboral, violencia doméstica, pensiones, familia, penal en si todas las materias que abarca juez genérico. Correo electrónico:hsegura@poder-judicial.go.cr

I.- INTRODUCCIÓN

El vocablo identidad es definido por la Real Academia como la “*conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás*”, y como “*hecho de ser alguien o algo el mismo que se supone o se busca*”.

No existe una norma dentro del ordenamiento jurídico costarricense que defina el concepto “derecho a la identidad”. Sin embargo, este surge de la interpretación e interrelación de distintas normas constitucionales y nacionales, entendiendo las primeras desde el punto de vista de los derechos humanos y, por lo tanto, incorporadas en las segundas.

Es necesario identificar las normas que hacen referencia a este derecho para determinar si, en relación con la impugnación de reconocimiento, la jurisprudencia lo ha venido desarrollando de manera amplia o si, por el contrario, se ha mantenido una apreciación restrictiva, esto, en virtud de que este derecho se ha asociado directamente con el derecho a conocer el origen biológico, lo cual constituye solamente uno de sus aristas.

El interés de este análisis es ubicar el derecho a conocer el origen –como la especie– dentro de la gama de derechos que se tutelan desde el género, estableciendo cuál es la posición de la jurisprudencia de casación cuando se trata de desplazar la filiación por medio de la impugnación de reconocimiento.

Para lograr el objetivo, se debe reparar en los tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, así como la legislación nacional, a fin de verificar si la normativa ha servido para que la jurisprudencia evolucione en el tratamiento del tema.

En especial, debe reflexionarse sobre el principio del interés superior del niño, pues es una norma orientadora en la toma de decisiones de esa naturaleza, ya que la mayoría de los casos de impugnación de reconocimiento versa sobre personas menores de edad.

De igual manera, es importante hacer referencia a la prueba científica, pues esta ha generado cambios no solo en el derecho de fondo, sino también en el ámbito procesal que, de una u otra manera, también influye en el accionar jurisdiccional y en la toma de decisiones por parte de las personas juzgadas.

II.- MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

¿Qué es el derecho a la identidad?

Como vimos, la Real Academia define la identidad como la *conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás*.

A partir de esta definición, se puede establecer que la identidad está relacionada con la idea de ser, como la profesora Mary Beloff señala: “*Es la identidad la que permite a cada uno y cada una la especificidad de ser una persona única e irrepetible. El derecho a la identidad aparece como necesidad prioritaria para la definición de una persona*” (Beloff, 2000).

Para esta autora, la identidad tiene una conformación dual, es decir, dos caras de la misma moneda, ya que, por un lado, se encuentra el factor biológico de la filiación y, por otro, el socio psicológico, los cuales pueden ser modificados y con lo cual se genera un cambio en esa identidad.

Cuando el cambio se refiere a la negación de la filiación real, se violentan derechos de la niñez y la adolescencia contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña, ya que se niega la propia existencia. Al respecto se indica: “*se le quita todo rostro humano y se vuelve un no ser, un no humano, una no persona*” y se genera un segundo efecto: “*que la misma persona niegue su identidad por desconocerla*” (*idem*).

Por otro lado, Abel Fleitas Ortiz de Rozas explica que el derecho a la identidad posee dos elementos: el origen biológico y el desarrollo existencial, referido este último al afecto, a la cultura, a las experiencias vitales, al camino de crecimiento.

Con esta afirmación, se puede concluir que el derecho a la familia es solo uno más de los derechos que se tutelan en el derecho a la identidad. Este mismo autor señala que el derecho a la identidad tiene un aspecto estático y otro aspecto dinámico. La verdad biológica, agrega, se refiere a la identificación de los progenitores, es decir, “*uno de sus planos solamente*”. (Fleitas, 2008).

Dimensión estática

Este aspecto del derecho a la identidad se encuentra relacionado con la inscripción, pues de ella se deriva una serie de derechos. El registro de nacimiento se considera un derecho humano, pues así lo determinan distintos instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales hacen referencia a la inscripción y a la nacionalidad. En el Décimo Encuentro Interinstitucional de la Oficina Nacional Estadística, realizado en el 2007, Pablo Tad Palac, representante de Unicef, indicó: “*Tener un registro de*

nacimiento implica el poder participar de un conjunto de derechos sociales, políticos, económicos, culturales establecidos en la normativa jurídica sustantiva y adjetiva de una sociedad, así como en diversos tratados internacionales”. (Tad Palac, 2007).

Según este autor, el objetivo del registro de nacimientos es asegurar y proteger los derechos de las personas, y para un niño, eso significa: “*existo, tengo derechos*” (*idem*). Explicó además que no tener un registro de nacimientos es una flagrante violación al derecho humano de tener una identidad y una nacionalidad, a pertenecer a una familia, a ser visto como parte de una sociedad y al disfrute pleno de todos los demás derechos humanos, entre ellos, la salud y a la educación.

Como se ve, la dimensión estática del derecho a la identidad se refiere al derecho a tener un nombre y una nacionalidad. Esta vertiente deriva, entonces, de la verdad biológica, y esta se relaciona directamente con el tema de la filiación. El derecho a conocer el origen tiene un fundamento y es salvaguardar la seguridad jurídica de las personas, sobre todo de los niños, las niñas y los y las adolescentes. Para Mónica González Contró, los sistemas de presunción de la paternidad surgieron para dar mayor seguridad posible al niño y a la niña respecto de su filiación. Sin embargo, es un sistema superado porque en la actualidad se puede determinar la paternidad real. (González, 2010). En síntesis, la faz estática se relaciona con la identificación, el nombre, la nacionalidad, la imagen, el emplazamiento en un estado familiar, es decir, la identidad genética.

En nuestro país, existe el Registro Civil, institución encargada de las inscripciones de los nacimientos que se registran en el país. Está institución cuenta con una estructura

que le permite cumplir con esa función de forma real y efectiva.

No se pretende detallar su historia. Sin embargo, por el valor trascendente que tiene el derecho a conocer el origen y más el derecho a la inscripción del nacimiento, resulta importante presentar la siguiente reseña. Las primeras inscripciones se dan por medio de las autoridades eclesiásticas ante la necesidad de llevar anotaciones sobre bautizos, defunciones y matrimonios, curiosamente no se llevaba registro de nacimientos.

Las primeras partidas datan de 1954, pero, en 1821, cuando nació la vida independiente en Costa Rica, se dan los primeros intentos para crear una oficina encargada del registro civil de las personas.

En 1949, el Tribunal Supremo de Elecciones acordó refundir los registros del Estado civil y electoral en el organismo que se denominó Registro Civil, como actualmente se conoce y al cual se refiere el artículo 104 de la Constitución Política. La estructura está organizada en dos secciones: la Sección Civil y la Sección Electoral, las cuales están a cargo de una Oficialía Mayor. Uno de los beneficios que permite la coordinación de esas áreas es precisamente la correcta inscripción de los nacimientos y las defunciones, con las que se conforma el Padrón Nacional Electoral. (Tribunal Supremo de Elecciones, 2012).

Dimensión dinámica

Fleitas refiere a Zannoni cuando señala que la verdad biológica no es suficiente para definir la proyección dinámica de la identidad filial; es decir, ese vínculo no tiene un valor absoluto a la luz del principio del interés superior del niño, cuya aplicación debe ser valorada en cada caso. También alude a las

frases de Ortega y Gasset, cuando apunta a que *“La identidad del hombre es dinámica y se va haciendo, es su origen y también en su programa vital; la vida es circunstancia y también historia, en una “unidad de dinamismo dramático”*. (Fleitas, 2008).

Para Eduardo Molina y Lidia Vaggiola, el aspecto dinámico del derecho a la identidad contiene multiplicidad de aspectos esenciales como lo espiritual, psicológico, cultural, ideológico, religioso y político que se vinculan entre sí y que delimitan la personalidad. (Molina y otro, 1999).

Se puede señalar que la dimensión dinámica del derecho a la identidad se refiere a la historia de vida de las personas, la relación que desarrollan en la sociedad y en la familia y, desde esta perspectiva, en lo que interesa con relación a las personas menores de edad, resulta esencial el tema de la integridad personal que da contenido al interés superior del niño y de la niña, referido no solamente al derecho al nombre, la nacionalidad y los derechos políticos, sino también más allá del conjunto de derechos y obligaciones de los progenitores. En fin, la faz dinámica es el plan de vida del niño y de la niña, se refiere al sistema de valores, a sus creencias, a su ideología, al bagaje cultural, al entorno social.

Características del derecho a la identidad

Según Mariana Rey Galindo y Orlando V. Stoyanoff Isa, el derecho a la identidad se caracteriza por su contenido extrapatrimonial, inalienabilidad, perpetuidad y oponibilidad *erga omnes*, al respecto señalan: *“Estos derechos corresponden a toda persona, sólo por su condición de tal, de los cuales no puede ser privado por la acción del Estado ni de otros particulares, pues ello implicaría un desmedro o menoscabo de la personalidad”*. (Rey Galindo y Stoyanoff Isa, 2011).

Naturaleza del derecho a la identidad

El concepto dado por la doctrina al derecho a la identidad y sus características le dan contenido a su naturaleza, la cual se construye con las siguientes premisas: a) es un derecho humano; b) es de orden público, porque aunque pertenece a la esfera privada de las personas, hay un interés de parte del Estado en protegerlo; c) es un derecho fundamental porque está expresamente reconocido en la Constitución Política y en los tratados internacionales que han sido ratificados en la legislación costarricense; y d) es un derecho fundamental relativo.

Carácter relativo del derecho a la identidad

Si bien es cierto, el derecho a la identidad resulta ser una necesidad esencial para la formación integral de las personas, sobre todo para la infancia y adolescencia, este es un derecho cuyo ejercicio se encuentra limitado por otros derechos fundamentales. Mónica González Contró hace referencia al nuevo contexto que la ciencia nos proporciona:

La medicina genómica ha revolucionado la humanidad, pues ha traído temas como la clonación, el cruce de diversas especies y la fecundación asistida. Estas propuestas generadas de la tecnología biocientífica y biotecnológica plantean a su vez problemas sociales que se entrelazan con la ética y con lo jurídico.

Este nuevo panorama que ha generado el avance tecnológico exige la reformulación de temas que antes se consideraban inalterables como la certeza en la maternidad. Evidentemente, el derecho es la ciencia que

está llamada a dar solución a esos conflictos sociales y establecer las pautas para su debida atención.

Para Fleitas, es un derecho que debe compatibilizarse con los principios y garantías. Este autor expone algunos derechos que lo pueden confrontar como el derecho a la identidad cultural y el proyecto educativo del Estado; la identidad sexual en relación con el interés público de la estabilidad registral; el derecho a esclarecer la identidad biológica respecto del interés social; el derecho de información sobre la identidad de la familia y los archivos estatales. (Fleitas, 2000).

Como ejemplo de esta dicotomía jurídica, podemos citar el voto 2377-02 donde la Sala Constitucional analizó la confrontación que podía surgir entre el derecho a la identidad y el principio de seguridad jurídica.

En este caso, una notaria pública se cambió el nombre. Este procedimiento está autorizado en la legislación costarricense. Sin embargo, la Dirección Nacional de Notariado le exigió que hiciera una razón notarial en las escrituras que otorgaba haciendo ver esa situación. Ella interpretó que se le estaba violentando el derecho a la identidad, pues ya el nombre anterior no guardaba identidad con su personalidad. Pero la Sala consideró que no solo no se violó ningún derecho, sino además la seguridad jurídica debía prevalecer en estos casos.

En su obra, Romero refleja claramente que el derecho a la identidad no es absoluto y que, en ocasiones, se confronta con temas como el de las técnicas de reproducción humana asistida y la filiación adoptiva, al respecto considera que se puede investigar el nexo biológico. Pero no se producirían los efectos derivados de la determinación legal de la filiación.

III.- MARCO NORMATIVO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CON RELACIÓN A LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

El derecho a la identidad en el ámbito supralegal

Para Molina y Viggiola, el derecho a la identidad es uno de los que ha cobrado interés dentro de los derechos de tercera generación. Para estos autores, dentro de este contexto histórico-jurídico, se ha entendido como un derecho humano un derecho a ser uno mismo dentro de la complejidad y diversidad de los aspectos que envuelven a las personas.

Es nuestro país, es un derecho expresamente reconocido en la Constitución Política y en instrumentos internacionales que han sido incorporados en nuestra legislación. (Molina y Viggiola, 1999). Entre las normas de índole internacional que lo protegen, podemos citar las siguientes:

Constitución Política

La tutela al derecho a la identidad en la legislación costarricense se encuentra contenida en los artículos 51 y 53 de la Constitución Política. Por ejemplo, el artículo 51 consagra a la familia como el elemento natural y fundamento esencial de la sociedad, por lo que establece, a su favor, un derecho de protección especial, sobre todo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido.

Asimismo, el artículo 53 es la norma que por excelencia nos da la facultad de conocer el origen biológico de la persona. Esta protección del derecho a la identidad que contempla nuestra norma fundamental es un indicador de la trascendencia de dicho derecho.

Es necesario acotar que no fue sino hasta la promulgación de la Constitución Política de 1949, cuando se prohíbe calificar la naturaleza de la filiación, lográndose suprimir la tipificación de hijos legítimos, naturales, adulterinos, sacrílegos e incestuosos, situación que dificultó el ejercicio pleno del derecho al origen.

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Este instrumento internacional del 10 de diciembre de 1948 constituye el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos. Constituye el primer reconocimiento universal de que los derechos fundamentales, tales como la libertad, la igualdad y la dignidad son inherentes a todos los seres humanos, los cuales deben ser reconocidos sin condición de nacionalidad, género, origen, raza, religión, idioma, cultura, etc.

En cuanto al derecho a la identidad, podemos señalar como de importancia el numeral 6, el cual señala: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*. Aunque es una norma programática y, por lo tanto, requiere de la legislación nacional para darle desarrollo y contenido, su función orientadora tiene como finalidad la protección de la personalidad jurídica.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos

Esta Convención fue ratificada por Costa Rica el 3 de febrero de 1970 y, en lo que interesa, el artículo 3 tutela el reconocimiento a la personalidad jurídica: *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*. El artículo 18 regula el tema del 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 reglamentaría la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombre supuestos, si fuere necesario”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Con este pacto, se salvaguardan la personalidad jurídica y el derecho a la no discriminación. Al respecto, el numeral 16 tutela el reconocimiento de la personalidad jurídica, y el artículo 24 establece el derecho de toda persona menor de edad a ser inscrita después de su nacimiento y a tener un nombre y una nacionalidad.

Convención sobre los Derechos del Niño y de la Niña

Mónica González Contró indica que el derecho a la identidad se ha visto como derecho a la personalidad, y este se vincula con el derecho a la filiación, es decir, derecho a tener una nacionalidad, a tener alimentos por parte de sus progenitores y derecho a vincularse con estos. (González, 2000).

En sus artículos 7 y 8, esta Convención establece el derecho de inscripción, a un nombre, a una nacionalidad, así como al derecho de conocer a sus padres y a criarse con ellos, así como a reestablecer su identidad en caso de violación a ese derecho.

El derecho a la identidad en la legislación nacional

Código de la Niñez y la Adolescencia

El artículo 5 hace referencia al interés superior del niño y supone una aplicación de acuerdo con el mejor interés de las personas menores

de edad desde la perspectiva del derecho de fondo, del derecho procesal y del derecho de prueba.

Para José Manuel de Torres Perea, esta norma coloca los derechos de niños, niñas y adolescentes en una nueva perspectiva, por lo que el interés superior del niño y de la niña debe verse como el:

conjunto de condiciones necesarias para proveer al menor de un marco vital suficiente en el que pueda desarrollar sus capacidades y cualidades necesarias para su progresivo crecimiento personal. Al hablar hoy del bien del niño, hablamos de la dignidad del menor, de una existencia libre de discriminaciones e injusticias, de la lucha por el respeto de los derechos humanos de toda persona y en especial en sus etapas más vulnerables. Es la frágil situación del niño que llega al mundo desvalido e indefenso la que justifica el trato prioritario con el que el Derecho protege sus intereses frente a los intereses de sus allegados. (Torres, 2009, p. 33).

Es interesante observar la interpretación que se le da a este principio; en el primer caso, porque se trata de determinar la paternidad y, en ese sentido, la prueba de ADN es suficiente para comprender que lo que mejor les conviene a un niño, una niña y a un y una adolescente es contar con un derecho a la identidad plena; mientras que, en el segundo supuesto, se debe sopesar –a la luz de otras probanzas– cuál es el mejor interés para los niños y las niñas, ya que la filiación biológica puede ceder ante una filiación social, precisamente porque esta se estatuye como la

mejor para el desarrollo de la persona menor de edad.

El artículo 23, por su parte, relaciona el derecho a la identidad con el derecho al nombre, a la nacionalidad, al documento de identidad, así como la asistencia y protección estatal cuando haya habido violación a algún atributo de su identidad.

El numeral 30 tutela el derecho a la vida familiar, desde la perspectiva dinámica del derecho de identidad, pues dispone que las personas menores de edad tienen derecho de crecer, desarrollarse y crecer al lado de sus progenitores.

Ley de Paternidad Responsable

Esta Ley N.º 8101 fue publicada el 27 de abril de 2001 y vino a reformar el proceso de filiación; en primer lugar, porque establece la posibilidad de investigar la paternidad en sede administrativa, de manera que se les garantiza a los niños y las niñas el derecho a una inscripción inmediata y el derecho a conocer el origen.

El procedimiento administrativo se destila como ventajoso para la finalidad de la ley, pues es muy ágil, porque se elimina la vía judicial. Dentro del proceso judicial, se agregó el numeral 98 bis que flexibiliza la formalidad de estructura del proceso abreviado, llamándose en adelante proceso especial de filiación, propio de un sistema procesal de oralidad, el cual brinda mayor celeridad.

Código de Familia

Se trata de la Ley N.º 5476, fue publicada el 5 de febrero de 1974 y ha sufrido muchas reformas. Esta norma regula las relaciones

paterno-materno filiales. Al respecto, el Dr. Diego Benavides distingue las siguientes situaciones contempladas en esta ley: a) Filiación matrimonial; b) filiación extramatrimonial; c) filiación durante la unión de hecho; y d) filiación por adopción.

IV.- JURISPRUDENCIA DE CASACIÓN SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO

Voto 427-95. En este asunto, según la primera instancia, la doctrina indica que:

“Siendo el reconocimiento de un hijo natural la confesión de un hecho, lógicamente es, como toda confesión irrevocable, y una vez hecha no puede arbitrariamente retirarse”.

También hace la diferencia entre revocatoria y nulidad. Señala que el reconocimiento puede ser nulo por haberse obtenido por error, engaño, violencia o por incapacidad del reconociente. Ejemplifica esto con Covian, quien es del criterio de que el reconocimiento sí es impugnabile cuando el reconocido no es hijo del reconocedor. Concluye diciendo que: “La falsedad consiste en haber manifestado ser el padre de la menor cuando en realidad no lo es”.

La segunda instancia le da la razón. Se argumenta en esta sede que si el padre tiene sangre tipo A1-2B, el hijo tiene que heredar un tipo A1-2 o B, pero, en este caso, es tipo O, por lo que el dictamen descartó al actor. Señala que:

“El reconocimiento es para los hijos biológicos”. La Sala hace un análisis

de la figura del reconocimiento, que se caracteriza por ser declarativo, unilateral individual e irrevocable”.

En esta instancia, se puntualiza: *“Analizando esto a la luz de la doctrina, observamos que distintos autores coinciden en señalar que la impugnación puede darse cuando la persona reconocida no está biológicamente relacionada con quien reconoció, o cuando medió algún vicio en la voluntad capaz de producir nulidad”.* Además se indica que: *“La no paternidad biológica puede dar lugar a una impugnación del reconocimiento solo cuando el reconocedor desconoce ese hecho, o lo hizo inducido por error o falsedad”.*

En este caso, se tuvo por demostrado que el actor reconoció por complacencia, por mero acto de liberalidad, ya que siempre supo que la niña no era su hija, por lo que la Sala concluyó que no hubo vicios en el consentimiento.

Finalmente, la Sala impuso un nuevo criterio estableciendo que: *“Conviene apuntar que el error o falsedad a que se refiere ese precepto legal, es relativo a la formación de la voluntad de quien reconoce, no el engaño a un ente público, como lo aplicaron los Tribunales de instancia, quienes consideraron que como el actor reconoció manifestando ante el Registro Civil que la menor era su hija se dieron los presupuestos”.*

Voto 293-01. Es importante resaltar que la demandada fue declarada rebelde y que la Sala consideró que esa rebeldía no podría generar la afirmación de los hechos, por tratarse de derechos indisponibles. Define el error como un vicio de voluntad que consiste en *“el falso equívoco conocimiento, o el descubrimiento total de una cosa, en una estado de la mente en que la representación de un objeto es impedida o sustituida por otra*

falsa”. En el caso, se le dio la razón al actor, ya que la demandada calló acerca de la posible paternidad de otro sujeto, lo que constituye una suerte de engaño por omisión, y eso hizo que el actor lo reconociera creyendo que era su hijo.

Voto 51-02. La madre impugna el reconocimiento que el demandado hizo de forma unilateral. La Sala señala que el tercer interesado puede accionar únicamente durante la minoridad de la persona menor de edad. La madre se tiene como tercera interesada. Se hace referencia a que, en 1988, el ordenamiento jurídico permitía el reconocimiento unilateral (85 CF). Sin embargo, esto se modifica con la Ley 7538 del 22 de agosto de 1995, pues el numeral 84 exige el consentimiento de la madre. En cuanto al derecho a conocer el origen, la Sala indica: *“Ahora bien, resta por analizar si la paternidad registral, coincide o no con la paternidad biológica, cuestión esencial en cualquier impugnación de reconocimiento”.* En el caso concreto, la Sala desestima el recurso porque no hubo certeza de que el reconocedor no fuera el padre biológico.

Voto 385-2005. En primera instancia, se declaró sin lugar la impugnación de reconocimiento, lo cual fue confirmado en segunda instancia. Para la Sala Segunda, el resultado de la prueba de ADN que comprobó la paternidad del actor no tenía relevancia, pues no hubo falsedad ni error a la hora de realizar el reconocimiento. La amenaza de la accionada en el sentido de destruir el matrimonio del actor, si se negaba a reconocer que no era una causal para poder impugnar el reconocimiento, además ello no implicó el desconocimiento de la verdad que es el supuesto tutelado por el 86 del Código de Familia. En este caso, la Sala resolvió que lo que más convenía al interés de la niña era

mantener la paternidad ya establecida, sin perjuicio de que, en algún momento, podría investigar su ascendencia biológica.

Voto salvado. Quedó acreditado que la niña no era hija biológica del actor, y ello permitía estimar la demanda, según el artículo 86, pues el reconocimiento no se ajustaba a la realidad, y fue falso al no haber vínculo biológico. El reconocimiento debía mantenerse cuando el acto jurídico correspondiera con la verdad real; pero no cuando era falso. El magistrado Van der Laat Echeverría señaló:

A nada conduce perpetuar una situación contraria a la verdad, ni es razonable buscar seguridad, aunque sea para un menor, cuando está sustentada en hechos falsos y en decisiones impulsadas por pasiones, algunas veces momentáneas. Las soluciones jurídicas contrarias a la realidad e impuestas no consiguen la paz social que persigue el derecho.

Para este magistrado, la prueba de ADN permitió determinar la paternidad biológica y sentar las responsabilidades, con lo cual se aplicó el derecho de manera plena. Agregó que si se le daba prevalencia a la irrevocabilidad sobre la verdad biológica, se violentaba el numeral 53 de la Constitución Política.

Voto 273-07. El juez de primera instancia declara sin lugar el proceso especial de filiación de impugnación de reconocimiento. El Tribunal de Familia confirma. En cuanto al cuadro fáctico, tenemos que las partes mantenían una relación informal y se casaron cuando ya había nacido el hijo. Él argumentó el engaño porque ella le dijo que él era el padre. De acuerdo con el artículo 86 del Código de Familia, la Sala Segunda

dispone que: “*En aras de tutelar al menor y por seguridad jurídica se debe mantener la filiación resultante del reconocimiento, y a este le corresponde asumir las consecuencias jurídicas de este acto porque no procede la impugnación de reconocimiento ya que es irrevocable, salvo que se acredite, en forma indubitable que se realizó mediante engaño*”.

Voto 107-08. Primera instancia declara con lugar, revoca el reconocimiento y determina la filiación biológica. Segunda instancia rechaza la nulidad, revoca la sentencia y desestima la demanda. La Sala declara sin lugar, considerando que, de acuerdo con el interés superior del niño, la persona menor de edad ya tenía una filiación establecida y una familia, de modo que anular el reconocimiento hecho no lo beneficia, porque ya se ha creado un vínculo afectivo con el padre registral. De esa manera, se salvaguardan su integridad personal, así como su desarrollo psicosocial.

Voto 26-09. Las tres instancias coinciden en que no hubo error ni engaño en el reconocimiento, pues el actor tuvo pleno conocimiento de que la niña no era su hija y aun así decidió de forma voluntaria reconocerla ante el registro civil.

Voto 256-2010. La Sala Segunda se atiene a lo dispuesto por la Sala Constitucional en el sentido de que el plazo de caducidad para la impugnación de reconocimiento es de un año, según el voto 6813-2008 del 23 de abril de 2008. Así, el plazo que rige para el numeral 86 del Código de Familia es el mismo que regula el artículo 73 del mismo Código.

Voto 521-11. La persona juzgadora de primera instancia declara sin lugar el proceso de impugnación de reconocimiento que formula el padre biológico, cuya participación se considera legítima a la luz

del tercer interesado regulado en el numeral 84 del Código de Familia. En segunda instancia, revoca la sentencia, declara con lugar la demanda y anula el reconocimiento. La Sala Segunda opina diferente al Tribunal de Familia, argumentando que la prueba de ADN refleja que el actor es el padre biológico de la niña. Sin embargo, esta tiene —al lado del reconocedor— conformada una familia y, por lo tanto, en nada le beneficia la modificación de la filiación y más bien se le debe proteger su desarrollo integral. Además, posteriormente, puede investigar la verdad biológica. **En voto salvado**, se considera que la verdad biológica debe imponerse porque el derecho debe tutelar los actos jurídicos cuando corresponden a la verdad real y no a la falsedad. Mantener la irrevocabilidad en casos como estos solo altera la verdad biológica.

Voto 563-12. El reconocimiento es uno de los actos por los que se establece la relación de filiación, mediante el cual, la persona entra jurídicamente a formar parte de la familia consanguínea. El caso de error o engaño es una circunstancia que implica la excepción a la regla de la irrevocabilidad del reconocimiento, ya que entraña un vicio en la voluntad de quien reconoce y es causal para la nulidad de ese reconocimiento. La impugnación es restrictiva por razones de seguridad jurídica. En el presente caso, no hubo error en el reconocimiento porque el actor tenía pleno conocimiento de que la persona menor de edad a la que iba a reconocer como hijo no lo era, y la impugnación obedece al interés de ver disminuidas sus obligaciones alimentarias.

Voto 1156-2013. La carga de la prueba sobre la falsedad y error le corresponde al actor.

Voto 374-2013. La omisión de la parte demanda de contestar no puede favorecer los intereses de la parte actora porque el objeto del litigio versa sobre derechos indisponibles, según el numeral 338 del Código Procesal Civil. La mala actuación del profesional en Derecho no constituye una indebida representación, ya que esta figura se refiere a los defectos en las personerías jurídicas (voto 19-2013).

Voto 1004-2014. El derecho a impugnar el reconocimiento desaparece al año de haber tenido conocimiento. Es de caducidad porque en él se establece la extinción del derecho.

Voto 906-2014. El reconocedor, quien es el esposo de la madre, ejerció posesión notoria de estado después del matrimonio. Sin embargo, el padre biológico (ADN) lo ejerció durante los primeros años de vida. El niño tenía derecho de saber quiénes eran sus padres. El reconocimiento se dio por el interés que surgió entre la madre y su esposo. El niño debía quedar con los apellidos del padre biológico.

Voto 1148-2014 (proceso de revisión). El proceso de impugnación de reconocimiento se declaró con lugar porque la notificación a la madre de la persona menor de edad no fue efectiva. Para la Sala, la aplicación de la notificación ficta no puede darse sin ninguna restricción o limitación, puesto que las personas juzgadoras, en virtud de su rol, cuentan con poderes de ordenación, conducción e instrucción adecuada al proceso, máxime cuando se trata de derechos fundamentales como el derecho de conocer el origen biológico. De hecho, la Ley de Notificaciones regula la notificación personal cuando sea necesario, por lo que la persona juzgadora debe analizar los motivos que se dieron para la ausencia a la prueba y, si

es necesario, debe ordenar la notificación personal para garantizar el debido proceso.

Voto 1315-2015. La madre consintió en el reconocimiento a sabiendas de que el reconocedor no era el padre biológico; pero como actuó en representación del niño, estaba legitimada para pedir la impugnación, porque ahora tiene interés en investigar la paternidad. Como se observa, el muchacho nunca ha considerado al padre registral como su progenitor, así que el desplazamiento de esa paternidad no le causará ningún daño emocional, máxime que su voluntad expresada ante el *a quo* era que se le definiera la filiación verdadera. Ante dos individuos que han buscado eludir la paternidad (lo que se deduce de las aserciones contenidas en las contestaciones de la demanda y el comportamiento de los coaccionados en la práctica, según quedó demostrado), el interés superior del niño apuntó a que quien asumiera la responsabilidad fuera el padre biológico; sobre todo, si se tomaba en cuenta que del expediente no se infería que el mantenimiento de la filiación actual le representaba alguna ventaja al joven.

Voto 273-2015. La madre no contestó la demanda ni fue a la prueba de ADN. “Los testigos ofrecidos por él, no dieron cuenta certera de ello y se limitan a reproducir las manifestaciones que escucharon de terceras personas, sin que brinden detalles concretos sobre un posible engaño que llevara al accionante a reconocer a la menor. Por lo que, valoradas las probanzas conforme con las reglas de la sana crítica, no se ha adquirido la convicción de que la voluntad del actor al momento del reconocimiento estuviera viciada en los términos contemplados en la normativa aplicable”. El actor tenía que acreditar la falsedad y el error.

Voto 558-2016. “Ahora bien, en el supuesto de que la acción no estuviera caduca, no sería posible entrar a valorar la ilegitimidad del reconocimiento de la menor. El actor la reconoció a pesar de tener dudas sobre su paternidad, pues era de su conocimiento que su madre mantenía una segunda relación con otro hombre, por lo que la reconoció por su voluntad con el conocimiento de que podía no ser el padre biológico, riesgo que asumió. Es decir, no acaeció ninguna nueva situación sorpresiva o desconocida por el demandante, que le otorgara el derecho a impugnar la paternidad, la cual reconoció con la “gran duda” que siempre ha tenido sobre la filiación. El numeral 87 del Código de Familia que el reconocimiento es **irrevocable**. Si bien, el artículo 86 del citado Código indica que el reconocimiento puede ser impugnado, claramente señala que es cuando ha sido hecho mediante falsedad o error, lo cual no sucede en este caso, porque la madre de la menor no lo engañó, ya que –tal como reiteradamente se ha dicho–, el actor conocía sobre la relación paralela con otro hombre que tenía la demandada”.

Voto 503- 2017. “Esta conducta del demandante al accionar con prontitud en contra del reconocimiento hecho por el señor [Nombre 005], es un elemento más que lleva a ratificar el elenco probatorio aportado a este proceso, el cual denota un verdadero interés por parte del padre biológico en ejercer su rol de padre y reconocer a [Nombre 007] como hijo suyo (las actuales tendencias en cuanto a la apreciación de la prueba, llevan a la persona juzgadora a ejercer una valoración de la conducta de las partes durante el proceso, ejemplo de ello es el artículo 41.5 del Código Procesal Civil que entrará en vigor en octubre de 2018). En consecuencia, en virtud de los hechos expuestos, estima esta Sala que no puede considerarse que la filiación

se haya consolidado por la posesión notoria de estado por parte del señor [Nombre 005] ya que, desde antes del primer año de edad del niño [Nombre 007], su padre biológico ha buscado que se le reconozca como su verdadero progenitor”.

Voto 1114-2019. “La Sala no observa alguna razón que haga posible conferir mayor credibilidad a unos testigos que a otros ni para considerar que hayan faltado a la verdad o que sus deposiciones resulten evidentemente complacientes. Esa circunstancia, solo deja en el ánimo de las personas juzgadoras un estado de duda, con lo cual necesariamente debe concluirse sobre el incumplimiento de la carga probatoria del actor, a quien le correspondía acreditar, de manera fehaciente, el engaño invocado en el escrito inicial”.

Voto 1991 – 2020. “Además, vale resaltar que no basta la inexistencia del vínculo biológico entre el padre registral y la persona reconocida como lo pretende el recurrente, dado que se debe de acreditar necesariamente el engaño o error que medio en el acto. Por otro lado, el promovente señala que la prueba confesional fue tomada en beneficio de la parte que la rindió, siendo que dicha prueba únicamente puede ser utilizada en contra del confesante. En dicho sentido, lleva la razón la parte recurrente, dado que según el numeral 338 del derogado Código Procesal Civil “*La confesión judicial prueba plenamente contra quien la hace. Para que haya confesión es necesario que la declaración verse sobre hechos personales contrarios a los intereses del confesante y favorables al adversario. No vale como confesión la admisión de hechos relativos a derechos indisponibles*”. Sin embargo, en el caso bajo estudio lo que el recurrente indica es que no se debe valorar el hecho de que la accionada indicara que efectivamente ella no engaño al actor para

que reconociera al menor [Nombre 003], mas en este caso, el propio gestionante indica en la demanda que él no tenía seguridad de que [Nombre 003] menor fuera su hijo, y a pesar de ello lo reconoció para asegurarlo de la Caja Costarricense de Seguro Social. En virtud de ello, dicho agravio debe ser rechazado. Así las cosas, considera esta Sala que al no haberse acreditado el supuesto error por el que el actor reconoció al menor como su hijo, se debe declarar sin lugar el recurso y las costas de este son a cargo del actor”.

V.- CONCLUSIONES

La impugnación de reconocimiento ha sufrido muchas interpretaciones, quizás por el alcance de las palabras error y falsedad. Antes de 1995, la interpretación que se les dio a estos conceptos no es el mismo que se les da ahora. Se llegó a considerar que la falsedad estaba vinculada con la declaración falsa que el reconocedor daba ante el Registro Civil, pues no correspondía a la verdad biológica, y ahí estaba el error.

Después del voto 427-95, el cual resulta relevante, porque marcó un antes y un después, se interpretó que el error estaba relacionado con un vicio en el consentimiento, y la falsedad estaba relacionada con el engaño al que pudo haber sido inducido el acto de reconocimiento. Este criterio es el que se ha mantenido hasta la fecha, aunque algunos siguen pensando que lo importante es mantener la verdad biológica, y ello se aprecia en los votos salvados que con frecuencia nos encontramos.

Consideramos que esta es una posición conservadora que tiende a proteger la percepción patriarcal de nuestra sociedad;

pero que no guarda relación con la perspectiva dinámica del derecho a la identidad. Vemos cómo, en el voto 293-2001, el hecho de que la mujer callara que tuvo otra relación amorosa constituía un engaño.

En el voto 51-2002, nos llama la atención la afirmación de que la paternidad registral debe coincidir con la biológica, pues se consideró que eso era lo esencial en este tipo de procesos.

Es interesante ver el voto 385-2005, porque aquí ya se visualiza el tema desde la perspectiva del interés superior del niño y de la niña. En el voto salvado, se denota cómo se sigue abogando por la verdad biológica.

En los votos 273-2007, 107-2008 y 26-2009, se mantiene el criterio de que si el acto de reconocimiento se dio de manera voluntaria con conocimiento de que no coincidía con la verdad biológica, la filiación se mantenía, esto por la naturaleza irrevocable del reconocimiento y por la seguridad jurídica del niño y de la niña a la luz de su mejor interés.

Este criterio se mantiene en la actualidad, sin embargo, en ocasiones se ha potenciado el eje dinámico del derecho de identidad, ya que, incluso, demandas formuladas por el padre biológico han sido desestimadas al considerar que el desarrollo integral de la persona menor de edad supera la verdad biológica.

Así, como ejemplo, en el voto de 521-2011, la Sala interpretó que en nada beneficiaba a la niña modificar su filiación social por la biológica, pues ella estaba desarrollándose en una familia establemente conformada, y eso es parte de su identidad. Desde esta perspectiva, parece oportuno el pensamiento de Ricardo Dutto, pues él considera que,

desde una perspectiva ética, no cabe desvirtuar la paternidad asumida sin vicios en el consentimiento en la voluntad, pues: “*esa decisión trasciende la motivación personal*”. (Dutto, 2002).

El voto 256-2010 también es relevante porque ya la jurisprudencia se apega a lo que la Sala Constitucional resolvió en el voto 6813 del 23 de abril de 2008, mediante el cual dispuso que el plazo de caducidad que reguló el artículo 86 del Código de Familia era inconstitucional y, a partir de ese momento, se debía aplicar el plazo regulado en el artículo 73 del mismo Código; es decir, un año, cuyo cómputo inicia a partir del momento en que el reconocedor tuvo conocimiento de que él no era el padre biológico.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Segunda, se puede establecer como premisa principal que el reconocimiento sigue siendo la vía idónea para que un padre reconozca a su hija o hijo biológico y, por lo tanto, es irrevocable.

A partir de esta premisa, podemos concluir que la impugnación solo procede por un vicio en el consentimiento, tal y como lo regula el numeral 86 del Código de Familia y, por ello, nunca podría darse por un arrepentimiento de parte del reconocedor.

Para que prospere una impugnación de reconocimiento, entonces, se debe demostrar la falsedad o el engaño y, a nivel procesal, la persona actora es quien tiene la carga probatoria. Por tratarse de derechos fundamentales e indisponibles, la carga probatoria no puede basarse en el resultado de la prueba de marcadores genéticos, a la inasistencia de esta por parte de la madre o la persona menor de edad, así como a la notificación ficta para su asistencia, a la

confesión de la madre o al allanamiento. En cuanto a la posesión notoria del estado, su valor será determinado en cada caso concreto, pues el principio del interés superior del niño y la niña se constituye como el elemento más importante para la decisión.

Un tema importante es el conflicto que puede surgir entre la persona menor de edad y la madre, quien normalmente es la persona que funge como su representante, pues hay varios escenarios que se deben atender. El primero es cuando la madre no participó en el reconocimiento y, por ello, encuentra plena legitimación para actuar. Esto sucedía, como se ha indicado, antes de la Ley 7538 del 22 de agosto de 1995, reforma que vino a procurar que solo los padres biológicos reconocieran a sus hijos. Este fin no se logró, pues se sigue utilizando la vía del reconocimiento de forma indiscriminada.

Véase el caso del voto 256-2010, donde se alegó que el reconocimiento fue un acuerdo con la madre, quien le aseguró al reconocedor que ella había terminado la relación con el padre biológico, situación que no fue real y que no podía constituir el vicio del consentimiento alegado. El segundo escenario es cuando la madre dio el consentimiento para el reconocimiento, sabiendo que el reconocedor no era el padre biológico, ante lo cual se ha considerado que perdió la legitimación al existir un conflicto de intereses entre ella y la persona menor de edad que representaba.

Al respecto, en el voto 340-2021, el Tribunal de Familia consideró necesario nombrar un abogado al niño, cargo que delegó en el Patronato Nacional de la Infancia.

Por su parte, en el voto 1315-2015, la Sala Segunda decidió que la madre sí contaba

con legitimación, pero, en este caso, porque, junto con la impugnación de reconocimiento, estaba investigando la paternidad. La Sala Segunda consideró que la impugnación del reconocimiento procedía porque la filiación registral no le beneficiaba a la persona menor de edad, ya que ese reconocedor repudió la filiación, pues había terminado su relación con la madre. Este último caso constituye el tercer escenario.

Se observan también casos en donde se ha ejercido la posesión notoria de estado por parte del padre registral y el padre biológico. De esta manera, es necesario valorar el desarrollo integral de la persona menor de edad (eje dinámico del derecho de identidad), haciendo valer su mejor interés, potenciando casi siempre la verdad biológica como ocurrió en los casos de los votos 906-2014 y 503-2017 de la Sala Segunda.

En la impugnación de reconocimiento, la verdad biológica es solo un elemento que debe ser valorado a la luz del interés superior del niño y de la niña, pues el derecho a conocer el origen en ocasiones cede a este principio que es de naturaleza prioritaria.

En la actualidad, en la jurisprudencia de la Sala Segunda, el derecho a la identidad no solo se concreta con el derecho a conocer la verdad biológica, sino también se valora el eje dinámico de este derecho.

VI.- CONSIDERACIÓN FINAL

Se sabe que el proceso de reconocimiento de hijo o hija de mujer casada es un proceso no contencioso donde, normalmente, no se es necesaria la realización de la prueba de marcadores genéticos. Esta insuficiencia probatoria permite que, después del

reconocimiento hecho, autorizado en una sentencia, pueda ser impugnado, igual que ocurre con los reconocimientos que se hacen en la vía administrativa.

Si tomamos como cierto que el derecho a la identidad, desde su visión estática, en cuanto a tener un nombre y, desde su visión dinámica, conocer a sus padres y criarse con ellos, es un derecho fundamental que, en el reconocimiento, ya sea ante el Registro Civil o ante la sede judicial, debería ser obligatorio llevar a cabo la prueba de marcadores genéticos, de manera que el ordenamiento jurídico no sea utilizado en fraude de ley. De esa manera, cuando una persona que no sea el padre biológico quiera asumir una paternidad social, deberá acudir a la vía de adopción que es la que corresponde en estos casos.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

Beloff, Mary. (2011). *La identidad como derecho inherente a los niños y niñas. Protección de niños, niñas y adolescentes*. <http://www.iigg.sociales.uba.ar/iigg/jovenes>. Buenos Aires, Argentina. Accedido el 25 de septiembre de 2012.

De Torres Perea, José Manuel. (2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Madrid, España. Producción gráfica Closas Orcoyen, S. L. Paracuellos de Jarama.

Entrevistas con personas funcionarias del Área de Paternidad Responsable, Sección Inscripciones y Oficialía Mayor del Tribunal Supremo de Elecciones. (Octubre 2012).

Dutto, Ricardo J. (2002). El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas. Derecho procesal de familia II. *Revista de Derecho Privado*.

Buenos Aires, Argentina: Rubinzal - Culzoni, Editores. Fleitas Ortiz de Rozas, Abel. (15 de noviembre de 2005). El derecho a la identidad: sentido, alcances y cuestiones en debate. *Revista Jurídica Argentina La Ley*. González Contró, Mónica. *Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes en México*. [Http://www.biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/Derecho Comparado](http://www.biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/Derecho_Comparado). Accedido el 25 de septiembre de 2012.

Molina Quiroga, Eduardo; Viggiola, Lidia E. (1999). Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial. Congreso Internacional. Derechos y Garantías en el Siglo XXI. Asociación de Abogados de Buenos Aires. <http://www.aaba.org.ar> Buenos Aires, Argentina.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición. www.rae.es

Rey Galindo, Mariana; Stoyanoff Isa, Orlando V. (2011). El nombre como atributo de la personalidad y el derecho a la autodeterminación de la identidad. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Derecho de familia. Buenos Aires Argentina: Editorial Abeledo Perrot. Tad Palac, Pablo. (20 de septiembre de 2007). *La importancia de las estadísticas vitales para el análisis demográfico y las políticas públicas. Derecho a la identidad y registro universal de nacimientos. Experiencias de Unicef*. Décimo Encuentro Interinstitucional de la Oficina Nacional de Estadística. (OEA). Unicef,. [Http://iin.oea.org/IIN2011](http://iin.oea.org/IIN2011)

<http://tse.go.cr> Tribunal Supremo de Elecciones y Registro Civil Costa Rica.

<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/> votos Sala Segunda Corte Suprema de Justicia.

LA PERSONA NOTARIA COMO CONOCEDORA Y ASESORA DE LAS EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL

MSc. William Bolaños Gamboa*

RESUMEN

Las facultades de la persona notaria pública y su margen de acción que varían desde un deber de diligencia y corroboración de la información que la parte interesada le suministre, hasta su labor a nivel ambiental, hacen que se cuestionen los límites que pueden imponerse a dichas potestades. La presente investigación permite determinar que la función notarial no es ajena a los estudios de impacto ambiental, comprendiendo que el ámbito de acción es muy limitado, ya que la persona notaria pública no posee la competencia para emitir actos que acrediten que un terreno es apto para el desarrollo de una actividad sin causar un perjuicio o detrimento al ambiente.

Palabras clave: ambiente, derecho ambiental, estudios de impacto ambiental, persona notaria, zona marítimo- terrestre.

ABSTRACT

The powers of the Notary Public and its scope for action, which vary from a duty of care and corroboration of the information provided to it by the interested party, to its work at the environmental level, call into question the limits that can be imposed on such powers. The present research makes it possible to determine that the notarial function is not alien to environmental impact studies, understanding that the scope of action is very limited, because the notary public does not have the competence to issue acts that prove that a land is suitable for the development of an activity without causing harm or detriment to the environment.

Keywords: environment, environmental law, environmental impact studies, notary, land-based maritime zone.

Recibido: 20 de febrero de 2023

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* Licenciado en Derecho y máster en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica; abogado y notario público; máster en Derecho Notarial y Registral; docente universitario con más de 20 años de experiencia en derecho romano, notarial y registral; exmiembro del Consejo Superior Notarial de la Dirección Nacional de Notariado; exdirector de la Oficina Jurídica de la Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: wbolanos@gmail.com

INTRODUCCIÓN

La persona notaria pública es una figura de la que se ha discutido mucho sobre su naturaleza, comprendiéndola como funcionaria pública o como una persona funcionaria pública que ejerce de forma privada, sea cual sea su naturaleza, discusión ya superada en nuestro sistema, lo cierto del caso es que la persona notaria tiene un amplio ámbito de acción que muchas veces resulta confuso en cuanto a los límites del ejercicio.

Así, desde los numerales 1 y 2 del Código Notarial, podemos partir de una presunción para el desarrollo del presente estudio, en primera instancia, una definición clara y concisa del notariado público a partir de dichos numerales:

El notariado público es la función pública ejercida privadamente. Por medio de ella, el funcionario habilitado asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él. [...] El notario público es el profesional en Derecho, Especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial. En leyes, reglamentos, acuerdos y documentos, cuando se use la palabra notario debe entenderse referida al notario público. (Asamblea Legislativa, 1998, s. p.).

Con base en esta definición, podemos sacar varios elementos para el análisis, como son las funciones de la persona notaria, sus alcances y límites, y es sobre este punto, donde se centrará parte del desarrollo del presente artículo.

Si bien, la persona notaria pública tiene amplias facultades, existen áreas de acción en donde lo único que puede hacer es cumplir con un deber de diligencia y con vista y corroboración de la información que la parte interesada le suministre; además, puede dar fe de que determinada situación que se presenta ante su oficina es de acuerdo con una realidad, de otra manera podría incurrir en responsabilidad o, incluso, podría incurrir en un delito al consignar e insertar hechos falsos.

A nivel ambiental, la labor del notario y de la notaria también tiene relevancia, pero entramos en el cuestionamiento de qué tan amplias son sus potestades. La persona notaria pública cumple una función de asesora y, como profesional del derecho, debe tener un conocimiento integral de las diversas ramas para poder asesorar de la mejor manera a la persona interesada. Eso implica entender cuáles son los alcances y las limitaciones en los que puede incidir como notario o notaria. Partiendo de estas premisas, podemos percibir que es deber de la persona notaria conocer sobre los estudios de impacto ambiental. Sin embargo, hilando más delgado, ¿tiene alguna potestad de emisión de estos estudios en favor de un privado o una institución estatal pese a que existe una institución encargada para este efecto?

Estos cuestionamientos nos regresan a una de las principales ideas de estudio de este artículo, cuáles son los alcances y límites de la función notarial, haciendo hincapié en el ámbito de acción del derecho ambiental.

El daño ambiental es una situación que no escapa de nuestra realidad, en virtud de ello, a nivel internacional, diferentes estados han adoptado una serie de medidas para garantizar su protección y, en el ámbito nacional, nuestro

Estado no es la excepción, desde el derecho se ha creado una serie de instrumentos para la tutela ambiental. Para este efecto, se dedicará un apartado al estudio de algunos de estos instrumentos.

Debido a lo anterior, se torna necesario hacer un estudio general del derecho a un ambiente sano, principios e instituciones y se culminará en el estudio de las diferentes figuras con las que contamos para su protección.

Una vez analizado este punto, es menester entender la figura de la persona notaria, su evolución y, sobre todo, su ámbito de acción, elemento esencial para determinar su papel como asesora y conocedora de los estudios de impacto ambiental, desde la doctrina y la jurisprudencia.

Es importante mencionar que, ciertamente, este tema en específico ha sido poco estudiado por lo que muchas de las conclusiones de este artículo son con base en la interpretación, lo que han indicado nuestros tribunales y cómo se ha manejado a nivel de doctrina.

El derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado a la luz de los principios en materia ambiental

En el artículo 50, la Constitución Política de Costa Rica nos habla del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, estableciendo este enunciado el deber del Estado de tutelar y resguardar el medio ambiente, utilizando para este efecto una serie de herramientas, como son los planes reguladores, reglamentos de zonificación por mencionar algunos, para garantizar un desarrollo sostenible con el medio ambiente. (Asamblea Legislativa, 1949).

Es importante entrar a analizar un poco el fundamento del porqué son tan importantes la protección ambiental y el uso de los diferentes instrumentos para alcanzar este fin y, de este modo, entender el papel de la persona notaria en todo este desarrollo.

En esta misma línea de pensamiento, la Sala Constitucional ha señalado:

[...] a través de la producción y uso de la tecnología es que debe de promoverse que se obtenga [...] un desarrollo y evolución favorable del medio ambiente y los recursos naturales con el ser humano, esto es, sin que se cause a éstos daño o perjuicio, como lo ha considerado nuestro Tribunal Constitucional, en su amplia jurisprudencia, inclusive desde sus orígenes, así en las sentencias supra citadas número 3705-93 y número 2006-17126. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2006, s. p.).

De lo citado anteriormente, podemos concluir que debe haber una conexión entre la ciencia y el medio ambiente, siempre respetando el equilibrio entre ambos para la consecución de diferentes fines. Para ello, el principio de objetivación ambiental cumple una labor esencial, en virtud de que nos fija las bases para un desarrollo sostenible con el ambiente y hasta el elemento legitimador para el actuar de la persona notaria con respecto a los estudios de impacto ambiental. La jurisprudencia ya ha sido reiterada en mencionar este tema de la tutela ambiental por medio de estudios que justifiquen determinada intervención. En este sentido, la Sala Constitucional ha establecido en los votos 14293-2005, 17126-2006 y 3684-2009:

De la objetivación de la tutela ambiental: el cual, tal y como lo señaló este Tribunal en sentencia número 14293-2005, de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre del dos mil cinco, es un principio que en modo alguno puede confundirse con el anterior [refiriéndose al principio precautorio], en tanto, como derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general – tanto legales como reglamentarias–, de donde se deriva la exigencia de la “vinculación a la ciencia y a la técnica”, con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos – tales como los estudios de impacto ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una “duda razonable” resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio pro-natura), que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2006, s. p.).

Dicho en pocas palabras, este principio es de tal envergadura que ningún actuar puede realizarse desvinculándose de él sin incurrir en un vicio de inconstitucionalidad. Utilizando las palabras de Peña Chacón (2013):

Por ello, toda actuación en materia ambiental, así como toda normativa, no puede desvincularse, bajo ninguna circunstancia, de este principio sin incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por violación al criterio de razonabilidad, o bien, de ilegalidad por infringir las reglas unívocas de la ciencia y la técnica (p. 127).

Del análisis anterior se desprende el enorme esfuerzo que se ha realizado en materia ambiental para tutelar el desarrollo humano de forma equilibrada con el medio ambiental. No es secreto que el impacto de la protección ambiental en la vida y desarrollo del ser humano radica en que el medio ambiente es base para la supervivencia humana.

Cada día es mayor el nivel de desarrollo tecnológico y social existente, y es cada vez más frecuente ver cómo se quiere aprovechar los recursos naturales de forma desproporcionada y poniendo en peligro el hábitat de especies importantes y necesarias para el desarrollo humano.

Esta situación ha sido así desde hace larga data, en razón de lo anterior, desde hace varios años, este tema se ha venido discutiendo para poner un ejemplo que se extiende hasta nuestros días. Tenemos las conferencias de Estocolmo de 1972 y el Informe Brundtland de 1987 que, en la década de los años noventa, se continuaron desarrollando, pero ahora bajo el signo de la Conferencia de Río.

Dichas discusiones concluyeron en acuerdos y compromisos de diversos estados por readaptar sus sistemas para garantizar el desarrollo ambiental sostenible. Para alcanzar esta meta, el derecho ha sido el principal mecanismo de resguardo, validez y eficacia que ampara realizar o no una determinada actividad que implique una afectación en el medio ambiente.

Es necesario tomar en cuenta una serie de previsiones, en especial dependiendo del tipo de zona donde se encuentre, ya que puede ser de vocación ecológica o humana. Para este fin, el Estado debe velar por la correcta aplicación de los instrumentos que tiene a su alcance; por ejemplo, en zonas con riqueza ecológica por un lado y, por otro, también le corresponde determinar si los suelos son aptos o no para llevar a cabo una actividad.

Dichas previsiones permiten cumplir una doble función. La primera evita incurrir en responsabilidad al no haber actuado con la diligencia debida, y la segunda pretende evitar una afectación de difícil reparación para el medio ambiente. El Estado se vale de las municipalidades y las entidades estatales para alcanzar este fin.

El Estado como encargado de velar por la protección adecuada del medio ambiente ha creado diversos reglamentos y leyes que no solo se encargan de supervisar un uso idóneo y adecuado, sino también protege las áreas de vocación ecológica. De esta realidad deriva la necesidad de establecer cuáles figuras jurídicas en nuestro ordenamiento son más favorables para ciertos tipos de ecosistemas. En este punto, se hará un estudio de algunos de estos instrumentos y su importancia para la tutela ambiental, así como la incidencia que puede tener la persona notaria en algunos de estos:

A Reglamentos de zonificación

Como consideraciones generales frente a los reglamentos de zonificación, tenemos que para un efectivo control del ordenamiento territorial, se hace una división entre las áreas que poseen características más o menos homogéneas que permitan diferenciar su tratamiento y, en especial, la acción del ser humano en estas.

Con ello, cabe destacar que las zonas van a ser delimitadas y aptas para la actividad humana intensa y otras en que deba ser seriamente restringida por múltiples razones.

Como se ha mencionado anteriormente, unas áreas son propias de explotación y extracción de materiales, y otras son zonas consideradas por la escasez de su biodiversidad que se mantienen meramente para actividades de índole recreativa, pasando por todas las subdivisiones entre ambos extremos que se consideren necesarias. (Municipalidad de Osa, 2003).

En relación con los reglamentos de zonificación, estos se hallan ya establecidos formalmente en el país y nos orientan a la posibilidad de una gran protección de nuestras áreas desde el punto de vista de la conservación ecológica, y también toman en cuenta el uso del suelo para establecer la protección ambiental, de modo que, una vez que se establece su destino, entramos en el campo de las restricciones.

A modo de resumen, los reglamentos de zonificación no solo nos brindan una garantía de protección de la zona y un uso adecuado de esta, sino también nos permite esclarecer qué tipo de zona se trata y cuáles actividades se pueden realizar en ella, de manera tal que nos apoya tanto en materia de protección,

como en materia de uso regulado y apropiado de la zona, lo que viene a ser equiparable con una correcta administración y uso de la zona

B Uso del suelo

El uso del suelo es un tema que viene estrechamente relacionado con los reglamentos de zonificación, pues el uso del suelo nos dirá el tipo de actividad que puedo llegar a desarrollar, de modo que uno tiene incidencia directa en el otro. Nuestra jurisprudencia ha discutido si el certificado de uso de suelo constituye una limitación a la propiedad privada. Es menester ver qué se ha dicho al respecto:

[...] es relevante que al emitir un certificado de uso de suelo condicionado o no conforme, se haga un estudio técnico que se limite a revisar únicamente la regulación de zonificación que afecta cada finca, dado que en todos los casos se generan efectos sobre el ejercicio del derecho de propiedad del administrado. Es por ello que esta Cámara ha venido sosteniendo desde hace varios años, que no se deben confundir las limitaciones de zonificación contenidas en Planes Reguladores, con exigencias constructivas de orden público, pues desnaturaliza el certificado de uso de suelo al introducirle aspectos no peticionados por el administrado. (Tribunal Contencioso Administrativo, 2018, s. p.).

Es importante el análisis de este punto de cara al proceso de urbanismo frente a la protección ambiental, pues entramos en el choque de dos derechos fundamentales y cuál de ellos debemos proteger, la propiedad

privada o el medio ambiente. El uso del suelo así como los reglamentos de zonificación son limitantes a la propiedad privada; pero a su vez son mecanismos de tutela ambiental

C Expropiación

Por otra parte, tenemos el instituto de la expropiación, la cual viene a ser definida como “una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa”. (Carvajal y Vicente, 2011, p. 8).

Sobre este respecto, es importante traer a colación la posición de Quesada (2014):

Tanto el derecho a la propiedad privada como el derecho a gozar de un medio ambiente sano forman parte del sistema de derechos humanos y gozan de una sustancia esencial generada a partir de la dignidad humana. Debo resaltar en este punto, la elevada importancia del derecho al medio ambiente como elemento indispensable para la conservación de la vida, la salud, así como para disfrutar de la misma propiedad, lo cual le permite al ser humano vivir dignamente. Por digno o digna, se entiende desde su significado semántico “que merece algo, correspondiente al mérito y condición de una persona”, y el ser humano merece y necesita de un medio ambiente sano (p. 5).

Esta figura debe ser considerada la *ultima ratio*, ya que, en tesis de principio, no debería ser considerada, si se cumple con el resto de los filtros para la protección ambiental. Pero

de una u otra forma por interés público, la expropiación es un mecanismo que permite la protección del medio ambiente.

Es importante destacar varios puntos en este tema, de manera que, en primera instancia, analizaremos la ley de expropiación, la cual nos dice en el artículo 1 de la Ley de Expropiaciones que la expropiación se acuerda en ejercicio del poder de imperio de la Administración pública y comprende cualquier forma de privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que sean sus titulares, mediante el pago previo de una indemnización que represente el precio justo de lo expropiado (Asamblea Legislativa, 1995).

De esto se extrae que, indistintamente del tipo de propiedad aledaña que se pretende poseer (pública o privada), de igual manera, se someterá al procedimiento de expropiación y que también se ofrecerá una indemnización por el sometimiento a este instituto. Es importante aclarar que, a pesar de que existan leyes en favor a la protección de la propiedad privada y su subconjunto de leyes, la Ley de Expropiación sobrepasa por encima de ellos, al ser el objetivo de importancia para el bien social y público.

Esto compete a la investigación, debido a que es una medida contemplatoria para ejecutarla en áreas de interés estatal como mecanismos de protección de especies y de materiales ecológicos, se debe plantear si esta es una salida al objetivo final que es la protección. Además, se debe tomar en cuenta que esta medida de expropiación generaría una incertidumbre que no puede ser controlada por parte de los administrados, ya que optar por esta figura o no queda a discreción del Estado.

D Plan regulador

Es un instrumento de planificación local que se define en un conjunto de planos, mapas, reglamentos y cualquier otro documento, gráfico o suplemento, la política de desarrollo y los planes para distribución de la población, usos de la tierra, vías de circulación, servicios públicos, facilidades comunales, y construcción, conservación y rehabilitación de áreas urbanas (Naranjo, 2017).

E Estudios de impacto ambiental

Finalmente, los estudios de impacto ambiental son el instrumento base de este trabajo para la protección de los recursos naturales y las especies.

Es de gran valor establecer el impacto que puede llegar a tener una determinada actividad sobre el medio ambiente, por lo cual, se han creado leyes para su protección y se ha definido bajo la Ley Orgánica del Ambiente creada en 1995, siendo esta regulada por el ente llamado SETENA, quien es la encargada de analizar proyectos que garanticen su sostenibilidad y su desarrollo ambiental (Miranda y Barrientos, 2002).

Sobre este tema, en el voto número 2012-08892 de las dieciséis horas y tres minutos del veintisiete de junio de dos mil doce, la Sala Constitucional señala:

El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado otorga una protección especial a la biodiversidad y las aguas subterráneas, razón por la cual y en aplicación del principio precautorio en materia ambiental, las actividades económicas con impacto ambiental deben ser

autorizadas cuando exista certeza científica de que ese impacto no implique un riesgo o amenaza de daño permanente e irreversible al ambiente. Es por esta razón que la administración debe realizar siempre la evaluación ambiental necesaria mediante los instrumentos que estime necesarios, evaluación que debe ser compartida públicamente con la población afectada, para que luego de un análisis riguroso y detallado la administración emita de manera fundamentada la viabilidad ambiental correspondiente. La desatención e inobservancia de estos aspectos definidos normativa y jurisprudencialmente, deviene en la vulneración del referido derecho a un ambiente sano, por lo que las actuaciones administrativas así dispuestas resultan igualmente violatorias de este derecho fundamental (2012, s. p.).

F Zona marítimo-terrestre

En el caso de la zona marítimo-terrestre, esta es otra figura que es necesario tener en cuenta. El autor Alfredo Bermúdez Méndez nos señala que es:

[...] la zona de influencia directa y mutua entre el mar litoral y el borde continental, donde los factores y procesos ambientales de ambas presentan un grado de traslape efectivo, o dan origen a otros procesos ambientales y bióticos específicos. (Bermúdez, 1982 p. 24).

Por otro lado, en su artículo noveno, la Ley N.º 6043 la define como:

[...] zona marítimo terrestre es la franja de doscientos metros de ancho a todo lo largo de los litorales Atlántico y Pacífico de la República, cualquiera que sea su naturaleza, medidos horizontalmente a partir de la línea de la pleamar ordinaria y los terrenos y rocas que deje el mar en descubierto en la marea baja. Para todos los efectos legales, la zona marítima terrestre comprende las islas, islotes y peñascos marítimos, así como toda tierra o formación natural que sobresalga del nivel del océano dentro del mar territorial de la República. Se exceptúa la Isla del Coco que estará bajo el dominio y posesión directos del Estado y aquellas otras islas cuyo dominio o administración se determinen en la presente ley o en leyes especiales. (Asamblea Legislativa, 1977, s. p.).

Como se expondrá en un apartado posterior, las notarias y los notarios públicos no se limitan a un ejercicio privado en un sentido estricto, también pueden trabajar en instituciones del Estado o intervenir en procesos de dichas instituciones. Un claro ejemplo de ello es el proceso de concesión en zona marítimo-terrestre. Una vez que se ha aprobado la concesión de conformidad con el numeral 84, una persona notaria procederá a protocolizar piezas de dicha adjudicación.

En lo que interesa, el artículo 84 señala:

Para efecto de practicar las inscripciones indicadas, las municipalidades o el interesado deberán remitir al Registro General de Concesiones el respectivo testimonio de la protocolización de piezas efectuado ante Notario

Público cuyo costo correrá a cargo del concesionario. Dicha protocolización deberá incluir, al menos, la transcripción literal de las cláusulas del contrato de concesión, debiendo dar fe el Notario que se realizó la inspección respectiva en el terreno, que el edicto de ley fue debidamente publicado y si hubo o no oposiciones, del resultado de la autorización otorgada por el Departamento de Concesiones del IC.T. o la Sección de Arrendamiento del I.D.A. según corresponda, y de acuerdo en firme adoptado por el Consejo Municipal otorgando la concesión solicitada, todo sin perjuicio de los requisitos exigidos para la inscripción de documentos en ese Registro. (Asamblea Legislativa, 1977, s. p.).

G Áreas protegidas

Las áreas protegidas son aquellas áreas de protección ambiental en nuestro país, cuentan con varios reglamentos y leyes que nos permiten su protección, así como el aprovechamiento desde diversos puntos de vista, no solo para la extracción y explotación, sino también como centros turísticos y de recreación; partiendo de esto, forma parte del conjunto de figuras que participan en PRO del medio ambiente en Costa Rica y que se comparte de igual manera con otros países.

Sobre este aspecto a nivel normativo, se han regulado la existencia y la diferenciación de áreas de protección ambiental. Entre la normativa en mención, sobresalen la Ley de Biodiversidad y su Reglamento. En dicha normativa, se han señalado las categorías de manejo que prevalecen para el país, tales

como reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, reservas biológicas, refugios nacionales de vida silvestre, refugios nacionales de vida silvestre de propiedad estatal, refugios nacionales de vida silvestre de propiedad privada, refugios nacionales de vida silvestre de propiedad mixta, humedales, monumentos naturales, reservas marinas y áreas marinas de manejo (Asamblea Legislativa).

Sobre la persona notaria y las evaluaciones de impacto ambiental

Previo a entrar a analizar el tema de la persona notaria como asesora y conocedora de las evaluaciones de impacto ambiental, es importante analizar varios elementos y cómo han sido tratados a nivel de doctrina y jurisprudencia. De este modo, este apartado se dividirá en tres secciones, la primera antecedentes y acercamiento terminológico de notario; segunda parte, la persona notaria como asesora; y tercera parte, las evaluaciones de impacto ambiental en relación con la función notarial.

A La persona notaria pública

La figura del notario público tiene sus antecedentes en la legislación española. Durante la época de la conquista, en sus orígenes, se concibió como una función meramente documentadora (de documentos privados) asignada a los llamados escribientes, los cuales debían cumplir una serie de requisitos, entre ellos resaltan:

- a- Saber leer, escribir y firmar
- b- Tener dinero suficiente para la adquisición de la escribanía

Hernández y Salas señalan (1970):

[...] los antecedentes más remotos de la legislación notarial que rigió nuestro país durante la colonia puede localizarse, como en líneas anteriores quedó establecido, en la legislación española [...] En Costa Rica, durante esa época, habían tres clases de escribanos, quienes estaban encargados de todas las funciones notariales: el escribano público o de gobierno, el escribano público de registro de minas en la ciudad de Cartago y el notario eclesiástico. (p. 180)

Incluso, desde esa época, se concebía la necesidad de dejar respaldo de alguna manera de los actos que se habían realizado, al respecto encontramos:

La necesidad de dejar constancia por escrito de los actos y de las relaciones jurídicas no es una necesidad surgida en la época moderna sino que ha sido una exigencia de todos los tiempos y de todos los pueblos. Por ello, podemos decir que la función notarial es, sin duda, tan antigua como la exigencia social a que responde: la necesidad de constatar y perpetuar hechos, actos y relaciones jurídicas. (Martínez, 2003, p. 28).

Posteriormente, se le da el carácter de documento público y, desde este momento, empezamos a ver los cimientos de la responsabilidad del notario, pues se les asigna a estos documentos una serie de consecuencias jurídicas como es la plena

credibilidad y certeza al acto y negocio contenido en ellos, cumpliendo además un carácter probatorio.

En cuanto a la figura del notariado, propiamente el artículo 1 del Código Notarial nos indica en qué consiste el ejercicio del notariado:

*ARTÍCULO 1.- Notariado público
El notariado público es la función pública ejercida privadamente. Por medio de ella, el funcionario habilitado asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él. (Asamblea Legislativa, 1998, s. p.).*

En el numeral segundo, se establece qué debemos entender por notario:

*ARTÍCULO 2.- Definición de notario público
El notario público es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial. En leyes, reglamentos, acuerdos y documentos, cuando se use la palabra notario debe entenderse referida al notario público. (Asamblea Legislativa, 1998, s. p.).*

A nivel de doctrina, varios autores han definido al notario:

Sobre la importancia de la función pública dícese: ninguna otra como la profesión del Notario es más digna, honorífica y respetable, puesto que es la única en la cual

está depositada la fe pública y en todos los tiempos han sido llamados a desempeñarla personas distinguidas por su lealtad, su rectitud y su saber, ya que es grandísima la importancia de su función social. (Peralta, 2010, p. 11).

B Naturaleza jurídica de la persona notaria

Un tema importante que va a analizar en este trabajo es lo relacionado con la naturaleza jurídica de la persona notaria, para este efecto encontramos cuatro posiciones:

En la posición funcionarista, la persona notaria se equipará a una persona funcionaria público del Estado. El fundamento de esta posición: “el notario ejerce una función pública de carácter complejo, en nombre del Estado, correspondiéndole una posición especial dentro de la organización administrativa y jurídica, aunque no burocrática”. (Peralta, 2010, p. 13).

Para quienes esta tesis resulta de recibo, nuestra doctrina recoge tres tendencias:

- a. Los que consideran la función notarial como administrativa, por lo que la ubican dentro del Poder Ejecutivo.
- b. Los que consideran la función como jurisdiccional. Se fundamentan en la jurisdicción voluntaria, ya que su principal característica es conferirles forma y fuerza jurídica a las manifestaciones y actos consensuales de la voluntad privada de carácter unilateral o bilateral de los particulares a través de la fe pública.

- c. Los que consideran la función como autónoma. Quienes defienden esta posición admiten un número mayor de poderes a la clasificación tripartita de los poderes públicos, uno de estos poderes es el legitimador, el certificante o autorizante instrumental, el cual conocemos como fe pública. (Peralta, 2010, p. 13).

En segundo lugar, tenemos la posición profesionalista, desde esta perspectiva, se parte de que la persona notaria es una profesional liberal; por tanto, es incompatible con el ejercicio de la función pública, de modo que ni siquiera se le puede reconocer la fe notarial como pública.

Encontramos la función autonomista, dicha posición reconoce la coexistencia de ambos elementos tanto como profesional y documentador, pero no da el carácter de función pública del Estado a esta última.

Finalmente, tenemos la tesis ecléctica que:

Acepta elementos de las dos tesis anteriores, pues establece que la función pública es ejecutada por un profesional en Derecho, es decir, a cargo de un profesional privado, no de un funcionario público asalariado. De aquí se desprende, como lo afirma el jurista Oscar Salas Marrero, que el notario es a la vez un profesional libre y un funcionario público, entendiéndose esto último solamente en el sentido de que desempeña una función pública y no como dependiente directo de autoridad administrativa o de otro orden. (Hernández y Salas, 1970, p. 6).

C Persona notaria como funcionaria pública

Sobre el tema del notario como funcionario público, la Sala Constitucional ha sostenido que: “Debe tenerse presente la naturaleza de la función notarial, que la Sala entiende como el ejercicio privado de una función pública. Es una función que se ejerce por delegación y con supervisión del Estado”. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2001, s. p.).

Dicho lo anterior, es importante mencionar el elemento característico del notario público que es la fe pública, al respecto se ha señalado:

La fe pública es al Notario como la salud al médico. [...] Jurídicamente, la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone; no se llega a ella por un convencimiento íntimo, sino en virtud de un imperativo jurídico que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos y acontecimientos. [...] La autoridad pública confiere legitimidad a ciertos funcionarios, con el fin de que los documentos que expiden sean considerados como auténticos. La fe pública es la garantía estatal de que algunos hechos que interesan al Derecho sean ciertos, siendo que ésta es un atributo del Estado. Pero éste no la puede ejercer por sí mismo, sino por medio de órganos estatales o agentes públicos o privados, con atributos públicos, con el fin de exteriorizar la necesidad que tiene la sociedad de gozar de estabilidad, armonía y seguridad. Es así como el Estado confiere al Notario la

potestad para proveer de verdad y certeza de lo manifestado por él en documentos que adquieren legitimidad. Es el Notario, por el poder conferido, un magistrado de paz jurídica que desempeña una función de justicia reguladora, preventiva y no reparadora, la que a todas luces corresponde a los jueces. (Mora, 2013, p. 52).

En la misma línea de pensamiento, otro elemento característico de la persona notaria es el carácter de confianza y seguridad jurídica que dan los actos notariales que nos permiten asumir que una situación consignada como tal es verdadera. Al respecto la autora Maggiore Giuseppe señala:

Un valor fundamental, extraído de la concepción de fe pública es la confianza, ya que la sociedad confía plenamente en esos instrumentos utilizados por el Estado para que la convivencia sea posible, tal como las monedas, timbres, documentos públicos y privados, es esa fe colectiva y pública, y no solamente subjetiva, por ser creencia de todos. Por lo tanto, la fe pública es certeza jurídica, y el Estado la tutela porque sin ella desaparecería el Ordenamiento Jurídico. (Maggiore, 1985, p. 507).

La persona notaria pública como asesora legal

Una vez analizados estos elementos, entramos a analizar el tema de la función notarial. La persona notaria pública, al ejercer su función, debe asesorar a las partes sobre la importancia e implicaciones de los actos que deseen realizar; a su vez, le corresponde legitimar los actos o negocios que los y las particulares le encomienden y traducir estas voluntades en los instrumentos notariales correspondientes,

para llevar a cabo el acto rogado, todo esto de conformidad con el numeral 8 del Código Notarial. Extraemos las primeras ideas:

- Deberes del notario

Además de las obligaciones y los deberes resultantes de la presente ley, los notarios públicos están obligados a tener una oficina abierta al público y brindar los servicios que se les requieran, de lo cual solo pueden excusarse por causa justa, moral o legal. Deben asesorar debidamente a quienes les soliciten los servicios para la correcta formación y expresión legal de su voluntad en los actos jurídicos que realicen. (Asamblea Legislativa, 1998, s. p.).

Parte de las obligaciones de la persona notaria se encuentra en el asesoramiento y la correcta expresión legal de su voluntad. Gracias a sus características, lo que la persona notaria diga se considera veraz, de modo que sobre esta existen un gran peso y una gran responsabilidad. Por tanto, el conocimiento que debe tener la persona notaria sobre diferentes ramas es vital, pues al final con su firma, la persona notaria da fe de que una situación es de tal manera o no; es decir, se asume la responsabilidad de consignar situaciones sobre las cuales indica que tiene conocimiento del tema y su impacto en la realidad.

Estudios de impacto ambiental

En un apartado superior, se analizó muy brevemente este tema, pero, en este apartado, se busca establecer una vinculación con los deberes de la persona notaria como asesora en esta rama del derecho. Así, como parte del tema principal, es necesario hacer algunas

consideraciones, entre ellas, entramos a analizar el derecho a un ambiente sano.

Encontramos el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en el numeral 50 de la Constitución Política, de él se desprende una serie de principios reconocidos a nivel internacional también:

- La tutela del derecho ambiental a cargo del Estado: “se establece la obligación del Estado de garantizar, defender y tutelar este derecho, con lo cual, el Estado se constituye en el garante en la protección y tutela del medio ambiente”. (Cabrera, 2016, p. 7).
- Principio de la calidad ambiental: “el Estado también tiene la obligación de procurar una protección adecuada al ambiente; consecuentemente, debe tomar las medidas necesarias para evitar la contaminación”. (Cabrera, 2016, p. 7).
- Principio precautorio: “según el cual en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible -o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate”. (Cabrera, 2016, p. 7).

Sobre este principio, nuestra Sala Constitucional ha señalado en el voto 2010-18202:

De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo

o magnitud del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, más no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior, algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados pueden ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier

autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2010, s. p.).

Dicho todo esto, los estudios de impacto ambiental tienen una vinculación directa con los principios anteriores descritos, ya que buscan el análisis y estudio de actividad planeada para que la toma de decisiones asegure un desarrollo sostenible.

La sentencia número 14293-2005 de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre de dos mil cinco señala:

En los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general –tanto legales como reglamentarias–, de donde se deriva la exigencia de la vinculación a la ciencia y a la técnica con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos –tales como los estudios de impacto ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente,

los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una; duda razonable; resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio pro-natura), que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2005, s. p.).

Sin embargo, desde la función notarial, el estudio de dicho principio adquiere especial importancia, en tanto es el numeral 50 el que fija las bases para el derecho a un ambiente sano y ecológicamente protegido por parte del Estado, de modo que surge el cuestionamiento: ¿Es compatible la función notarial con los estudios de impacto ambiental? De ser así, ¿cuál es su función? ¿Dar fe que existió un estudio o se puede involucrar más a profundidad en dicho estudio y consignar situaciones de peligro que posteriormente pueden calzar dentro del riesgo ambiental? ¿Requiere de un conocimiento especializado para ello?

Finalmente, entramos en el dilema de la persona notaria y su naturaleza, porque si el numeral 50 establece las bases de la obligación ambiental del Estado, ¿la persona notaria tiene un papel en dichos estudios solo desde el ejercicio como notaria de alguna institución estatal o, desde el ámbito privado, tiene potestad sobre este tema?

Desde este trabajo, se pretende intentar responder a estos cuestionamientos, a partir de la doctrina, la jurisprudencia y la realidad existente en nuestro país.

La persona notaria pública y su relación con los estudios de impacto ambiental

Como ya se explicó en un acápite anterior, debido a la naturaleza de sus funciones, la persona notaria pública es considerada una asesora para las partes que, si bien su función es considerada pública, la labor como notaria no la encasilla como funcionaria pública.

Dicho lo anterior, la labor como notario o notario, jamás, podría sustituir al órgano encargado de realizar los estudios de impacto ambiental, es decir, SETENA, ya que, si bien la persona notaria pública puede dar fe de ciertas circunstancias que se presentan a su conocimiento, este principio no es absoluto, para esto debemos analizar las prohibiciones para el notario y la notaria:

ARTÍCULO 7.- Prohibiciones

Prohíbese al notario público:

a) Atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas de la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas estructuradas como entidades privadas, donde preste sus servicios.

b) Autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de las cuales reciba salario o dieta, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias. No obstante, podrá autorizarlos siempre que no cobre honorarios por este concepto. Sin embargo, los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de

ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal.

c) Autorizar actos o contratos en los cuales tengan interés el notario, alguno de los intérpretes o los testigos instrumentales, sus respectivos cónyuges o convivientes, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos por consanguinidad o afinidad. Se entenderá que ese interés existe en los actos o contratos concernientes a personas jurídicas o entidades en las cuales el notario, sus padres, cónyuge o conviviente, hijos y hermanos por consanguinidad o afinidad, tengan o ejerzan cargos como directores, gerentes, administradores o representantes legales.

d) Autorizar actos o contratos contrarios a la ley, ineficaces o los que para ser ejecutados requieran autorización previa, mientras esta no se haya extendido, o cualquier otra actuación o requisito que impida inscribirlos en los registros públicos.

e) Ejercer el notariado, simultáneamente, en más de tres instituciones estatales descentralizadas y en empresas públicas estructuradas como entidades privadas. (Asamblea Legislativa, 1998, s. p.).

De la literalidad del inciso d), se observa el límite a la función notarial, siendo claro en señalar que será prohibición para la notaria y el notario autorizar actos para los cuales se requiera autorización previa.

En simples palabras, la persona notaria no puede consignar situaciones para las cuales no tiene competencia, como es el caso de lo que

determine el estudio de impacto ambiental, el cual solo puede ser emitido por la institución competente: SETENA.

Esto es importante de cara al análisis del trabajo que se está desarrollando, pues vimos una serie de elementos que la persona notaria debe cumplir para ser considerada como tal. Sin embargo, la persona notaria no es un ser que todo lo puede, como una asesora de las partes, tiene la función de asesorar a los y las intervinientes en diferentes situaciones, y es parte de sus obligaciones asesorar debidamente a quienes le soliciten los servicios para la correcta formación y expresión legal de su voluntad en los actos jurídicos que realicen.

De esta forma, como asesora, el conocimiento sobre los estudios de impacto ambiental importa y es vital para cumplir con su función de asesoramiento de las partes solicitantes, mas su función sobre este tema no puede ir más allá.

Propiamente en el Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), vemos ejemplificado lo anterior descrito, en los numerales 1, incisos 30, 9, 21 y 25, se establece la labor del notario a nivel de estudios de impacto ambiental:

Al respecto, el numeral 1, inciso 30, señala:

30. Declaración Jurada de Compromisos Ambientales (DJCA): Manifestación que se hace bajo juramento, otorgada en escritura pública ante notario público, en la que el desarrollador de la actividad, obra o proyecto se compromete a cumplir íntegra y totalmente con los términos y condiciones estipuladas en el Pronóstico - Plan de Gestión

Ambiental, o bien aquellos otros lineamientos emanados del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental. (Ministerio de Ambiente y Energía, 2004, s.p.)

En esta misma línea de pensamiento, el numeral 9, inciso 4, indica:

4) Una certificación de propiedad o inmueble donde se desarrollará la actividad, obra o proyecto, o en su lugar, una copia con el original, para que sea confrontada ante el funcionario de la SETENA que tiene fe pública. En el caso en que el desarrollador no sea el propietario del inmueble, debe adjuntar, además, una carta de autorización del propietario al desarrollador, cuya firma deberá venir autenticada por notario público o en caso contrario, presentarse el propietario con su cédula de identidad, a las oficinas de la SETENA a firmar frente al funcionario público designado, para que éste de fe de la autenticidad de su firma. (Poder Ejecutivo, 2004, s. p.).

Como se puede ver, de dichos artículos, la labor de notario y notaria se limita a dar forma a la voluntad de las partes, en el entendido de que se pone en conocimiento de los alcances de los actos que vaya a realizar la persona interesada, culminando su labor con la emisión de una certificación donde da fe de que determinado acto se realizó por la persona interesada con pleno conocimiento de la incidencia de su actuar, y consagra la manifestación de voluntad de la persona interesada en instrumento público.

Fuera de lo anterior descrito, la labor de la persona notaria como asesora y concedora de los estudios de impacto ambiental no tiene mayor alcance, pues es la misma norma la que nos señala cuál es el papel del notario y de la notaria en toda esta gestión.

Parte de este cuestionamiento es el tema central, con respecto a los estudios de impacto ambiental, el notario o la notaria podrá dar fe de un estudio que le fue presentado ante su oficina, mas no podrá variar ni consignar una situación diferente a la que en ella se encuentre contenida. Así, sobre el procedimiento de emisión, el notario solo es un requisito de validez tal y como se desprende de los artículos enunciados.

No es potestad de la persona notaria emitir estudios de impacto ambiental, mas sí es su deber dar un correcto asesoramiento con respecto al desarrollo de determinados proyectos que como requisito va a necesitar de actos notariales como es la emisión de una certificación de la propiedad o una declaración jurada. De esta manera, el cliente podrá solicitarlo a la administración correspondiente y, una vez emitido dicho informe, la persona notaria podrá dar fe de la situación que se consignó en dicho documento sin tener que entrar a analizar la veracidad del documento que se presente ante su oficina, porque para eso contamos con las instancias respectivas, en sede judicial o administrativa.

Por tanto, es importante recalcar que, a nivel de asesoramiento, la persona notaria debe estar bien informada sobre los alcances y límites de su función, de cara a no emitir una escritura que puede perjudicar a la persona interesada, en especial porque parte de esta labor de asesoría implica poner en conocimiento de las consecuencias que puede generar una actuación.

El notario y la notaria se rigen por el criterio de que intervienen a gestión de parte y deben mantenerse imparciales; pero este criterio no los escusa de asesorar de forma incorrecta al cliente que se presente ante su oficina. Para este efecto, los cursos de actualización son importantes, en especial porque la intervención en temas ambientales es muy delicada y tiene una supervisión por parte de varios órganos estatales, de modo que una mala información puede tener efectos perjudiciales tanto para la persona notaria como para el público que acude a esta.

CONCLUSIÓN

Del estudio realizado, se determina que la persona notaria pública es una figura que está en constante evolución, pero que conserva el tinte formalista del sistema latino que hemos adoptado. Dicha postura es un seguro de imparcialidad, pero a su vez un límite para el ejercicio de las funciones notariales.

La función notarial se caracteriza porque su ámbito de aplicación es tan grande que genera duda sobre los límites de la función. Uno de estos ámbitos de acción es lo atinente con la función ambiental. Del estudio del numeral 7, inciso d), se extrae con claridad que, pese al amplio ámbito de acción que posee el notario, dicha afirmación no significa que el notario tiene un accionar ilimitado de competencia, de manera que pueda actuar en todos los sectores sin importar que por mandato legal ya existen instituciones estatales que deben cumplir tales funciones.

Esta primera conclusión es importante en tanto el papel de la persona notaria en los estudios de impacto ambiental se limita a una función de presupuesto de validez para

la emisión del estudio, no tiene facultad ni conocimientos y, mucho menos, las herramientas para determinar con certeza científica que una actividad puede tener afectación en el ambiente. Sin embargo, es deber de la persona notaria conocer y apereibir de las consecuencias de realizar una actividad, si no reúne los requisitos legales correspondientes.

Al respecto, a la persona notaria le corresponde asesorar a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad; esto es, adecuar la voluntad de los y las particulares a los actos o contratos regulados por el ordenamiento jurídico, para que sean válidos y eficaces.

Ante este panorama, el carácter privado también está previsto en la norma, al indicarse que el notario asesora a las personas sobre la correcta formación de su voluntad; es decir, el notario debe intervenir en las relaciones privadas, no entiendo su función como de este carácter, sino de naturaleza pública, con base en la autorización dada por el Estado, no autorizando la realización de actos propios de instituciones estatales, como ocurre con los estudios de impacto ambiental, siendo SETENA el ente encargado de su emisión.

Así, como una segunda conclusión, la persona notaria no puede excusarse de sus funciones salvo causa justificada, sea moral o legal, no siendo la falta de conocimiento una de ellas, en el entendido de que el numeral 6 del Código Notarial no hace dicha indicación. Sumado a ello, la persona notaria es primeramente abogada y, como tal, es una profesional con una formación integral que le permite responder a los diferentes cuestionamientos que son sometidos ante su oficina de la forma más adecuada y sobre todo veraz.

La persona notaria pública cumple un deber de asesoramiento, transparente y veraz con los y las comparecientes a su oficina, máxime que debe cumplir una imparcialidad para con las partes, pues los cuestionamientos sometidos ante su autoridad no pueden ser moldeados para que resulten más beneficiosos para una de estas.

La persona notaria es la encargada de darles forma a las necesidades de los y las otorgantes a través de un acto en instrumento público, debiendo asesorarlos según corresponda, ya que, de otra forma, podría incurrir en responsabilidad e, incluso, ser inhabilitada en el ejercicio de sus funciones.

Desde este análisis, tenemos una primera aproximación a los cuestionamientos planteados: ***¿Es compatible la función notarial con los estudios de impacto ambiental? De ser así, ¿cuál es su función?*** La función notarial no es ajena a dichos estudios, sin embargo, su ámbito de acción es muy limitado, puesto que la persona notaria pública no tiene competencia ni legitimación para emitir actos que acrediten con peso científico que un terreno es apto para el desarrollo de una actividad sin afectar el ambiente.

Lo que la persona notaria sí podría hacer es dar fe de que, con vista en un estudio de impacto ambiental emitido por la institución competente, se origina determinada situación, o en otro tanto, emitir declaraciones juradas para efectos del desarrollo del estudio correspondiente, siendo esto acorde con la función desempeñada.

En este sentido, la labor de la persona notaria sobre los estudios de impacto ambiental se limita, como se explicó previamente, a dar fe de la veracidad de firmas y a consignar

la declaración de la persona interesada en un instrumento público, dando forma a la voluntad de esta manera, como requisito para la emisión de los estudios respectivos. La persona notaria tiene un papel casi protagónico, pero limitado a un único acto que consiste en un asesoramiento sobre determinadas situaciones que han sido delegadas por el ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Legislativa. (1998). *Código Notarial*. Sistema Costarricense de Información Jurídica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=42683

Asamblea Legislativa. (1949). *Constitución Política*. Sistema Costarricense de Información Jurídica. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871

Asamblea Legislativa. (1998). *Ley de Biodiversidad*. Sistema Costarricense de Información Jurídica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=39796&nValor3=0&strTipM=TC

Asamblea Legislativa. (1995). *Ley de Expropiaciones*. Sistema Costarricense de Información Jurídica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=24321&nValor3=109090&strTipM=FN

Asamblea Legislativa. (1977). *Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre*. Sistema Costarricense de Información Jurídica.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=32006&nValor3=96422&strTipM=TC

Cabrera, J. (2016). *Las sentencias de la Sala Constitucional y su impacto en el origen y evolución del derecho constitucional ambiental en Costa Rica*. ResearchGate. https://www.researchgate.net/publication/301354436_LAS_SENTENCIAS_DE_LA_SALA_CONSTITUCIONAL_Y_SU_IMPACTO_EN_EL_ORIGEN_Y_EVOLUCION_DEL_DERECHO_CONSTITUCIONAL_AMBIENTAL_EN_COSTA_RICA

Carvajal, V., & Vicente, J. (2011). *La expropiación en Colombia y su legislación colombiana*. Universidad de EAFIT.

Hernández, R., & Salas, O. (1970). *Apuntes del derecho notarial*. Editorial Facultad de Derecho.

Maggiore, G. (1985). *Derecho penal. Parte especial*. Volumen II. Temis.

Martínez, M. (2003). *El ejercicio privado de la fe pública notarial. Examen jurídico-administrativo*. Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.

Mora, H. (2013). *La función notarial*. 1.^{ra} ed. Investigaciones Jurídicas S. A.

Miranda, E. & Barrientos, G. (2002). Estudio de impacto ambiental: necesidad de armonizar la protección ambiental con las actividades productivas. *Noveno informe estado de la nación en desarrollo humano sostenible*. <https://estadonacion.or.cr/informes/>

Naranjo, K. (2017). *Norma técnica para diseño y construcción de sistemas de abastecimiento de agua potable, de saneamiento y pluvial*. Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. <https://www.aya.go.cr/Noticias/Documents/Norma%20dise%C3%B1o%20y%20construccion%20sistemas%20agua,%20saneamiento%20y%20pluvial.pdf>

Peña, M. (2013). Los principios de objetivación de la tutela ambiental e irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso. *Revista Judicial*. 108. https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista%20108/PDFs/08-objetivacion.pdf

Peralta, J. (2010). *¿Constituye la cancelación definitiva de la licencia del notario público una sanción perpetua?* Universidad de Costa Rica.

Quesada, F. (2014). *Propiedad privada, medio ambiente y áreas de protección en Costa Rica*. Universidad Estatal a Distancia.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2005). *Voto n.º 14293-2005*. Nexus Poder Judicial. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-329133>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2001). *Voto n.º 1749-2001*. Nexus Poder Judicial. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-147683>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2012). *Voto n.º 08892-2012*. Nexus Poder Judicial. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-608424>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2006). *Voto n.º 17126-2006*. Nexus Poder Judicial. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-368207>

Tribunal Contencioso Administrativo Sección III. (2018). *Resolución n.º 169-2018*. Nexus Poder Judicial. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-747947>

Municipalidad de Osa. (2003). *Reglamento Municipal: Reglamento de Zonificación del Sector Costero Turístico de Punta Domincal*. Sistema Costarricense de Información Jurídica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=39796&nValor3=0&strTipM=TC

Poder Ejecutivo. (2004). *Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)*. Sistema Costarricense de Información Jurídica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=63162&nValor3=72430&strTipM=TC

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Dr. Alex Rojas Ortega *

RESUMEN

El control de constitucionalidad sobre las reformas de la Constitución es un instrumento que le permite al Tribunal Constitucional verificar y controlar la legitimidad constitucional del procedimiento utilizado para una reforma, siendo actualmente una garantía de validez, permanencia y efectividad de los derechos fundamentales, así como de la estabilidad del Estado constitucional de derecho. En el presente estudio, se analizan en qué consiste ese control y cuáles son los límites que este aparece.

Palabras clave: control, reforma, constitucionalidad, Estado de derecho, Sala Constitucional.

ABSTRACT

The control of constitutionality on the reforms of the Constitution is an instrument that allows the Constitutional Court to verify and control the constitutional legitimacy of the procedure used for a reform, currently being a guarantee of validity, permanence and effectiveness of fundamental rights, as well as the stability of the constitutional rule of law. In the present study, it is analyzed what this control consists of and what are the limits that it entails.

Key words: control, reform, constitutionality, rule of law, Sala Constitucional.

Recibido: 1 noviembre 2021

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* Universidad de Costa Rica; máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con diplomas en técnica legislativa y control parlamentario por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y el Congreso de los Diputados de España. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Escuela Libre de Derecho; especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla – La Mancha; juez del Tribunal Contencioso Administrativo; profesor universitario. Correo electrónico: arojaso@poder-judicial.go.cr

I.- INTRODUCCIÓN

La reforma de la Constitución Política constituye un procedimiento agravado en ordenamientos jurídicos con un sistema constitucional rígido como Costa Rica. Ese trámite agravado para realizar la reforma constitucional -sea parcial o general- tiene como motivo tratar de brindar estabilidad y permanencia al texto constitucional, alejándolo de los vaivenes políticos y de las fuerzas de poder que tengan como objetivo modificar de forma apresurada, sin consenso o al calor del momento político los derechos y garantías constitucionales.

En el caso de la reforma parcial de la Constitución, el poder constituyente derivado o poder reformador actúa dentro de los parámetros establecidos por la misma Constitución y, en consecuencia, está sujeto a sus normas y a sus principios. Esos parámetros previstos en la Constitución Política son justamente un mecanismo de protección del orden constitucional, tal como lo ha afirmado la Sala Constitucional en el voto n.º 9927-2010 del 9 de junio de 2010:

En lo que respecta a la tramitación, el Constituyente Originario estableció un procedimiento especial agravado para la reforma parcial de la Constitución Política, sin lugar a dudas, como un mecanismo de defensa del orden constitucional, pues garantiza tanto una discusión prolongada de las proposiciones, así como la necesaria formación de un sólido consenso sobre la oportunidad y conveniencia de la modificación.

Por su parte, en el caso de la reforma general de la Constitución, el texto constitucional se

encargó de establecer el procedimiento que funge como filtro para realizarla. Sin embargo, una vez superado ese filtro, no existen límites para la Asamblea Nacional Constituyente que ejercitará el poder constituyente originario.

De tal modo, en el presente estudio, se abordarán la regulación constitucional de los mecanismos de reforma de la Constitución Política, así como en qué consiste y cómo se ejercita el control de constitucionalidad de esos mecanismos de reforma constitucional, lo cual está a cargo de la Sala Constitucional, como órgano con competencia exclusiva para ello, en virtud del control concentrado de constitucionalidad imperante en Costa Rica, previsto en el artículo 10 de la Carta Magna. Posteriormente, se presentarán cuáles son los límites previstos para la reforma de la Constitución Política, ya que, algunos de ellos, con indiferencia de si se comparten o no por parte del autor de esta investigación, provienen del desarrollo pretoriano efectuado por la Sala Constitucional.

II.- REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución Política prevé dos tipos de mecanismos de reforma constitucional, siendo ambos de trámite agravado, dada la naturaleza rígida de la norma fundamental. Así, tenemos los dos siguientes mecanismos de reforma, a saber:

1.- Reforma parcial

El artículo 195 de la Constitución Política establece el procedimiento para la reforma parcial de la Carta Magna. Al respecto, dicha norma dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 195.- La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones:

1) La proposición para reformar uno o varios artículos debe ser presentada a la Asamblea Legislativa en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

2) Esta proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión;

3) En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles.

4) Presentado el dictamen se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea;

5) Acordado que procede la reforma, la Asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo;

6) El mencionado proyecto pasará al Poder Ejecutivo; y éste lo enviará

a la Asamblea con el Mensaje Presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo;

7) La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, discutirá el proyecto en tres debates, y si lo aprobare por votación no menor de dos tercios de votos del total de los miembros de la Asamblea, formará parte de la Constitución, y se comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia.

8) De conformidad con el artículo 105 de esta Constitución, las reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Tal como lo reconoció la Sala Constitucional en el voto n.º 18226-2014 del 4 de noviembre de 2014, “*El procedimiento establecido en el artículo 195 de la Constitución Política tiene el carácter de garantía de protección de la Constitución misma*”. Ese carácter de garantía está precisamente enfocado en el necesario consenso político y en la medida de su análisis, en el seno parlamentario.

De esa forma, **en lo relativo a su inicio**, tal como lo dispone el artículo 195 constitucional, la reforma parcial de la Constitución Política requiere de la propuesta de (i) al menos diez diputados de la Asamblea Legislativa o (ii) del cinco por ciento (5%), como mínimo, de la ciudadanía inscrita en el padrón electoral, cuando se convoque, vía referéndum, que hagan dicha proposición

en sesiones ordinarias y que esta sea leída tres veces, en intervalos de seis días en el plenario legislativo, con el fin de resolver si es admitida o no. Dicho proceso requiere ser aprobado por mayoría simple, es decir, la mitad más uno de los diputados presentes (artículo 210, inciso 2 del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa).

*En caso afirmativo, la propuesta de reforma pasa a una **comisión nombrada mediante votación con mayoría simple o absoluta**. Dicha comisión tendrá a su cargo, dentro de un plazo de veinte días hábiles, resolver mediante dictamen si procede continuar o no con la propuesta de reforma constitucional. En caso de que dictamine afirmativamente, se traslada al plenario para votación con el respectivo proyecto de reforma. Cabe agregar que el mencionado plazo de veinte días hábiles otorgado a la comisión dictaminadora se estima como un plazo ordenatorio y no perentorio (cfr: Sala Constitucional, voto n.º 10728-2008 del 26 de junio de 2008).*

Presentado el dictamen por la comisión, este debe ser objeto de dos debates, cada uno en distinto día. Así, en primera legislatura, **se vota el proyecto** de reforma en primer debate y debe ser aprobado mediante mayoría calificada.

Tal como lo disponen los artículos 96, inciso a) y 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, una vez votado afirmativamente en primer debate, el proyecto **debe ser enviado** automáticamente y en forma preceptiva **a la Sala Constitucional**, quien realiza un

control *a priori* de constitucionalidad, acerca de la propuesta de reforma constitucional. Si el proyecto es avalado en dictamen favorable por la Sala Constitucional, puede ser votado en segundo debate de la primera legislatura, donde requerirá mayoría calificada.

El artículo 210, inciso 5, del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa señala que, una vez aprobado el dictamen sobre el proyecto de reforma, luego de los dos primeros debates de la primera legislatura, **el proyecto pasa a la Comisión de Redacción**, a efecto de que ella prepare su redacción definitiva.

Para que el trámite de reforma continúe su curso, una vez aprobado en los dos primeros debates de la primera legislatura, **el proyecto debe ser mencionado en el informe realizado por el presidente de la República**, el 2 de mayo del año siguiente a la segunda votación en debate parlamentario.

Una vez concluido dicho trámite, **el proyecto puede pasar a segunda legislatura, donde debe recibir tres debates más en plenario legislativo**, cada uno en distinto día, en los cuales se requiere su aprobación mediante mayoría calificada. Si es aprobada, la reforma constitucional requerirá de la **sanción** del Poder Ejecutivo.

2.- Reforma general

El artículo 196 de la Constitución Política establece el procedimiento para la reforma general de la Constitución. En ese sentido, dicha norma dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 196.- La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto.

La ley que haga esa convocatoria, deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo.

De acuerdo con la norma transcrita, la reforma general de la Constitución únicamente puede realizarse mediante una Asamblea Nacional Constituyente, la cual, debe ser convocada mediante votación por mayoría calificada de la Asamblea Legislativa.

III. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Costa Rica posee un modelo de control concentrado de constitucionalidad, el cual fue encargado a un órgano incrustado dentro de la organización del Estado, llamado Sala Constitucional. Dicha Sala es la encargada de garantizar la supremacía constitucional, a través del control de constitucionalidad y de los procesos de la llamada jurisdicción de la libertad; esto es, los procesos de amparo y de *habeas corpus*.

De tal modo, a continuación, se abordará la regulación normativa, tanto de la competencia de la Sala Constitucional como órgano exclusivo de control de constitucionalidad, como la atinente al ejercicio del control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales, para finalmente determinar el alcance de ese control.

1.- La Sala Constitucional como órgano competente para realizar el control de constitucionalidad

La Constitución Política diseñó un modelo de control concentrado de constitucionalidad, y la Sala Constitucional es el órgano del Poder Judicial encargado en forma exclusiva de ejercerlo. Al respecto, el artículo 10 constitucional expresa:

ARTÍCULO 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.

Le corresponderá además:

a) *Dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley.*

b) **Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley.** (Lo resaltado no es del original).

Nótese cómo es el propio artículo 10 constitucional el que establece un control *a priori* de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales. Así, el sustento del control preventivo de constitucionalidad

de las reformas constitucionales se encuentra precisamente en la Constitución Política.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional reitera ese modelo concentrado y ratifica que el principio de supremacía constitucional es garantizado por el Tribunal Constitucional. De esa manera, dicha norma dispone que:

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

Ahora bien, la Ley de la Jurisdicción Constitucional se encargó de darle concreción al trámite de consulta preceptiva de los proyectos legislativos que pretenden reformar la Constitución. Así, el artículo 96, inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece lo siguiente:

Artículo 96- Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos e iniciativas de referéndum en cualquiera de sus modalidades, en los siguientes supuestos:

a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la pre-

sente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros. [...]. (Lo resaltado no es del original).

En cuanto al control represivo, la mencionada Ley de la Jurisdicción Constitucional también previó el mecanismo para verificar la validez de una reforma constitucional ya aprobada por la Asamblea Legislativa. Ese supuesto está regulado en el numeral 73, inciso ch) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional cuando establece lo siguiente:

Artículo 73. Cabrá la acción de inconstitucionalidad: [...]
ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento. (Lo resaltado no es del original).

Consecuentemente, el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales está encomendado a la Sala Constitucional, en forma exclusiva y excluyente, con competencia para verificar la validez de una reforma al texto constitucional, ya sea en forma previa, a través de la consulta preceptiva de constitucionalidad, o bien, en forma posterior a la reforma aprobada, mediante la acción de inconstitucionalidad.

IV.- LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

El poder reformador de la Constitución Política, a cargo de la Asamblea Legislativa, está sujeto a los límites previstos en el numeral 195 de la Constitución Política y, además, bajo una postura que no se

comparte, también se ha limitado a partir de la jurisprudencia constitucional. Por tanto, para la reforma parcial de la Constitución Política, el control de constitucionalidad ha señalado los siguientes límites:

Límites de naturaleza formal derivados del texto constitucional

1.- El procedimiento establecido en el artículo 195 constitucional: garantía de rigidez constitucional

El artículo 195 constitucional prevé un procedimiento agravado para la reforma de la Constitución. Ese procedimiento agravado impide que, a través de un trámite ordinario para la creación, reforma o derogación de la ley ordinaria, pueda efectuarse una reforma a la Carta Magna.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el trámite previsto en el artículo 195 de la Constitución Política es una manifestación de la rigidez constitucional y, con ello, la Asamblea Legislativa debe adecuarse a dicha norma en términos absolutos, en caso de que promueva una reforma constitucional. En el voto n.º 03730-1999 del 17 de junio de 1999, la Sala Constitucional indicó:

*El artículo 195 de la Constitución Política dispone que **la Asamblea Legislativa, al asumir funciones de poder constituyente derivado, deberá actuar con absoluto arreglo a la ritualidad de procedimiento establecida por el citado numeral.** De ahí que cualquier violación al procedimiento, supone -en materia de reforma constitucional- una afrenta (sic) a la propia Ley Fundamental. De hecho,*

la rigidez de las disposiciones constitucionales, como importante elemento caracterizador de su jerarquía normativa, impone el más absoluto apego a los mecanismos establecidos por el constituyente originario, como garantía de la estabilidad institucional costarricense. (Lo resaltado no es del original).

De igual forma, en el voto n.º 4848-1995 del 1º de septiembre de 1995, la Sala Constitucional consideró el trámite previsto en el numeral 195 constitucional como una garantía. También señaló la relevancia de buscar un equilibrio entre la rigidez constitucional -cuya manifestación es el trámite previsto en dicha norma – y la adaptación de la Constitución a los cambios sobrevinientes. Así, la Sala Constitucional afirmó lo siguiente:

*[...] la Doctrina del Derecho Constitucional sostiene que **las normas de reforma constitucional tienen el carácter de garantía,** puesto que se trata de proteger la Constitución como conjunto de normas básicas y fundamentales del ordenamiento jurídico y por ello es que se idea un **procedimiento especial, agravado, de tal forma que la ley ordinaria no pueda variar su contenido,** sobre todo porque la superioridad de la Constitución debe ser producto de un acuerdo que abarque un amplio espectro político, de tal forma que su extensa aceptación haga presumir su perdurabilidad, empero el procedimiento no puede ser tan laxo como para dejar que la obra del poder constituyente pueda modificarse a raíz de*

cualquier evento, ni tampoco que adquiriera tal rigidez que impida la adaptación de la Constitución a los cambios sobrevenidos en la vida social y política. La búsqueda de un punto equidistante entre estos dos extremos es la principal dificultad de las normas de revisión constitucional. (Lo resaltado no es del original).

En igual sentido, en el voto n.º 7818-2000 del 5 de septiembre de 2000, la Sala Constitucional expresó:

El artículo 195, que dispensa a la Asamblea Legislativa la potestad de reformar parcialmente la Constitución, no confiere al legislador ordinario una facultad ilimitada. Más bien, sujeta el ejercicio de esa potestad a un procedimiento especial agravado. En este sentido, el artículo 195 tiene un doble carácter. En primer lugar, carácter instrumental, al dotar a la Asamblea de una potestad y de un procedimiento para realizarla, procura el medio apto para que el texto constitucional, a pesar de su aspiración de perdurabilidad y permanencia, y de su consiguiente rigidez, encuentre manera de adaptarse a los cambios que demandan los tiempos. En segundo lugar, **carácter sustantivo o garantista, puesto que la potestad legislativa ha de ceñirse al artículo 195, o, como éste mismo dice, puesto que la Asamblea ha de proceder “con absoluto arreglo” a sus disposiciones.** protege la rigidez de la Constitución, o, lo que es igual, los contenidos de la Constitución,

en tanto conjunto de normas fundamentales del ordenamiento jurídico, que no pueden reformarse por el procedimiento ordinario para la emisión de las leyes. (Lo resaltado no es del original).

Bajo ese contexto, la jurisprudencia constitucional es contundente en cuanto a la garantía que refleja el trámite rígido previsto en el artículo 195 constitucional, para el ejercicio del poder reformador.

Aunado a ello, al referirse a ese trámite previsto para las reformas parciales de la Constitución (art. 195 constitucional), la Sala Constitucional se ha decantado por admitir que, en ese trámite, pueden acaecer errores sustanciales. Pero, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia constitucional (cfr. voto n.º 9567-2006 del 5 de julio de 2006), no todos los yerros procedimentales en que pueda incurrir el parlamento al ejercer el poder reformador son fiscalizables en la jurisdicción constitucional.

De esa manera, en el trámite de reforma parcial de la Constitución, solo los yerros que puedan estimarse como sustanciales son susceptibles de ser revisados en el Tribunal Constitucional, tal como lo entiende la Sala Constitucional “[...] *la clave para precisar si determinado vicio del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política es sustancial, se encuentra en el citado principio [principio democrático], fundamental en todos los planos de un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro*”. (Voto n.º 9927-2010 del 9 de junio de 2010). Ergo, tanto el trámite legislativo previsto en el artículo 195 constitucional, en sí mismo, como el método de valoración de sus posibles yerros son una garantía y un mecanismo de control de las reformas parciales de la Constitución Política.

2.- La reforma parcial de la Constitución debe ser aprobada en dos legislaturas

De conformidad con el artículo 195 constitucional, presentado el dictamen que elabora la comisión legislativa nombrada al efecto para preparar el proyecto de reforma parcial, este debe ser objeto de dos debates en primera legislatura, cada uno en distinto día. Posteriormente, el proyecto puede pasar a segunda legislatura, donde debe recibir tres debates más en plenario legislativo, cada uno en distinto día, en los cuales se requiere su aprobación mediante mayoría calificada.

Si bien podría considerarse que la aprobación del proyecto en dos legislaturas es un aspecto atinente al trámite previsto en el numeral 195 de la Constitución y, por ende, que forma parte del mecanismo de control que se analizó antes, lo cierto es que la Sala Constitucional le ha otorgado a este aspecto una cualificación todavía mayor, pues prevé que la aprobación en dos distintas legislaturas es un mecanismo que tiende a proteger la medida, la razonabilidad y el concienzudo análisis de la reforma, como mecanismo que evita la modificación aventurada del texto constitucional.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la aprobación de la reforma constitucional en dos legislaturas es un mecanismo de protección al texto constitucional. En el voto n.º 18226-2014 del 4 de noviembre de 2014, la Sala Constitucional indicó que:

*Este procedimiento **impide la aprobación de una reforma parcial en una sola legislatura, independientemente de la cantidad de votos que alcance la propuesta, lo que, a su vez, obedece a la necesidad***

de evitar una reforma apresurada, motivada por circunstancias coyunturales momentáneas de las que no escapa ni el legislador ni el cuerpo electoral. (Lo resaltado no es del original).

Ese trámite en dos legislaturas se mantiene incluso en el caso de la propuesta de reforma constitucional por vía referéndum, tal como la misma Sala Constitucional lo consideró al indicar “*No es razonable, en consecuencia, que por la vía del referéndum (independientemente de la mayoría alcanzada) pueda aprobarse una reforma parcial a la Constitución siguiendo un procedimiento igual al observado para la aprobación de una ley común*”. (Voto n.º 18226-2014 del 4 de noviembre de 2014). Con ello, aunque la reforma se haga mediante referéndum, no es viable dispensar que la reforma discorra a través de dos legislaturas diferentes, como mecanismo formal de control de la reforma constitucional.

3.- El principio democrático: límite de linaje sustantivo pero estrictamente relacionado con la forma o trámite constitucional de reforma

Dentro del procedimiento de reforma parcial a la Constitución, normado en el artículo 195 constitucional, una vez que el proyecto de reforma cuente con el informe de la comisión nombrada al efecto, dicho informe es presentado a la Asamblea Legislativa dentro del plazo de 20 días hábiles como señala el inciso 3 del mismo numeral, y además debe observar el trámite dispuesto en el inciso 4) siguiente, según el cual: “4) *Presentado el dictamen, se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea [...]*”.

A partir de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha inferido que, en el trámite de reforma de la Constitución Política, el poder constituyente derivado debe ajustarse a los principios que informan la elaboración de la ley ordinaria y que son inherentes al principio democrático, tales como los de transparencia, publicidad, conexidad, participación, etc. De esa forma, por ejemplo, en el voto n.º 1654-2011 del 9 de febrero de 2011, la Sala Constitucional se refirió a la publicidad de los proyectos de reforma constitucional:

[...] en el trámite de reforma de la Constitución Política debe ajustarse además el Legislador a los principios que informan la formación de ley ordinaria [...]

Extraña la Sala en este asunto, que después de la presentación del informe por la Comisión nombrada al efecto en el año dos mil uno, se obvió la publicación del texto previo a la inclusión en el orden del día y primer debate iniciado tres años más tarde, en la sesión número 12 del dieciocho de mayo de dos mil cuatro, (folios 104 a 107 del expediente legislativo). Tal omisión resulta contraria al principio de publicidad de los procedimientos parlamentarios que se entiende inmerso en el procedimiento de reforma de la Constitución Política, y que según mandato del inciso 4) del artículo 195 de la Constitución Política - en relación con lo dispuesto en los artículos 116 y 121, ambos del Reglamento de la Asamblea Legislativa-, debe publicarse el proyecto de ley en el Diario Oficial, previo a la inclusión del mismo en el Orden del Día. (Lo resaltado no es del original).

Pero, además de ello, en el mismo voto, la Sala Constitucional precisó que, en el procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política, el constituyente derivado no solo debe respetar los principios intrínsecos al trámite parlamentario, sino además no resulta posible la omisión de trámites. Puntualmente, la Sala Constitucional afirmó:

*Conviene agregar a lo expuesto que al tratarse de una reforma de la Constitución Política cuya tramitación es más compleja que la formación de la ley ordinaria, no podría válidamente acordarse el trámite de dispensa de publicación previsto en el Reglamento de la Asamblea Legislativa. **La omisión de trámites no es posible en cuanto a reformas parciales a la Constitución Política**, en primer lugar por la naturaleza misma de las reformas a la Constitución Política que es formal y agravada; y en segundo lugar porque, del trámite de reforma parcial a la Constitución que establece la Constitución Política, se desprende expresamente la exigencia de la Comisión nombrada al efecto, de elaborar el respectivo informe (Artículo 195 incisos 3 y 4 de la Constitución Política). (Lo resaltado no es del original).*

Ergo, la naturaleza compleja, especial y rígida del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política también impide la dispensa u omisión de trámites en el procedimiento parlamentario tendiente a la reforma constitucional.

Con ello, la observancia del principio democrático, como mecanismo indirecto de

eficacia de subprincipios constitucionales de orden sustantivo, pero estrictamente limitado al *iter* procedimental parlamentario, así como la imposibilidad de omitir trámites en este, constituye otro límite al poder reformador de la Constitución.

¿Límites materiales o sustantivos al poder de reforma de la Constitución?

Al ejercitar su labor de contralor de constitucionalidad de las reformas constitucionales, la Sala Constitucional ha elaborado una serie de límites de carácter sustancial al poder reformador de la Constitución que cobraron lugar a partir del voto constitucional n.º 2771-2003 del 4 de abril de 2003 (reiterado, entre otros, en la sentencia n.º 6118-2013 del 30 de abril de 2013), cuando se conoció una acción de inconstitucionalidad promovida contra una reforma constitucional que se efectuó al numeral 132, inciso 1 de la Constitución Política, relativo a la reelección presidencial.

Con base en la indicada sentencia, la Sala Constitucional determinó la existencia de una serie de límites implícitos al poder constituyente derivado y, de acuerdo con esto, le fijó ámbitos exentos de posible reforma a la Asamblea Legislativa.

Cabe mencionar que, tres años antes, en la sentencia n.º 7818-2000 del 5 de septiembre de 2000, la Sala Constitucional tuvo la posición contraria, consistente en que el control de constitucionalidad sobre las reformas a la Constitución era únicamente de procedimiento, tal como lo estima el autor de este trabajo.

No obstante, según el fallo 2771-2003 y el posterior desarrollo jurisprudencial al respecto, se puede enlistar los siguientes

límites que, bajo un carácter sustantivo o material, la Sala Constitucional ha colocado a la Asamblea Legislativa como Poder Reformador de la Constitución:

1.- La reforma parcial vía referéndum debe respetar los derechos humanos y las materias que están excluidas del referéndum

Tanto el artículo 105 como el 195, ambos de la Constitución Política, permiten que, mediante el referéndum, se pueda realizar reformas parciales de la Constitución Política. Ahora bien, el mismo artículo 105 constitucional prevé límites a esa atribución del pueblo, al señalar que: *“El referéndum no procederá si los proyectos son relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa”*.

Sin embargo, en lo relativo a la reforma parcial de la Constitución, no solamente son esos los límites cuando se propicia vía referéndum. Así, en el voto n.º 13313-2010 del 10 de agosto de 2010, la Sala Constitucional indicó lo siguiente:

Una interpretación meramente gramatical o literal de la Constitución Política, puede llevar a concluir que el referéndum tiene como únicos límites los proyectos de ley en “materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa” que enuncia el artículo 105, párrafo 3o, de la Constitución. Empero, una hermenéutica sistemática y finalista

de las normas constitucionales, conduce, irremisiblemente, a concluir que los límites a la potestad legislativa impuestos por el párrafo 1o del numeral 105, resultan, igualmente, aplicables, por identidad de razón, a los procesos de referéndum para aprobar una ley. En efecto, ese párrafo establece que la potestad legislativa está sujeta a los límites dispuestos “por los tratados, conforme a los principios del Derecho Internacional”. Es así como los derechos humanos establecidos en los instrumentos del Derecho Internacional Público -Declaraciones y Convenciones sobre la materia-, resultan un valladar sustancial a la libertad de configuración del legislador, tanto ordinario como, eminentemente, popular a través del referéndum. (Lo resaltado no es del original).

De acuerdo con ello, aunado a los límites inherentes al ejercicio del referéndum, la propuesta de reforma parcial a la Constitución que pretenda formularse a través de ese instituto también debe respetar el derecho internacional de los derechos humanos.

En ese mismo sentido, en el voto n.º 18226-2014 del 4 de noviembre de 2014, la Sala Constitucional afirmó: “De igual forma, una interpretación sistemática y finalista de las normas constitucionales, conduce a concluir que los límites impuestos por la propia Constitución al constituyente derivado alcanzan no solo al legislador ordinario sino también al cuerpo electoral que actúa por medio de un referéndum”.

Por ende, la reforma parcial por vía referéndum debe respetar el límite sustantivo

establecido por la convencionalidad, así como los propios límites que son intrínsecos al ejercicio del referéndum, previstos en el numeral 105 de la Constitución.

2- Las cláusulas de intangibilidad o pétreas. ¿Existencia en Costa Rica?

Las cláusulas pétreas o inmodificables en el derecho constitucional son aquellos aspectos que, por voluntad expresa del constituyente, no son susceptibles de reforma por el poder constituyente derivado. Con ellas, se sustrae un ámbito al poder de reforma de la Constitución y se impide su modificación o eliminación.

Ahora bien, desde el voto constitucional n.º 2771-2003 del 4 de abril de 2003, la Sala Constitucional indicó que el poder constituyente derivado tenía, entre otros límites, una serie de límites implícitos al poder de reforma. Puntualmente, el Tribunal Constitucional indicó que el poder reformador de la Constitución tenía vedado limitar, reducir o restringir el contenido esencial de los derechos fundamentales o humanos. En tal sentido, la Sala Constitucional expresó:

[...] en el caso de los derechos fundamentales. Estos derechos pueden ser objeto de reforma parcial, únicamente cuando se trate de modificaciones positivas, que son aquellas que amplían los contenidos de los derechos ciudadanos, -particularmente el de libertad- por la Asamblea Legislativa, sin embargo, las negativas, que son aquellas que reducen los contenidos de los derechos ciudadanos, únicamente pueden ser reformadas por una Asamblea Constituyente. Es decir,

la Asamblea Legislativa puede ampliar los contenidos y alcances de los derechos fundamentales, pero no puede el poder constituyente derivado suprimir o reducir tales contenidos, pues de esta forma podría destruir el orden básico instituido por el poder constituyente originario. (Lo resaltado no es del original).

De tal modo, según el criterio de la Sala Constitucional, la reforma parcial de la Constitución únicamente puede provocar una modificación positiva al derecho de la Constitución, siendo el contenido esencial de los derechos fundamentales o humanos, un límite material impuesto a la Asamblea Legislativa. Así, expresamente, lo afirmó la Sala Constitucional en el voto antes indicado, cuando expresó lo siguiente:

La Asamblea Legislativa como poder reformador derivado, está limitada por el Poder Constituyente en su capacidad para reformar la Constitución: no puede reducir, amputar, eliminar, ni limitar derechos y garantías fundamentales, ni derechos políticos de los ciudadanos, ni los aspectos esenciales de la organización política y económica del país. Únicamente mediante el procedimiento de reforma general, regulado en el artículo 196 de la Constitución Política y en estricto apego a lo allí dispuesto, se podría intentar una reforma de tal naturaleza. (Lo resaltado no es del original).

Bajo ese contexto, la Sala Constitucional en forma contundente le colocó un límite al poder

reformador de la Constitución que, además de que impidió la modificación negativa del contenido esencial de los derechos fundamentales o humanos, también impidió que la organización política y económica del país pudiera ser modificada por la vía de la reforma parcial.

Lo anterior fue confirmado posteriormente por la Sala Constitucional en el voto n.º 11043-2010 del 23 de junio de 2010, cuando manifestó: “*Las normas procedimentales deben seguir a las sustanciales como la sombra sigue al cuerpo. Consecuentemente, no se puede emplear un procedimiento constitucionalmente establecido para restringir, limitar o cercenar el contenido esencial de un Derecho Fundamental. (Lo resaltado no es del original).*”

Y en la misma línea hermenéutica, en el voto n.º 9927-2010 del 9 de junio de 2010, la Sala Constitucional expresó:

[...] Los Derechos Fundamentales vinculan negativa y positivamente al legislador. En un sentido negativo, debe respetarlos para lograr su plena efectividad, esto es, funcionan como una barrera o un límite. En un sentido positivo, los derechos fundamentales son para el legislador constituido un mandato, un principio rector o un programa por lo que debe desarrollarlos y configurarlos pero con respeto de su contenido esencial, esto es, del núcleo mínimo e indisponible –límite de límites- de cada uno de estos. El legislador constituido al desarrollar los derechos fundamentales debe velar por su progresiva intensificación y extensión de su eficacia y, en

general, por su plena efectividad, para evitar cualquier regulación regresiva y restrictiva. (Lo resaltado no es del original).

En consonancia con lo expuesto, el poder reformador única y exclusivamente puede modificar parcialmente la Constitución, cuando dicha reforma sea estimada como de contenido positivo por el Tribunal Constitucional. Por ende, si la Sala Constitucional estima que, a través de la reforma, se provoca la reducción del contenido esencial de los derechos fundamentales o humanos, así como la modificación de la organización política o económica del país, esta sería inviable a través del procedimiento parcial y solo podría ser llevado a cabo por una Asamblea Constituyente convocada al efecto.

3.- Las “decisiones políticas-fundamentales”, ámbito excluido del poder de reforma parcial

La jurisprudencia constitucional ha afirmado que el poder reformador de la Constitución no podía variar los principios originarios y básicos de la organización política-territorial del país. De esa forma, para modificar un principio esencial de la organización política-territorial, se precisa de una reforma general de la Constitución en los términos del artículo 196 constitucional.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las “decisiones políticas fundamentales” son las decisiones propias de la sociedad que son determinantes acerca de un principio constitucional y que representan una forma históricamente duradera del sentir y pensar social.

Para la Sala Constitucional (crf. voto n.º 2771-2003 del 4 de abril de 2003), las dos

decisiones más importantes con las que se enfrenta una sociedad son la elección de su modelo económico y la de su sistema político, siendo tales decisiones propias de una reforma general de la Constitución y no de una reforma parcial. En ese sentido, en el voto constitucional antes indicado, n.º 2771-2003, la Sala Constitucional afirmó que:

[...] la reforma de las decisiones políticas fundamentales corresponde exclusivamente al pueblo como soberano a través de la competencia que delega en las asambleas nacionales constituyentes, electas para este efecto y representativas de la voluntad popular general.

En este mismo orden de consideraciones, para la Sala Constitucional, la determinación de si una reforma a la Constitución debe efectuarse mediante la vía de reforma parcial o general no depende de la cantidad de artículos constitucionales que se pretendan reformar (criterio cuantitativo), sino del objeto de la reforma y de las implicaciones que esta tenga en nuestro ordenamiento constitucional (criterio cualitativo). Así, en el voto n.º 6118-2013 del 30 de abril de 2013, el Tribunal Constitucional indicó:

Los límites y alcance de una reforma parcial no pueden entenderse, estrictamente, en un sentido cuantitativo, sea que si se trata de la reforma de un artículo o de unos pocos numerales de la Constitución, la cuestión debe ser objeto de la misma. La reforma parcial tiene, también, una dimensión cualitativa, de modo que, cuando hay una variación esencial de un principio básico de la organización político territorial, el tema no puede ser

objeto de la misma, sino de una reforma general o integral de la Constitución.

En consecuencia, en los términos expuestos por la jurisprudencia constitucional para ese concepto jurídico, la adopción de decisiones políticas fundamentales es resorte exclusivo de una reforma general de la Constitución.

III.- LÍMITES DE LA REFORMA GENERAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En lo que atañe a la reforma general de la Constitución Política, existe un mecanismo procedimental establecido en la Constitución para su ejecución, así como también es preciso abordar cuál es el alcance de una reforma de esa naturaleza. Veamos:

1.- El procedimiento de reforma general previsto en el artículo 196 constitucional

El artículo 196 de la Constitución Política establece el procedimiento para la reforma general de la Constitución. En ese sentido, dicha norma dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 196.- La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria, deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo.

Como puede apreciarse, el numeral 196 de la Constitución prevé que, para la realización de

una Asamblea Nacional Constituyente, esta debe ser convocada mediante una ley que debe ser aprobada por la mayoría calificada de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Debe tomarse en cuenta que el titular del poder constituyente es el pueblo, quien, a su vez, es el titular de la soberanía. Así, el poder constituyente no se puede poner en marcha ni puede ser ejercido de manera directa por el pueblo, sino que existe un procedimiento representativo para ello, tal como señala María del Pilar Hernández:

El poder constituyente del pueblo deviene de un Congreso Constituyente originario integrado por representantes del propio pueblo: *de este Congreso Constituyente originario deriva, a su vez, una asamblea proyectista, integrada por miembros escogidos del propio Congreso y encargados de elaborar un proyecto de Constitución que, debatido, dará origen a la nueva carta fundamental. (Hernández, 1984. p. 923). (Lo resaltado no es del original).*

Si se contrasta con el procedimiento de reforma parcial, es claro que el mecanismo para provocar una reforma general de la Constitución, en principio, podría considerarse mucho más flexible y sencillo que el primero. No obstante, el consenso político necesario para aprobar mediante mayoría calificada una ley que convoque a una Asamblea Nacional Constituyente puede resultar mucho más complejo que el procedimiento previsto para la reforma parcial.

2.- Los límites del poder constituyente originario

Tal como lo ha afirmado el profesor Nestor Sagües, la atribución del poder constituyente es “[...] *generalmente conferida al pueblo o a la nación; es decir, en quién se hace formalmente residir la potestad constituyente, y a quién se le atribuye o imputa la decisión del poder constituyente*” (Sagües, 2017). La titularidad del poder constituyente es del pueblo soberano y es ejercitada, en nombre de este, por la Asamblea Nacional Constituyente.

Ahora bien, en el ejercicio del poder constituyente originario, el pueblo no está sujeto a límites jurídicos, de manera tal que puede darse la estructura organizativa política o económica que estime pertinente, así como establecer el sistema político y forma de gobierno que más se ajuste a sus intereses. El poder constituyente originario conlleva un ejercicio de poder pleno, donde es el pueblo, encarnado en la Asamblea Nacional Constituyente, quien se autolimita.

En ese sentido, en la sentencia n.º C-551/03 dictada por la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, el 9 de julio de 2003, al pronunciarse sobre un referéndum promovido por iniciativa gubernamental, se manifestó, en lo que interesa, lo siguiente:

29- La doctrina y la jurisprudencia constitucionales distinguen entre el poder constituyente en sentido estricto, o poder constituyente primario u originario, y el poder de reforma o poder constituyente derivado o secundario. En el mundo contemporáneo en desarrollo de los principios democráticos y de la soberanía popular, el poder constituyente está radicado en el

pueblo, quien tiene y conserva la potestad de darse una Constitución. Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados. (Lo resaltado no es del original).

Bajo la misma postura, relativa a la inexistencia de un límite previo impuesto al soberano cuando ejercita el poder constituyente originario al crear una nueva constitución, Luis Antonio Sobrado indicó:

Las normas que contiene una Constitución sobre la reforma constitucional – consecuencia de la juridificación de la soberanía popular- constituyen reglas sobre la formación de la voluntad soberana, preceptos que disciplinan la configuración o – permítaseme la expresión- la “Constitución” del poder constituyente; pero no deben limitar el contenido de esa voluntad, porque “el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, de Constitución. (Sobrado, 1989, p. 187). (Lo resaltado no es del original).

Es, entonces, un poder pleno el que posee la Asamblea Nacional Constituyente, sin que exista límite para ella derivado de alguna norma o cláusula pétrea, tal como lo don Fernando Castillo afirmó: “Como bien es sabido, en cuanto al ejercicio de la potestad constituyente, esta Asamblea (i.e. la Asamblea Constituyente) no está sujeta a ninguna norma jurídica, expresa o implícita, lo que significa que frente a él no

son oponibles cláusulas pétreas implícitas o expresas". (Castillo, 2011, p. 114).

No obstante, desde el plano formal, es preciso recordar que el artículo 96, inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece una consulta preceptiva de constitucionalidad cuando "*se trate de proyectos de reforma constitucionales*", de modo tal que, bajo una interpretación sistemática, así como extensiva y progresiva del derecho de la Constitución, particularmente de los principios *pro libertate* y *pro homine*, cabe entender que esa consulta preceptiva de constitucionalidad también resulta necesaria en el trámite de aprobación de la ley que realice la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, puesto que es una ley referida a un proyecto de reforma constitucional.

Claramente, en tal supuesto, tal como lo dispone el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la vinculatoriedad del dictamen que emita la Sala Constitucional lo será únicamente en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto de ley.

Sin embargo, la consulta al Tribunal Constitucional permite confrontar la convocatoria a una Asamblea Constituyente con el principio democrático y, con ello, en relación con otros principios que conforman a aquel, tales como los de soberanía popular, representación de las minorías, pluralismo político, publicidad, participación, conexidad, entre otros, que son inherentes a un Estado democrático.

V.- CONCLUSIONES

Los artículos 195 y 196 de la Constitución Política son la expresión del llamado poder constituyente juridificado que se caracteriza por tener la capacidad de crear, suprimir o modificar normas constitucionales. En el ejercicio de ese poder, el derecho de la Constitución y la Ley de la Jurisdicción Constitucional han establecido límites que operan como un mecanismo de garantía en beneficio de las personas y de la propia estabilidad del Estado constitucional de derecho.

Tanto en las reformas parciales, como en una eventual reforma general de la Constitución, se prevé el control de constitucionalidad a cargo de la Sala Constitucional. En ambos supuestos, desde el punto de vista del autor de esta investigación, el control es de forma y no sustantivo, es decir, únicamente resultaría viable controlar el procedimiento parlamentario, lo anterior, en tanto que, con base en la Constitución Política de Costa Rica, no se vislumbra la existencia de normas pétreas en el texto constitucional, las cuales, siendo excepciones, deben ser previstas en forma expresa por el constituyente originario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional Constituyente. (1949). Constitución Política de la República de Costa Rica. Costa Rica.

https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871

Asamblea Legislativa. (1989). Ley de la Jurisdicción Constitucional. Costa Rica. <http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/>

Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=38533

Asamblea Legislativa. (1994) Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa. Costa Rica.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=46479

Brewer -Cariás, Allan. (2011). Sobre la patología de la justicia constitucional: de cómo el guardián de la constitución en Venezuela ha sido instrumento para legitimar su violación. Texto de la conferencia dictada en el curso del profesor José Luis Cea Egaña, en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 26 de abril de 2011. <http://www.allan-brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201027.%20Brewer.%20De%20c%C3%B3mo%20el%20guardi%C3%A1n%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%20ha%20sido%20el%20instrumento%20para%20legitimar%20su%20violaci%C3%B3n.%29.pdf>.

Carpizo, Jorge. (Julio-diciembre de 2009). El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. N.º 12, México.

Castillo Viquez, Fernando. (2011). Temas controversiales del derecho constitucional. Editorial Juricentro, 1º ed. Costa Rica.

Hernández Martínez, María del Pilar. (1984). Reforma constitucional y poder constituyente. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México. N.º 84.

Orozco Solano, Víctor. (2008). La fuerza normativa de la Constitución. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A.

Sagües, Néstor. (2017). Manual de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea.

Sobrado González, Luis. (1989). La reforma constitucional en España y Costa Rica. Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho. Departamento de Derecho Político. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. España.

Sentencias de la Sala Constitucional

Voto n.º 4848-1995 del 1º de septiembre de 1995.

Voto n.º 3730-1999 del 17 de junio de 1999.

Voto n.º 7818-2000 del 5 de septiembre de 2000.

Voto n.º 2771-2003 del 4 de abril de 2003.

Voto n.º 9567-2006 del 5 de julio de 2006.

Voto n.º 10728-2008 del 26 de junio de 2008.

Voto n.º 9927-2010 del 9 de junio de 2010.

Voto n.º 11043-2010 del 23 de junio de 2010.

Voto n.º 13313-2010 del 10 de agosto de 2010.

Voto n.º 1654-2011 del 9 de febrero de 2011.

Voto n.º 6118-2013 del 30 de abril de 2013.

Voto n.º 18226-2014 del 4 de noviembre de 2014.

Corte Constitucional de Colombia
Sentencia n.º C-551/03 del 9 de julio de 2003.

REGULACIÓN JURÍDICA DEL IMPACTO DE LA MARICULTURA SOBRE LA BIODIVERSIDAD OCEÁNICA

Lic. Alina Guadamuz Flores*

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es recopilar diversas posturas en cuanto a las debilidades y fortalezas que ha investigado la literatura científica en relación con la actividad acuícola de la maricultura, así como la regulación costarricense relacionada con la protección a la diversidad biológica al llevar a cabo dicha actividad. Los principales resultados de la compilación de datos señalan que la maricultura es beneficiosa para el planeta, en tanto se realice de forma sostenible en el manejo de infraestructura, así como el de químicos para el cultivo de la flora y fauna oceánicas, esto con el fin de evitar daños a las especies cultivadas y la contaminación de los ecosistemas circundantes.

Palabras clave: biodiversidad, contaminación, desarrollo sostenible, maricultura, océanos, regulación, técnica.

ABSTRACT

The objective of this research is to compile diverse postures regarding to the weaknesses and fortresses that have been investigated by the scientific literature related with aquaculture activity of the mariculture as well as the Costa Rican legal regulation related with the protection to the biological diversity when carrying out that activity. The main results of the data compilation have been that mariculture is beneficial for the planet if it is done in sustainable ways, both, in the infrastructure management, as well as that of chemicals for cultivation of ocean flora and fauna, in order to avoid damages in the cultivated species, as well as the pollution of the surrounding ecosystems.

Keywords: biodiversity, mariculture, oceans, pollution, regulation, sustainable development, technique.

Recibido: 28 de diciembre de 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* Licenciada en Derecho; especialista en derecho comercial; estudiante de maestría académica en desarrollo sostenible en la Universidad de Costa Rica; docente de derecho ambiental en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología; asesora en el Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones de Costa Rica. Correo electrónico: alinaguadamuzflores@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el *Diccionario Merriam-Webster* (2021, definición 1), puede entenderse al “océano” como todo el cuerpo de agua salada que cubre casi las tres cuartas partes de la superficie de la Tierra; es decir, la mayor parte de esta. Regula su tiempo y su clima, absorbe grandes cantidades de dióxido de carbono, provee la mayor parte de su oxígeno y alimenta a gran parte de la población humana.

En el planeta Tierra, existen cinco grandes océanos: Atlántico, Pacífico, Índico, Ártico y Antártico (National Ocean Service, 2021). Estos océanos contienen 1,35 billones de kilómetros cúbicos de agua, aproximadamente, y, la mayoría de su flora, que se compone de algas microscópicas llamadas fitoplancton, produce, mediante el proceso de la fotosíntesis, alrededor de la mitad del oxígeno que respiran las diversas especies.

La profundidad cercana de los océanos es de 3000 metros y, en ellos, se generan ecosistemas marinos conformados, entre otras especies, por peces, pulpos, pólipos, calamares, anguilas, delfines, ballenas, cangrejos, langostas, estrellas de mar, ostras, caracoles, medusas, nutrias, morsas y osos polares (National Geographic, 2010). Aunque los océanos son esenciales para el planeta, el ser humano lleva a cabo actividades que resultan sumamente perjudiciales para los ecosistemas marinos.

La pesca excesiva, la aniquilación de los hábitats costeros y la contaminación procedente de la industria, las explotaciones agropecuarias y las viviendas están poniendo en peligro no solo a los peces -principal fuente de proteínas animales de la dieta humana-,

sino también la biodiversidad marina e, incluso, el clima mundial (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2002).

Dentro de los procesos extractivos realizados en los océanos para suplir las demandas alimentarias humanas mundiales, se encuentra el caso de la pesca de arrastre donde se emplea una red sobre el fondo marino buscando capturar a los camarones, por ejemplo, (Álvarez y Ross, 2010, p. 13). Algunos de los perjuicios que causa este método de pesca son (Herrera *et al*, 2015): alteraciones químicas y biológicas en los fondos marinos (Dernie, Kaiser, Richardson, & Warwick, 2003; Nieto, 2010; Pérez, 2011). Este tipo de pesca es selectiva y ha sido señalada por capturar especies de peces, crustáceos y moluscos no objetivos de la pesquería, con potenciales efectos adversos a sus poblaciones (Thrush & Dayton, 2002; Rábago, López, Valdez, & Nevárez, 2011). Esto provoca cambios en el funcionamiento del ecosistema (Caddy, 2007) y afectación sobre los depredadores (Myers & Worm, 2003). Incluso se ha sugerido que puede colapsar poblaciones de especies de baja tasa de natalidad, como sucede con tiburones y rayas (Márquez, 2002; Morales, 2011).

Ante este panorama, surge la opción de crear alimentos marinos mediante la maricultura, lo que evitaría el decremento dramático de las especies oceánicas por causa de la pesca excesiva o aquella que utilice las redes de arrastre. Sin embargo, si esta modalidad de cultivo no se ejecuta de manera eficiente, el resultado es que esta industria de producción alimentaria también generará elementos perjudiciales para la conservación biológica marina, en lugar de preservarla.

Esta actividad de cultivo es definida legalmente como el cultivo y la producción de organismos acuáticos de flora o fauna, mediante el empleo de métodos y técnicas para su desarrollo controlado; abarca su ciclo biológico completo o parcial en ambientes hídricos naturales o artificiales, tanto en aguas marinas como continentales (art. 81, Ley N.º 8436).

El objetivo del presente trabajo es recopilar diversas posturas en cuanto a las debilidades y fortalezas que ha investigado la literatura científica en relación con la actividad acuícola de la maricultura en general, así como su regulación jurídica nacional, esto con el fin de mantener estándares de bioseguridad que impidan daños de diverso tipo en los ecosistemas marinos.

De acuerdo con los autores Raúl Aguilar-Elena *et al* (2015), el término de bioseguridad o seguridad biológica es definido de la siguiente forma por la Organización Mundial de la Salud:

aquellos principios, técnicas y prácticas aplicadas con el fin de evitar la exposición no intencional a patógenos y toxinas, o su liberación accidental, y sin embargo definen “protección biológica” (o “bioprotección”) como aquellas medidas de protección de la institución y del personal destinadas a reducir el riesgo de pérdida, robo, uso incorrecto, desviaciones o liberación intencional de patógenos o toxinas.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

Los materiales utilizados para llevar a cabo esta revisión bibliográfica fueron páginas *web* especializadas en ciencias naturales y derecho, así como artículos académicos de biología, conservación biológica, entre otras disciplinas, disponibles en Internet. Se buscó la información en los idiomas inglés y español, con el fin de encontrar diversas opciones y perspectivas de investigación.

La metodología utilizada fue la consulta a las bases de datos correspondientes a Science Direct, SciELO, Sistema Nacional de Legislación Vigente, por ejemplo, así como la de las revistas Nature, National Geographic, entre otras, además del uso de diccionarios de habla inglesa con el fin de aportar conceptos base para la explicación del tema central del artículo.

Para llevar a cabo el presente análisis, durante la búsqueda de literatura, se tomaron encuesta palabras clave como lo son “maricultura”, “piscicultura”, “contaminación” y “químicos”, principalmente. De igual manera, por un lado, se indagaron tendencias específicas dirigidas a la búsqueda de los beneficios que proporcionaba esta técnica de cultivo y, por otro lado, se investigaron resultados que explicaban los potenciales perjuicios que ocasionaba esta forma de producción en contra de los ecosistemas marinos y, por ende, de la conservación biológica, cuando no se incluyen factores de bioseguridad ante riesgos que alteran el hábitat en el proceso de producción y suministro mundial de alimentos marinos para la especie humana.

3 RESULTADOS Y SU ANÁLISIS

a Resultados:

El presente apartado expondrá, en primer lugar, los resultados arrojados por las ciencias naturales, y su segunda parte explicará los expuestos por las ciencias jurídicas.

Ciencias naturales:

La “maricultura” consiste en la cultivación de organismos marinos en su ambiente natural (Merriam-Webster, 2021). De acuerdo con el autor Ricardo Radulovich, existen al menos tres tipos de cultivo en el agua: “la de agua dulce, la de en estanques en tierra y la de a mar abierto” (2008, p. 2). En relación con el cultivo de especies en agua dulce, continúa señalando el experto, esta es la más utilizada, de hecho, se ha implementado desde la antigüedad y, usualmente, se dirige al engorde del animal en cuestión.

La maricultura llevada a cabo en tierra puede hacerse en estanques naturales o artificiales, utilizando agua de mar que se hace llegar, ya sea mediante una bomba o aprovechando la marea, para luego devolverla al océano. La tercera de las modalidades señaladas por el autor es la maricultura ejecutada en el mar abierto, a nivel de costa o a mar adentro.

La maricultura es una buena opción de provisión de alimentos a nivel mundial, dado que los océanos se han visto perjudicados en sus ecosistemas, debido a la creencia popular y errada de que los recursos pesqueros son inagotables, por lo que no les perturban los efectos de su explotación. La sobreexplotación de las especies marinas para consumo humano ha sido considerada como el problema más grave de la pesca mundial, de ahí que la maricultura haya sido vista

como una alternativa adecuada y deseable para aquella (Vásquez *et al*, 2011).

Así, se indica que el cultivo de especies marinas mediante esta modalidad ayuda a satisfacer el apetito del ser humano sin poner en peligro a la población de la fauna específica de la que se trate. Por ejemplo, pueden cultivarse especies oceánicas en granjas marinas para luego venderlas a los restaurantes, lo que permite evitar riesgos de reducción de las comunidades de los ecosistemas marítimos cuando se cazan especies silvestres para tal fin, promoviendo con ello la conservación biológica de los mares (Thornton, 2013).

No obstante los anteriores beneficios de la maricultura, parte del proceso de siembra acuícola de fauna requiere del transporte de larvas, alevines o juveniles, lo que produce cambios en el agua y su calidad; por ejemplo, crea gas carbónico, disminuye el pH, concentra el amoníaco, lo que, claramente, afecta la calidad de los ecosistemas marinos. Algunos acuicultores utilizan anestésicos para reducir el metabolismo de los peces durante el transporte. Parte de estas sustancias químicas son 2-fenoxietanol, aceite de clavo, sulfato de quinaldina, benzocaína y metasulfonato de triclaína, y resulta que algunas de ellas han sido clasificadas como tóxicas en perjuicio de varias especies acuáticas (Rosado *et al*, 2016).

A la hora de ejecutar el proceso de cultivo, ya sea en estanques o en mar abierto, pueden presentarse problemáticas como la aparición de macrófitas que entorpecen el ciclo natural del fitoplancton, ya que compiten con este en el proceso de absorción de nutrientes. Así este tipo de vegetación acuática debe removerse de manera manual o mecánica; es parte de la bioseguridad y limpieza de las estructuras

de los estanques con los que debe procederse para mantener la higiene del proceso (Ornelas *et al*, 2017).

Cuando se lleva a cabo el cultivo de flora y fauna acuática mar adentro, deben implementarse las medidas de bioseguridad oportunas, tales como una jaula en buen estado o con estructura sin defectos. De no hacerlo, si una tormenta ocasiona el escape de peces enfermos, implicaría una amenaza para los ecosistemas salvajes porque podrían infectarse, generándoles como resultado la contracción de una enfermedad o la muerte, lesionando la conservación de la biodiversidad marina de la región afectada (Gibbens, 2018).

Si se piensa más allá del bienestar que deben tener las especies en estado silvestre, los animales que se crían mediante las técnicas de la maricultura deberían ser tratados con respeto por temas de ética, ya que, al igual que sucede con la cría de animales de ecosistemas terrestres para consumo humano, las especies marinas presentan diversas patologías cuando se encuentran en el encierro del cultivo.

Algunas de las repercusiones que las malas prácticas generan en su salud son: “estrés y la monotonía del confinamiento; las «altas tasas de mortalidad y el aumento de la agresividad, las infecciones parasitarias [y] las afecciones del tracto digestivo» vinculadas a la cría intensiva; el derroche de «alimentar a los peces con peces» [...]”. (Scigliano, 2020).

La maricultura debe implementarse responsablemente, debido a que, en la actualidad, algunos de sus desarrolladores cometen ciertos errores técnicos alimentando a las especies cultivadas con “piensos”, los cuales son harinas de pescado o mariscos obtenidos mediante pesca convencional que no son aptas para el consumo humano, pero sí

para el proceso de engorde en la maricultura, y conllevan a la caza de especies intermedias en la cadena trófica, disminuyendo progresivamente a sus depredadores y, por otro lado, causan el aumento de plancton (Vicente, 2021).

El ambiente de la maricultura puede ser estresante para las especies, como se ha indicado. Por ejemplo, cuando los protocolos de producción de larvicultura, que forma parte del proceso de cultivo en el mar, son muy intensos, provocan enfermedades debido a los patógenos que se generan durante este. Para combatir a esos patógenos muchas veces se usan fármacos, lo que altera el ecosistema natural de los océanos, por lo que se recomienda como sustituto el uso de probióticos en este tipo de cultivo de especies. Este tratamiento no solo mejora el equilibrio microbiano intestinal del huésped, sino también mejora la calidad del agua, permitiendo un control ambiental (Garrido-Pereira *et al*, 2014).

Otro factor abordado por la doctrina es el de los químicos utilizados para lograr la consecución del objetivo del proceso de cultivo, ya que dichas sustancias pueden resultar ecotóxicas, como lo son los antibióticos, parasiticidas, anestésicos y desinfectantes sintéticos.

Como su contraparte, se encuentra el uso de productos naturales utilizados tanto con fines higiénicos, como alimentarios, lo que incluye: “desinfectantes, herbicidas, pesticidas, parasiticidas y antibióticos, así como suplementos alimenticios, en forma de vitaminas, ácidos grasos, carotenoides, inmunoestimuladores, hormonas y atrayentes”, manteniendo la limpieza del cultivo sin dañarlo, ni a los ecosistemas marinos silvestres receptores de residuos de dichas sustancias (Mioso *et al*, 2014).

La misma contaminación puede presentarse en el caso de los estanques de cultivo en tierra. Estos requieren de bombas para el movimiento de sus aguas o de turbinas para su captación, al igual que excavadoras, camiones, tractores, por ejemplo, ya que, para su funcionamiento, estas máquinas deben utilizar combustibles, lubricantes y aceites que pueden filtrarse a los suelos o a las aguas de forma directa, y generan daños en los recursos hídricos y a los ecosistemas (Rodríguez *et al*, 2016).

Asimismo, han existido países donde, con el fin de impulsar la economía nacional, han usado indiscriminadamente diversos cuerpos de agua para desarrollar la maricultura. Algunos de ellos son esteros, manglares y humedales, generándoles contaminación, enfermedades por bioacumulación y la introducción de especies exóticas, con lo que alteran las cadenas tróficas locales y proyectan posibles daños a largo plazo (Cuéllar *et al*, 2018).

Se destaca que la maricultura se lleva a cabo no solo con el objetivo de provisión de alimentos, sino también para la reproducción de especímenes con miras a contribuir a la preservación de la biodiversidad propiamente.

No se realiza con fines comerciales, sino específicamente para su introducción en los hábitats oceánicos para recuperar especies que presentan una baja tasa de individuos por causa de la explotación que han sufrido los mares a lo largo de los años (Bauer *et al*, 2021).

En la práctica de la maricultura, se puede implementar, como técnica inteligente, el uso de un helecho conocido como “azolla” que es usado como alimento. Además, esta especie de flora tiene otra función que es absorber

los nutrientes del agua y fijar el nitrógeno atmosférico, creando un fertilizante a partir del aire. En ocasiones, dicha agua proveniente de la maricultura se reutiliza para el riego de árboles de producción frutal (Torero, 2021). El proceso de maricultura no solo se lleva a cabo con el cultivo de especies animales, sino también con la siembra de algas marinas. Estas permiten la captura del dióxido de carbono, reducen la acidificación de los océanos y combaten, en alguna medida, al cambio climático (The Nature Conservancy 2021).

Para Muhammed A. Oyinlola *et al* (2018), la maricultura es considerada como una de las principales soluciones para satisfacer la creciente demanda de productos del mar. Sin embargo, si dicha técnica no se desarrolla de manera apropiada, puede ocasionar daños para el ambiente como los mencionados durante este apartado de resultados.

Ciencias jurídicas:

En cuanto a la definición y la regulación de la “maricultura” en el ordenamiento jurídico de Costa Rica, se puede comenzar indicando que la Ley Orgánica del Ambiente no contiene una definición específica para “océano”, pero sí para “recursos marino-costeros”, los cuales son conceptualizados como las aguas del mar, las playas, los playones, la franja del litoral, las bahías, las lagunas costeras, los manglares, los arrecifes de coral, los pastos marinos (fanerógamas marinas), los estuarios, las bellezas escénicas, los recursos naturales, vivos o no, contenidos en las aguas del mar territorial y patrimonial, la zona contigua, la zona económica exclusiva, la plataforma continental y su zócalo insular. Propiamente el término de “maricultura” no es definido en dicho texto normativo.

Por su parte, se regula la zona marítimo-terrestre en su ley marco, la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, N.º 6043 de 1977, la cual es una de las zonas que se verían afectadas en caso de que se haga un buen o mal manejo de la actividad de cultivo de especies acuícolas.

La zona marítimo- terrestre¹ comprende parte del patrimonio nacional y pertenece al Estado por lo que tiene como características ser inalienable e imprescriptible (art. 1, Ley N.º 6043). Cuando alguna persona administrada tenga interés en hacer uso y disfrute de este bien demanial, deberán intervenir el Instituto Costarricense de Turismo (ICT) y las municipalidades que correspondan (arts. 2 y 3, Ley N.º 6043).

De esta manera, legalmente el cuerpo jurídico de marras ha dispuesto que será la Asamblea Legislativa la que otorgue concesiones y permisos en aquellas zonas que se encuentren cubiertas por el mar de forma permanente, al igual que las zonas adyacentes (art. 5, Ley N.º 6043). Por tanto, si la persona administrada lo que busca es llevar a cabo la actividad de la maricultura en esta zona, deberá contar con los títulos habilitantes por parte de las instituciones mencionadas, más el Instituto de Vivienda y Urbanismo (INVU) y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), entre otras (art. 18, Ley N.º 6043).

La Ley de Biodiversidad no incluye el concepto de “océanos” ni regula la “maricultura”, pero sí expresa que los cuerpos de agua forman parte de la “biodiversidad” en la de-

finición que brinda para esta en su artículo 7, inciso b):

Variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, ya sea que se encuentren en ecosistemas terrestres, aéreos, marinos, acuáticos o en otros complejos ecológicos. Comprende la diversidad dentro de cada especie, así como entre las especies y los ecosistemas de los que forma parte.

Con base en lo señalado en el apartado correspondiente a las ciencias naturales en el presente trabajo, con el fin de lograr un proceso de cultivo de especies marinas de flora y fauna de manera exitosa, debe incorporarse, dentro de los procesos científicos y la práctica de la maricultura, el enfoque ecosistémico que, desde el ámbito jurídico, se encuentra contenido en el artículo 3, inciso d) del Reglamento a la Ley de Biodiversidad, Decreto Ejecutivo N.º 34433-MINAE.

Dicho enfoque da paso a una estrategia para la gestión adaptativa e integrada de los ecosistemas terrestres, acuáticos, incluyendo a los demás recursos vivos, tomando en cuenta el método científico. De esta manera, se respetan los niveles de organización biológica, promoviendo la conservación de la biodiversidad mediante un uso sostenible de los recursos.

Tal precepto reglamentario se fundamenta en doce principios que toman en cuenta aspectos, por ejemplo, que la sociedad debe gestionar

1 Artículo 9º, Ley N.º 6043:

Zona marítimo terrestre es la franja de doscientos metros de ancho a todo lo largo de los litorales Atlántico y Pacífico de la República, cualquiera que sea su naturaleza, medidos horizontalmente a partir de la línea de la pleamar ordinaria y los terrenos y rocas que deja el mar en descubierto en la marea baja. Para todos los efectos legales, la zona marítimo terrestre comprende las islas, islotes y peñascos marítimos, así como toda tierra o formación natural que sobresalga del nivel del océano dentro del mar territorial de la República. Se exceptúa la Isla del Coco que estará bajo el dominio y posesión directos del Estado y aquellas otras islas cuyo dominio o administración se determinen en la presente ley o en leyes especiales.

los distintos ecosistemas mediante un nivel descentralizado considerando los efectos reales y posibles que sus actividades pueden tener sobre los ecosistemas adyacentes y otros.

En la gestión de estos ecosistemas, deben incluirse aspectos económicos del lugar y el momento en el que se desarrolla la actividad, buscando conservar el funcionamiento de los servicios ecosistémicos y respetando sus límites naturales según las escalas temporales especiales por aplicar, lo que debería proyectarse con objetivos a largo plazo, entendiendo que el cambio es inevitable y esto no impide un equilibrio entre la conservación y el uso de la biodiversidad. Para ejecutar actividades sostenibles, deben incorporarse en estas distintos tipos de conocimientos, procurando la innovación, la participación y la inclusión.

Así como las ciencias exactas promueven la mejora en la actividad del cultivo de especies acuícolas, las jurídicas, de igual manera, incentivan los estudios que permitan llevar a cabo dicha actividad de manera sostenible. Para ello, estos avances se han declarado como de interés público y social, específicamente, para el caso de la producción de la sal, así como del cultivo de camarón, de conformidad con el artículo 2 de la *Ley para regular la producción sostenible de sal y camarón de cultivo en modalidad convencional y orgánica*, Ley N.º 9814 de 2020.

Como normativa especializada en la materia, en el país se cuenta con la Ley de Pesca y Acuicultura, N.º 8436 de 2005, la cual define la “actividad acuícola” como el cultivo y la producción de organismos acuáticos, ya sea flora o fauna, mediante el empleo de métodos y técnicas para su desarrollo controlado. Esto abarca su ciclo biológico completo o

parcial en ambientes hídricos naturales o controlados, en aguas tanto marinas como continentales (artículo 2, inciso 1).

En este cuerpo normativo, también se explica propiamente la noción de “acuicultura”, indicando que es la producción comercial en cautividad de animales y plantas acuáticas en condiciones controladas. El cultivo de carácter mercantil implica la propiedad individual o colectiva de los organismos cultivados y sus procesos de transporte, industrialización y comercialización, según su artículo 2, inciso 3).

Esta referencia jurídica tiene por objeto regular la actividad acuícola en las diversas etapas del cultivo: desde la captura, extracción, procesamiento, transporte hasta su comercialización. Sus bases se dirigen a conservar y proteger, con base en el desarrollo sostenible, los recursos hidrobiológicos para preservar los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras (art. 1, Ley N.º 8436).

El punto 9 del artículo 2 de la citada ley explica que el aprovechamiento sostenible de la pesca y la acuicultura implica la protección, el aprovechamiento y el uso racional del recurso pesquero y acuícola con base en criterios científicos y con el fin de preservar en el tiempo las especies de agua dulce, así como salada.

En armonía con lo anterior, el numeral 3, inciso c) de la ley habilita un Plan de Desarrollo Pesquero y Acuícola que promueve la práctica de la maricultura preservando el ambiente y conservando la biodiversidad mediante el uso de procesos industriales sanitariamente inocuos y ambientalmente apropiados, lo que evitaría que se lleven a cabo prácticas inapropiadas

como las señaladas en el apartado de ciencias naturales de este estudio.

Lo anterior va de la mano con la creación de infraestructura necesaria para desarrollar el sector (art. 3, inciso k), Ley N.º 8436), tomando en cuenta los diversos tipos de maricultura existentes. Por ello, las personas involucradas en el proceso de cultivo deben velar por el acondicionamiento apropiado, así como por una ubicación adecuada para establecer las instalaciones que no solo contienen las especies cultivadas, sino también químicos, máquinas, accesorios y equipos de seguridad utilizados en la actividad de maricultura (art. 125, Ley N.º 8436).

El punto 31 del artículo 2 contiene la descripción legal del concepto de “pesca de fomento” que pretende el estudio, la investigación científica, la experimentación, la exploración, la prospección, el desarrollo, la captura de ejemplares vivos para la investigación, *la repoblación o conservación de los recursos acuáticos pesqueros* y la experimentación de equipos y métodos destinados a tal actividad. Esto permite que se impulse la conservación biológica de los océanos al admitir llevar a cabo la maricultura únicamente, si así se desea, con fines de preservación de la biodiversidad marina.

El numeral 8 de la ley especial creada para esta actividad señala que el cultivo acuícola debe desarrollarse responsablemente de tal manera que no se produzcan daños irreparables a los ecosistemas, lo cual es parte de la importancia que se ha explicado a lo largo de esta investigación.

El desarrollo que debe hacer la maricultura tomando como punto de partida a la ciencia no solo encuentra respaldo en los estudios de las ciencias exactas, sino también de las

jurídicas, las cuales, a su vez, están basadas en las ciencias naturales y en la técnica de la conservación biológica (concordar con el artículo 15 de la Ley N.º 8436).

Para el caso costarricense, el Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura, INCOPECA, es el facultado legalmente para fiscalizar la actividad acuícola en el país, de tal manera que se logren evitar daños al ambiente mediante el establecimiento y cumplimiento de parámetros científicos representados a través de normas jurídicas, así como regular los diversos procesos de instrucción para la inducción a la maricultura con el fin de que se lleve a cabo con conocimientos y, por ende, de manera apropiada (art. 27, Ley N.º 8436). Dentro de estos controles estatales, se encuentra la prohibición del vertido de sustancias y especies fuera del área destinada para los fines por los que son generadas (art. 96, Ley N.º 8436).

Los instrumentos jurídicos que habilitan a las personas administradas para llevar a cabo la maricultura son las autorizaciones, las concesiones y los permisos contenidos en el numeral 101 de la ley marco para dicho tema. Estos títulos habilitantes se otorgarán considerando la disponibilidad y la conservación del recurso hidrobiológico, basándose en estudios científicos, técnicos, económicos o sociales (art. 103, Ley N.º 8436).

De acuerdo con la doctrina del derecho administrativo (Jinesta citado por Marín Garita y Miranda Vega, 2019, p. 47), existen dos tipos de concesiones, las constitutivas que son creadas *ex novo* y las traslativas, ya existentes. Para la regulación de la maricultura, aplicarían las primeras, dado que hacen un uso de las aguas en zonas que se encuentran prohibidas para las personas

administradas y de las cuales no se brinda a la población un servicio público estatal que deba trasladarse a alguna persona física o jurídica, para que continúe con su prestación. Parte de las medidas de control que ejerce el Estado sobre la actividad acuícola es la cancelación de los títulos habilitantes cuando la persona administrada ponga en riesgo inminente a los ecosistemas, incumpla las condiciones técnicas para el cultivo de especies acuícolas o incumpla los planes de manejo previstos, por ejemplo, (art. 23, inciso a), Decreto Ejecutivo N.º 36782-MINAET-MAG-MOPT-TUR-SP-S-MTSS).

Así, para mantener la bioseguridad en el proceso de cultivo, lo que incluye la prevención, diagnóstico y control de enfermedades contra los recursos hidrobiológicos, el INCOPECA junto con el Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) pueden recomendar la prohibición de medicamentos, alimentos, hormonas, entre otros químicos usados en la maricultura, los cuales resulten perjudiciales para los océanos (art. 120, Ley N.º 8436). Dichas medidas de seguridad deberán acompañarse del principio precautorio², con el fin de que la actividad acuícola se realice de forma responsable (art. 34, Decreto Ejecutivo N.º 36782-MINAET-MAG-MOPT-TUR-SP-S-MTSS).

A su vez, los acuarios de producción deben cumplir con requisitos de sanidad para ser beneficiarios de una autorización. Dentro de las reglamentaciones indicadas en el numeral 89, incisos b) y c) del Decreto Ejecutivo N.º 36782-MINAET-MAG-MOPT-TUR-SP-S-MTSS, Reglamento a la Ley de Pesca y Acuicultura, N.º 8436, están contar con

recintos para manipular apropiadamente los especímenes, tener áreas de cuarentena, disponer de depósitos destinados al almacenaje de alimentos y preparación de dietas, contratar personal calificado, señalar apropiadamente las zonas de cultivo y mantener niveles adecuados de oxígeno en los espacios de cultivo.

Si bien el inciso e) del mismo artículo 89 del reglamento en mención hace referencia a la acuicultura de fomento y a la didáctica, no indica especificaciones técnicas de calidad con el detalle con el que lo hacen sus incisos b) y c), lo que, para efectos de controles en el cultivo de especies oceánicas con el fin de evitar daños a los ecosistemas, es un aspecto relevante que no se está especificando jurídicamente.

La norma anterior debe concordarse con los numerales 92, 93, 94 y 95 del reglamento mencionado, con el fin de mantener las medidas de seguridad que permitan el otorgamiento y el mantenimiento de la autorización que es el título habilitante que, precisamente, habilita a las personas administradas a llevar a cabo la actividad de la maricultura. Para garantizar la seguridad de los ecosistemas, los controles sanitarios serán realizados por el Servicio Nacional de Salud Animal (SENASA) y por el Servicio Fitosanitario del Estado (SFE), ambas oficinas pertenecientes al MAG.

A su vez, tal y como se indicó en la subsección de resultado de las ciencias naturales en este trabajo, los humedales son un cuerpo de agua relevante que se ha usado de manera indiscriminada en otros países para desarrollar la maricultura.

2 En el mismo sentido, la Ley de Biodiversidad, N.º 7788 de 1998, en su numeral 11.2, indica sobre este principio: Criterio precautorio o in dubio pro natura: Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección.

Costa Rica ratificó la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, conocida como Convención Ramsar, firmada en Irán en 1971 y aprobada a nivel nacional mediante la Ley N.º 7224 de 1991.

De acuerdo con la Política Nacional de Humedales 2017-2030, existe un total de 359 humedales en Costa Rica, correspondientes a una extensión aproximada a 350 000 hectáreas. Doce de esos humedales se encuentran reconocidos en la Convención Ramsar “debido a su importancia para la conservación de la biodiversidad, representatividad y rareza o singularidad respecto de otros tipos de humedales dentro del territorio nacional”. (Marín Garita y Miranda Vega, 2019, p. 129). Desde 1998, se ha registrado que los humedales han beneficiado de forma directa e indirecta a miles de personas con sus servicios ecosistémicos. No obstante, se llevan a cabo actividades que amenazan a estos cuerpos acuáticos, como por ejemplo:

prácticas agrícolas no sostenibles, pesca y caza ilegal, cambios en el uso de la tierra para la construcción de infraestructura y otros desarrollos, deforestación de los bosques de manglares, turismo insostenible, introducción de especies invasoras y por supuesto el cambio climático. (Marín Garita y Miranda Vega, 2019, p. 130).

La razón por la cual la Convención Ramsar protege a los humedales es debido a que son el *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. Editorial Hamurabi hábitat de las aves acuáticas y porque estas son esenciales para mantener los servicios ecosistémicos de los cuales el ser humano se beneficia. Las aves

acuáticas tienen entre sus funciones servir como depredadoras; son herbívoras; vectoras de semillas, invertebradas y nutrientes, lo que permite mantener la biodiversidad de los organismos, controlar las plagas, son bioindicadoras efectivas de las condiciones ecológicas; se desempeñan como centinelas de los posibles brotes de enfermedades; además, proveen de carne, huevos y plumas a los humanos y; finalmente, tienen un rol cultural en favor de las sociedades humanas indígenas y las occidentales (Green, 2014).

En el caso de los manglares y su uso para la maricultura, su regulación gubernamental costarricense se ha dispuesto reglamentariamente. El numeral 91 del Reglamento a la Ley de Pesca y Acuicultura N.º 8436 condiciona el otorgamiento de la autorización para su uso acuícola, previo criterio técnico del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC).

Dentro de las sanciones establecidas por la ley que regula la pesca en Costa Rica, están las multas, la prisión y la cancelación de títulos habilitantes. Así, el numeral 144 de la Ley de Pesca y Acuicultura impone una pena de 30 a 50 salarios base y la cancelación de los títulos habilitantes para quien tale mangle y envenene aguas. En este último caso, podría ser que la redacción de la ley sea errónea o que exista un problema de fondo, dado que se podría interpretar que las sustancias que se incluyen dentro de la sanción son aquellas que dañan al ambiente mientras no sean autorizadas por el INCOPESCA para el desarrollo de la actividad acuícola. Es decir, desde la perspectiva aquí expuesta, la redacción de la norma da a entender que no hay sanción en tanto las aguas contengan químicos que sean permitidos por el Estado, aunque sean contaminantes.

El *Manual de políticas de persecución de los delitos ambientales* – 2020 establece que las multas por tala de mangle y envenenamiento de aguas debido al cultivo de especies marinas responde a que se toman como bien jurídico tutelado el recurso del mangle por sí mismo y los recursos hídricos asociados a la actividad de la acuicultura. La norma busca evitar que se viertan contenidos ilegales y que, en cambio, se utilicen exclusivamente las sustancias autorizadas por el INCOPESCA (Fiscalía General de la República, p. 325).

El numeral 145 del mismo cuerpo legal, la Ley de Pesca y Acuicultura, impone una multa de 30 a 60 salarios base y la cancelación de título habilitante a quien ponga en peligro la conservación de los recursos acuáticos y marinos en las aguas interiores del mar territorial. Si se concreta el daño en los recursos acuáticos o marinos, la pena aumentará en un tercio y, además, deberá repararse el daño ambiental ocasionado.

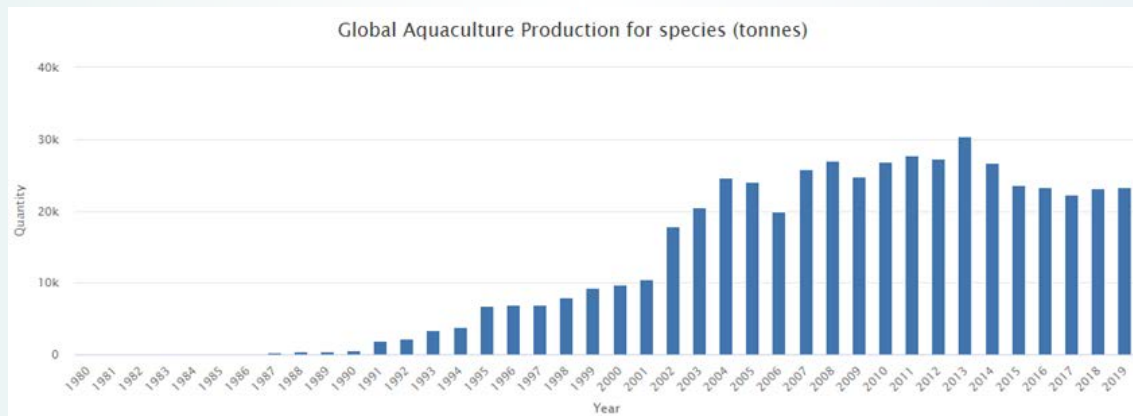
Como norma genérica, el artículo 148 de la ley que regula principalmente la actividad de la maricultura en Costa Rica señala que se impondrá una multa de 25 a 60 salarios base a quien viole las disposiciones y regulaciones técnicas al ejecutar la maricultura en aguas marinas jurisdiccionales, según lo expresado por el título habilitante en particular.

Para controlar la calidad de la maricultura y evitar el menoscabo de la conservación

biológica, se cuenta con un documento relevante para el sector. Este establece lineamientos nacionales que promueven como objetivo que la actividad del cultivo se realice con base en el desarrollo sostenible y con un enfoque ecosistémico. Dicho documento es el Plan Nacional de Desarrollo de la Pesca y de Acuicultura de Costa Rica (PNDPA), Decreto Ejecutivo N.º 37 587. Su periodo de vigencia es de diez años, por lo que caducaría en el 2023.

De conformidad con el Decreto Ejecutivo, *Promoción de iniciativa de restauración y conservación para la recuperación de los ecosistemas coralinos*, N.º 41774-MINAE, se incentiva el cultivo de corales con el fin de rehabilitar los ecosistemas mediante su restauración *in situ* y *ex situ* (artículo 12). Este tipo de cultivo va de la mano con aquellos a los que se ha hecho referencia en este trabajo, los cuales no tienen por objeto la comercialización de un producto, sino su introducción a los océanos con el fin de mitigar el daño que la especie humana les haya hecho a los ecosistemas oceánicos.

Finalmente, con base en los registros de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, a nivel global se registraron 27 toneladas de peso vivo en el cultivo de especies marinas para 1980, mientras que, para el 2019, 23 250 toneladas (2022):



Fuente: Imagen adaptada de Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2022

b. Análisis

Relación con la conservación biológica

Si bien la maricultura puede ser una técnica oportuna sustituta de la actividad extractiva oceánica, aquella puede ser tan perjudicial como esta para efectos de conservación biológica si llega a dañar los ecosistemas con algunos de los químicos sintéticos explicados anteriormente o por alguna práctica de cultivo que genere enfermedades.

La relevancia de hacer estudios científicos a la hora de implementar las diversas técnicas acuícolas es porque previamente debe corroborarse su impacto ambiental con el fin de asegurar que, efectivamente, sean una opción viable para el ambiente. Si los análisis arrojan resultados dañinos que deben corregirse, entonces, debe sustituirse la técnica nociva por una menos dañosa y, preferiblemente, beneficiosa.

Dentro de las resoluciones que proporciona la doctrina para los mismos problemas que ha expuesto, se encuentra el uso de materiales naturales como agentes desinfectantes, así como alimenticios, ya que, sin importar el tipo de maricultura que se lleve a cabo, si se maneja una técnica defectuosa, en su

ejecución se provocará contaminación hídrica de manera directa sobre los ríos y los océanos o, indirecta, a través de la contaminación de los suelos, donde los químicos sintéticos terminan por alcanzar los mantos acuíferos.

El planeta Tierra es uno solo, y lo que pase en alguno de sus ecosistemas termina por afectar a los demás. En el caso de los efectos perjudiciales, estos generarían un retroceso en la preservación de los océanos donde los daños resultan de difícil o imposible reparación.

Parte de la ética en temas ambientales conlleva a valorar a la naturaleza con sus diversos componentes por lo que son y no por los fines instrumentales que los seres humanos puedan encontrar en ellos. A la hora de cultivar especies mediante la maricultura, debe hacerse de forma tal para que se eviten sufrimiento y enfermedades a las especies que ya de por sí están cubriendo una necesidad alimentaria de los seres humanos.

Un beneficio secundario que proporciona la maricultura es el agua residual de la actividad que puede ser utilizada para el riego de árboles frutales. Ese líquido con nutrientes se podría destinar para el riego de las zonas deforestadas que amenazan con

convertirse en regiones áridas, por lo que deben someterse a procesos de reforestación en el corto y mediano plazo para evitar la expansión de más zonas desertificadas en el mundo por causas antropogénicas.

La maricultura no se limita al cultivo de especies del grupo animal, tal y como se indicó en la literatura citada. También pueden cultivarse algas que permitirán la mejora de los ecosistemas de forma directa, al igual que lo hace la maricultura de especies de fauna que luego son liberadas en los océanos con el fin de mitigar la merma que ha sufrido la población marina de especies.

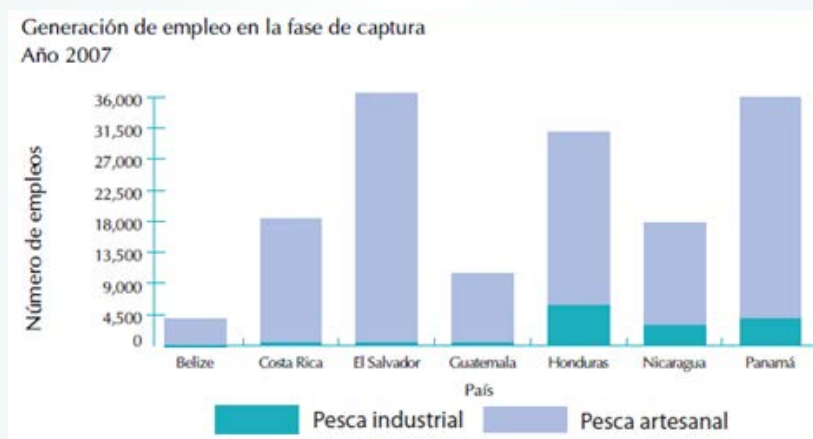
Relación con el derecho ambiental

Existe normativa jurídica que protege los ecosistemas marinos mediante la regulación de la actividad acuícola. Esta se encuentra permitida legalmente en el país, pero debe ajustarse a parámetros científicos que garanticen que la siembra de cultivo que está siendo realizada no va a generar impactos nocivos contra el ambiente, tal y como lo hacen las actividades extractivas.

Por eso se recurre al principio precautorio y a estudios de impacto ambiental con

anterioridad a la realización del cultivo con el fin de evitar daños a los océanos y, en caso de violentarse la normativa y causarles efectos nocivos a los ecosistemas marinos, se ejecutarán las sanciones indicadas en los diversos cuerpos jurídicos, ya sean de carácter administrativo y dinerario, esta última, a través de multas, así como la propia reparación del daño *in situ* o *ex situ*. Lo siguiente es velar porque la normativa se aplique de manera oportuna, con el fin de evitar problemas de efectividad del derecho ambiental, debido a la falta de ejecución de los lineamientos creados para tal efecto.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica ha emitido resoluciones con base en parámetros técnicos en materia de conservación biológica marina. En la resolución n.º 10540-2013, el Tribunal Constitucional compiló la información aportada por las diversas partes participantes de la acción de inconstitucionalidad que dio pie al análisis jurídico realizado por parte de las personas magistradas, donde se indicó que la pesca artesanal generaba más empleos que la pesca de arrastre, siendo esta relación de 16 mil *versus* 300, respectivamente:



Fuente: Imagen adaptada de indicadores macroeconómicos del sector pesquero y acuícola del istmo centroamericano. Período 2000 – 2007, 2009, p. 45.

Los océanos sirven como fuente de alimento, biodiversidad, riqueza cultural y desarrollo socioeconómico porque permiten actividades, tales como la pesca, la investigación, la recreación y el turismo, según el alto tribunal costarricense. Por ello atañen a derechos difusos vinculados con el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, consagrado en el artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica.

En la medida en que estos cuerpos naturales se depreden y se desgasten, afectarán, de igual manera, la calidad de vida de los seres humanos, debido que estos basan gran parte de su economía en los recursos marinos. Si estos se dañan, también se afectarán las acciones económicas antes expuestas, relacionadas con la generación de empleo digno y erradicación de la pobreza, a la vez que se perjudicarán las actividades académicas como la investigación, de la cual se derivan la educación, así como los avances científicos en esta materia.

Algunos de los cuerpos jurídicos internacionales que resguardan la vida marina son el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte, la Convención Interamericana para la Protección de las Tortugas Marinas, el Código de Conducta para la pesca responsable de la FAO, todos referenciados por la sentencia de marras.

Relación con el desarrollo sostenible

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) involucrados en esta actividad son, para empezar, el n.º 1 sobre fin de la pobreza. De acuerdo con la ONU, más de 700 millones de personas, es decir, cerca del 10% de la población mundial, todavía viven en una condición de pobreza extrema (2022).

La maricultura que respeta los principios ambientales no solo no daña a los ecosistemas, sino también permite la generación de trabajo digno que, a su vez, genera ingresos económicos para las personas, lo que les permite hacerse cargos de sí mismas, como habitantes responsables y autónomas.

El ODS n.º 2 sobre hambre cero. Según la ONU (2022), 690 millones de personas en el mundo padecen de hambre, lo que equivale al 8.9% de la población mundial. Debido a que, con la pandemia generada por el COVID-19, se ha agravado esta situación, las Naciones Unidas han dado una serie de recomendaciones para resolver el problema: satisfacer las necesidades alimentarias inmediatas de las poblaciones vulnerables estimulando los programas de protección social y manteniendo el comercio mundial de alimentos. De la mano con estas medidas, deben mantenerse en funcionamiento los engranajes de las cadenas nacionales de suministro, así como se debe apoyar la capacidad de los pequeños productores para aumentar la producción de alimentos, lo cual encajaría con el cultivo acuícola sostenible.

El ODS n.º 8 sobre trabajo decente y crecimiento económico. Las ONU (2022) indicó que, para el 2017, la tasa mundial de desempleo estaba en 5.6% y que, para el 2016, el porcentaje de empleo no regulado era del 61% a nivel global. Con la actividad acuícola, dichas cifras podrían reducirse al enseñar y capacitar al recurso humano para que se desempeñe bien y así mantenga su trabajo. Este sería fiscalizado por el Estado, no solo desde la óptica jurídico-ambiental, sino también desde la jurídico-laboral, de tal manera que las relaciones de trabajo respeten el ordenamiento jurídico y la calidad de vida de las personas empleadas.

El ODS n.º 11 sobre ciudades y comunidades sostenibles. Continuando con los datos proporcionados por la ONU, que es la que diseñó a los ODS, se ha indicado que las áreas metropolitanas y las ciudades generaban 60% del PIB mundial; pero también que contribuían con la cifra aproximada de 70% de emisiones de carbono mundiales, así como a más del 60% del uso de los recursos. La actividad acuícola eficiente supliría de alimentos a la población humana sosteniblemente a nivel mundial y, además, usaría sus residuos para tratamientos esenciales como la reforestación.

El ODS n.º 12 sobre producción y consumo responsables. En este caso, la ONU (2022) proporciona datos sobre la cantidad de comida desperdiciada en la basura por parte de consumidores, minoristas, técnicas de transporte y prácticas de recolección deficientes. La cifra de desperdicio ronda los 1 300 millones de toneladas anuales. Si existen consumo y producción sostenibles, se mitiga la pobreza y se hace una transición hacia economías verdes y bajas en emisiones de carbono, a lo cual puede contribuir la maricultura apegada a la técnica.

El ODS n.º 14 sobre vida submarina. La ONU (2022) indica que el mercado y la industria dependientes de los recursos marinos generan 3 billones de dólares estadounidenses anualmente en el mundo, lo que equivale al 5% del producto interno bruto global. A nivel alimentario, se indica que más de 3 mil millones de personas dependen de los océanos como fuente principal de proteínas, mientras que, a nivel institucional y ambiental, los subsidios a la pesca están agotando las especies rápidamente. Sumado a esto, la acidez de los océanos ha aumentado en un 26% desde el comienzo de la Revolución Industrial.

CONCLUSIONES

La maricultura es de suma importancia cuando se refiere a temas de generación de empleo. Pero no lo es siempre en temas de conservación biológica, por las razones expuestas a lo largo de este trabajo. Esto no significa que no existe margen de mejora para esta valiosa actividad.

Los estudios científicos han explicado los sustitutos naturales que se pueden emplear en lugar de los químicos sintéticos, y también se han expuesto las situaciones emocionales y fisiológicas que experimentan los animales cautivos en los estanques, con el objetivo de mejorar las condiciones en las que se encuentran.

Si se toma en cuenta la preservación de los océanos mediante el cultivo de flora y fauna que son liberadas a los espacios acuáticos silvestres, más la reutilización de sus aguas en zonas terrestres áridas, se puede obtener de la maricultura una lista de beneficios cada vez más amplia. La condicionante es que esta se debe desarrollar de manera sostenible de una forma efectiva, respondiendo a la promoción de la economía, del bienestar social, pero también de la conservación biológica de los mares.

Los ODS que se encuentran directamente relacionados con la actividad de la maricultura son el 1 sobre erradicación de la pobreza; el 2 sobre hambre cero; el 3 sobre salud y bienestar; y el 8 sobre trabajo decente y crecimiento económico, ya que la generación de trabajo ataca estos problemas, beneficiando los ámbitos económico y social del desarrollo sostenible.

Si tomamos en cuenta los ODS 11 sobre ciudades y comunidades sostenibles; 12

sobre producción y consumo responsables; 13 sobre acción por el clima; y 14 sobre la vida submarina, es evidente que la actividad de la maricultura debe corregir aquellas debilidades que dañan los ecosistemas y que forman parte de la ineludible responsabilidad que tienen las personas productoras para ejecutar una industria sustentable.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar-Elena, R.; González Sánchez, J.; Morchón, R.; Martínez-Merino, V. (2015). ¿Seguridad biológica o bioseguridad laboral? *Gaceta Sanitaria*. 29, (6). https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112015000600015

Álvarez, J. y Ross, E. (2010). *La pesca de arrastre en Costa Rica*. <https://www.marviva.net/es/node/192>

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1995). *Ley Orgánica del Ambiente*. Ley N.º 7554. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=27738

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1998). *Ley de Biodiversidad* N.º 7788. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=39796

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2005). *Ley de Pesca y Acuicultura* N.º 8436. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=54688

Bauer, J.; Lorda, J.; Beas-Luna, R.; Malpica-Cruz, L.; Lafarga-De la Cruz, F.; Micheli, F.; Searcy-Bernal, R.; Rogers-Bennett, L.;

Bracamontes-Peralta, M. (2021). The effects of depth and diet on red abalone growth and survival in cage mariculture at San Jeronimo Island, Baja California, Mexico. *Ciencias Marinas*. 46, (4). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-38802020000400343&lang=pt

Cuéllar-Lugo, M.; Asiain-Hoyos, A.; Juárez-Sánchez, J.; Reta-Mendiola, J.; Gallardo-López, F. (2018). Evolución normativa e institucional de la acuicultura en México. *Agricultura, sociedad y desarrollo*. 15, (4). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-54722018000400541

Decreto Ejecutivo N.º 34 433 de 2008. [Presidente de la República y MINAE]. Reglamento a la Ley de Biodiversidad. 8 de abril de 2008. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=62838

Decreto Ejecutivo N.º 36 782 de 2011. [Presidente de la República y MINAET-MAG-MOPT-TUR-SP-S-MTSS]. Reglamento a la Ley de Pesca y Acuicultura N.º 8436. 30 de septiembre de 2011. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=71196

Decreto Ejecutivo N.º 37 587 de 2013. [Presidente de la República y MAG]. Aprueba y oficializa el Plan Nacional de Desarrollo de la Pesca y de Acuicultura de Costa Rica (PNDPA). 21 de junio de 2013. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=75064&nValor3=92915&strTipM=TC

Decreto Ejecutivo, N.º 41 774 de 2019. [Presidente de la República y MINAE]. Promoción de iniciativa de restauración y conservación para la recuperación de los ecosistemas coralinos. 30 de julio de 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=89297&nValor3=117182&strTipM=TC

Fiscalía General de la República de Costa Rica. Política de Persecución de los Delitos Ambientales. Circular 01-PPP-2020. <https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/index.php/circulares-administrativas/category/178-protocolos?download=1781:01-ppp-2020>

Food and Agriculture Organizations of the United Nations. (2022). *Fisheries and Aquaculture*. <https://www.fao.org/fishery/en/facp/48/es>

Garrido-Pereira, M.; Schwarz, M.; Delbos, B.; Rodrigues, R.; Romano, L.; Sampaio, L. (2014). Probiotic effects on cobia *Rachycentron canadum* larvae reared in a recirculating aquaculture system, *Latin American Journal of Aquatic Research*. 42, (5). https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-560X2014000500020&lang=es

Gibbens, S. (2018). ¿Podrá el océano alimentar a una población creciente? *National Geographic*. <https://www.nationalgeographic.es/medio-ambiente/2018/08/podra-el-oceano-alimentar-una-poblacion-creciente>

Green, A. (2014). Ecosystem Services Provided by Waterbirds. *Biological reviews of the Cambridge Philosophical Society*. 89:105-122. <http://dx.doi.org/10.1111/brev.12045>

Herrera Valdivia, E.; López Martínez, J.; Castillo Vargasmachuca, S. (2015). Estrés en la comunidad íctica en la pesca de arrastre del

camarón en el norte del Golfo de California. *Revista de Biología Tropical*. 63, (3). https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77442015000300741

Marín Garita, K. y Miranda Vega, C. (2019). *Acuicultura en Costa Rica, análisis del “ Régimen de Concesiones Acuícolas ” en nuestro país y la implementación de los Principios de Objetivación y Desarrollo Sostenible en las políticas de desarrollo del sector acuícola nacional*. [Tesis de licenciatura inédita]. Universidad de Costa Rica. <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/handle/123456789/16131>

Merriam-Webster. (2021). Mariculture. En *Merriam-Webster.com Dictionary*. Recuperado el 18 de noviembre de 2021 de <https://www.merriam-webster.com/dictionary/mariculture#other-words>

Merriam-Webster. (2021). Ocean. En *Merriam-Webster.com Dictionary*. Recuperado el 11 de noviembre de 2021 de <https://www.merriam-webster.com/dictionary/ocean>

Mioso, R.; Toledo Marante, F.; Bravo de Laguna, I.; Bessonart, M. (2014). Química de productos naturales aplicada a la acuicultura: una revisión interdisciplinar. *Química Nova*. 37, (3). <https://www.scielo.br/j/qn/a/6PfmD-vT9FYRt95fCzHtFdyc/?lang=es>

National Geographic. (2010). *Océanos*. <https://www.nationalgeographic.es/ciencia/oceanos>

National Ocean Service. (2021). *How many oceans are there?* <https://oceanservice.noaa.gov/facts/howmanyoceans.html>

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. (2002). *El*

atlas de los océanos de las Naciones Unidas: primer instrumento que permite observar en tiempo real el estado de los océanos. <https://www.fao.org/spanish/newsroom/news/2002/5540-es.html>

Organización de las Naciones Unidas. (2022). *Objetivo 1: Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.* <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/>

Organización de las Naciones Unidas. (2022). *Objetivo 11: Lograr que las ciudades sean más inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles.* <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/cities/>

Organización de las Naciones Unidas. (2022). *Objetivo 12: Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.* <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-consumption-production/>

Organización de las Naciones Unidas. (2022). *Objetivo 14: Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos.* <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/oceans/>

Organización de las Naciones Unidas. (2022). *Objetivo 2: Poner fin al hambre.* <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/hunger/>

Organización de las Naciones Unidas. (2022). *Objetivo 8: Promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos.* <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/>

Ornelas-Luna, R.; Aguilar-Palomino, B.; Hernández-Díaz, A.; Hinojosa-Larios, J. Á. & GodínezSiordia, D. (2017). Un enfoque sustentable al cultivo de tilapia. *Acta*

Universitaria. 27(5), 19-25. 10.15174/au.2017.1231.

Oyinlola, M.; Reygondeau, G.; Wabnitz, c.; Troell, M.; Cheung, W. (2018). Global estimation of areas with suitable environmental conditions for mariculture species. *Plos One.* 13, (1). <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0191086>

PAPCA- OSPESCA, FIINPESCA- OSPESCA, AECID, XUNTA de Galicia, FAO y SUECIA-GCP. (2009). *Indicadores macroeconómicos del sector pesquero y acuícola del istmo centroamericano.* Período 2000 – 2007.

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8uV-qO1Z4tEQJ:https://www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx%3FArchivo%3Dodoc_53500_1_13102010.pdf&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cr

Poder Judicial de la República de Costa Rica. (2013). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 10540-2013. <https://vlex.co.cr/vid/-500318562>

Radulovich, R. (2008). Maricultura a mar abierto en Costa Rica. *Ambientico.* 179. <https://www.ambientico.una.ac.cr/revista-ambientico/maricultura-a-mar-abierto-en-costa-rica/>

Rodríguez, G.; Chiriboga, F.; Lojan, A. (2016). Las camareras ecuatorianas: una polémica medioambiental. *Revista Universidad y Sociedad.* 8, (3). http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202016000300020

Rosado, M.; Dionicio, J.; Aguirre-Velarde, A. (2016). Evaluación de diferentes concentraciones de tricaína (MS-222) en el transporte

de chitas (*Anisotremus scapularis*) juveniles. *Revista de Investigaciones Veterinarias del Perú*. 27, (4). <http://dx.doi.org/10.15381/ri-vep.v27i4.12576>

Scigliano, E. (2020). La demanda de pulpo aumenta: ¿es ética la acuicultura de este cefalópodo? *National Geographic*. <https://www.nationalgeographic.es/animales/2020/02/debate-acuicultura-pulpos>

The Nature Conservancy. (2021). *Sembrar los mares. Acuicultura para la restauración costera en Belice*. <https://www.nature.org/es-us/sobre-tnc/donde-trabajamos/tnc-en-latinoamerica/belice/acuicultura-para-la-restauracion-costera-en-belice/>

Thornton, S. (2013). Sea farm. *National Geographic*. <https://www.nationalgeographic.org/article/sea-farm/>

Torero, M. (2021). La acuicultura, productividad y uso sostenible del agua. *Revista Técnica Ganadera*. http://www.revistaganaderia.com/acuicultura/otras-especies/la-acuicultura--productividad-y-uso-sostenible-del-agua_13054_164_16300_0_1_in.html

Vázquez Hurtado, M.; Sánchez Brito, I.; Ortega-Rubio, A. (2011). Maricultura en la Bahía de La Paz. B.C.S. México: impacto socioeconómico de los cultivos de atún y camarón. *Revista de Estudios Sociales*. 19, (37). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-45572011000100007&lang=pt

Vicente, B. (2021). Los océanos y el futuro de la alimentación humana. *National Geographic*. https://www.nationalgeographic.com.es/mundo-ng/oceanos-y-futuro-alimentacion-humana_17002

LA PRUEBA ANTICIPADA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN DE LA PRUEBA

MSc. Diamantina Romero Cruz *

RESUMEN

Esta breve reflexión tiene como objetivo desarrollar el tema de la prueba anticipada en el proceso civil, la cual se ofrece, admite y practica antes del inicio del proceso o antes de la misma etapa probatoria. Luego se determina la eficacia de esta prueba en el proceso y otros aspectos. Se analiza la forma de solucionar la no vulneración del principio de inmediación de la prueba en este tipo de probanzas, a la luz de la normativa contemplada en el Código Procesal Civil, para arribar a la conclusión de que dicho principio no tiene un mayor valor que darle a la persona usuaria una justicia pronta y cumplida, norma programática a la que ha sido difícil darle cumplimiento.

Palabras claves: prueba anticipada, acto preparatorio, principio de inmediación, eficacia probatoria, debido proceso, justicia pronta y cumplida, Código Procesal Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil española.

ABSTRACT

The objective of this brew reflection is to review the subject of anticipated proof in the civil process, defining this proof as the one considered and admitted before the beginning of the process or before the evidentiary stage, its efficacy in the trail will be evaluated. The way of solving the non-affection of the principle of immediacy of the proof, according to the norms contemplated in the Code of Civil Procedure. With the conclusion that this principle does not have a bigger value than to bring prompt and complete justice to the user, and it's a norm that has been hard to achieve.

Key Words: anticipated evidence, preparatory act, principle of immediacy, evidentiary effectiveness, due process, prompt and compliant justice, Code of Civil Procedure, Spanish Civil Procedure Law.

Recibido: 18 de abril de 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* 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

SUMARIO

Sección primera: Generalidades de la prueba anticipada.

- 1) Concepto.
 - 2) Finalidad.
 - 3) Modalidades.
 - 4) ¿Qué pasa si no era necesario anticipar prueba? Sección segunda: El Procedimiento de la prueba anticipada.
 - 1) Juez competente.
 - 2) Requisitos de la solicitud.
 - 3) Particularidades de la admisión de este tipo de prueba.
 - 4) Particularidades de la práctica de la prueba anticipada.
 - 5) Eficacia de la prueba anticipada.
 - 6) ¿Qué pasa si varía la integración del tribunal que recibió la prueba anticipada?
- Conclusiones.

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En general, en cualquier tipo de proceso, la prueba anticipada es aquella producida en una fase o etapa anterior a la prevista. Esta prueba es excepcional y se justifica por situaciones que pueden amenazar la prueba o su calidad, por razones de urgencia y la necesidad de asegurar su resultado. Garantiza el derecho a probar que es parte del debido proceso legal y constitucional, previsto en un buen sistema de derecho, como es el nuestro.

Este tipo de prueba no es prueba preconstituida, sino que, a diferencia de esta, participa de la necesaria práctica ante el juez

o la jueza competente y, como se desarrollará posteriormente, tiene características particulares que la convierten en un instituto diverso, inclusive a la misma medida cautelar con la que se confundió en el pasado.

La importancia de la forma oral en los procedimientos es lo que actualmente tiene su influencia en la práctica de la prueba anticipada, donde debe procurarse dar vigencia al principio de inmediación, el cual impone que el mismo tribunal que recibe la prueba sea el que posteriormente dicte la sentencia.

SECCIÓN PRIMERA: GENERALIDADES DE LA PRUEBA ANTICIPADA

Ciertamente, se establecen momentos concretos para la proposición, admisión y la práctica de pruebas una vez iniciado el proceso judicial y, por regla general, las pruebas se practican en audiencia oral después de que se contesta la acción.

Sin embargo, el Código Procesal Civil establece la posibilidad de ofrecer, admitir y practicar pruebas antes de la iniciación del proceso y antes de la etapa respectiva de la práctica de pruebas, ya establecido el proceso.

Por supuesto, dadas las implicaciones de la oralidad y, con ello, el resguardo del principio de inmediación, el anticipo de prueba constituye un instituto excepcional, cuya aplicación debe serlo en forma restrictiva. El Código Procesal Civil dedica solamente el artículo 49 para regular esta figura.

1. CONCEPTO

Una prueba se denomina anticipada porque se practica antes del momento ordinario previsto legalmente, generalmente antes de que inicie el proceso o se conteste la demanda¹.

El artículo 49 del Código Procesal Civil establece en relación con la prueba anticipada que:

“Con anterioridad al establecimiento de la demanda o en el curso del procedimiento, pero antes del momento procesal oportuno, podrá solicitarse, admitirse y practicarse cualquier medio de prueba”.

En ese orden, la posibilidad de anticipar la prueba puede ser antes del inicio del proceso, bien ya pendiente el proceso, pero en todo caso antes de la audiencia respectiva de recepción de pruebas, ya sea antes de la audiencia única o en audiencia complementaria.

Ahora bien, bajo esta figura, se puede solicitar, admitir y practicar cualquier tipo de medios probatorios y cualquier medio no prohibido, según artículo 41.2 del CPC.

De acuerdo con el tipo de prueba que se puede practicar en forma anticipada, el doctor Olman Arguedas Salazar señala:

Cualquiera de los medios de prueba previstos en el Código podrán ser practicados en forma

*anticipada cuando así lo exijan las circunstancias, esto es, cuando de no hacerlo se podría derivar un perjuicio para el derecho de defensa en proceso o para el goce del derecho de fondo correspondiente. [...] Con esta advertencia, podemos concluir en que todos los medios de prueba pueden ser recibidos anticipadamente si las circunstancias lo exigen.*²

Así mismo, el doctor Carlos Adolfo Picado Vargas, jurista nacional, señala que, con la prueba anticipada, se procura preconstituir prueba, se trata de cumplir con la carga probatoria, se da validez probatoria antes del proceso, y admiten contraprueba en el proceso principal.³

Sobre este último criterio, se apunta que la prueba anticipada no es prueba preconstituida, pues esta se caracteriza porque no interviene la jueza o el juez en su creación. Lo contrario sucede con la prueba anticipada, cuya práctica debe realizarse necesariamente con la intervención de un juez o una jueza competente. Con todo, es técnicamente diferente preconstituir prueba, a practicar la prueba, esta última es función en los procesos judiciales de los tribunales unipersonales o colegiados.

2. FINALIDAD

Para el doctor López González⁴, la prueba anticipada tiene dos finalidades esenciales:

- 1 López González, Jorge Alberto. (2017). Curso de derecho procesal civil costarricense. Tomo I. Según el nuevo Código. Parte general. San José, Costa Rica: EDiNexo. 1.ª Edición, p. 325.
- 2 Arguedas, Salazar, Olman. (2002). Comentarios al Código Procesal Civil. San José, Costa Rica: Juritexto. 2.ª ed., pp. 113-117.
- 3 Picado Vargas, Carlos Adolfo. (2018). Reforma procesal civil práctica. Código Procesal Civil del 2016. San José, Costa Rica: IJSA. Edición 1.ª, p. 158.
- 4 López González, Jorge Alberto. (2017). Curso de derecho procesal civil costarricense. Tomo I. Según el nuevo código. Parte general. San José, Costa Rica: EDiNexo. 1.ª Edición, p. 325.

- a Evitar que un elemento de prueba desaparezca antes de que se interponga el proceso o se conteste la demanda o que se esfume antes de que el proceso ya en trámite llegue a la etapa probatoria.
- b Preparar un proceso posterior o una contestación de demanda.

De esta forma, puede solicitarse la prueba anticipada tanto para preparar una demanda como para quien pretende probar una defensa o excepción. Por consiguiente, ambas partes pueden solicitar el anticipo de prueba.

El doctor López González nos ilustra que el anticipo de prueba puede ser utilizado con la finalidad de obtener ventajas indebidas. Existe la posibilidad de que se intente adelantar prueba en perjuicio de la parte contraria, por cuanto en ocasiones se permite practicarla sin la intervención de la contraparte, lo que podría servir para preconstituir prueba violando el debido proceso en perjuicio de la parte no presente.⁵

Es ante tales situaciones, el tribunal debe estar atento a bastantear las razones por las cuales resulta necesario practicar la prueba en forma anticipada, no bastando la simple solicitud. Se exige ser cauto con la admisión de este tipo de prueba y procurar siempre la participación de la contraparte.

Con relación a la finalidad de este tipo de pruebas, el artículo 49 del CPC, párrafo primero, señala que:

“[...] La anticipación solo será procedente cuando exista peligro de imposibilidad de practicarla posteriormente o que aun pudiendo

practicarla pueda perder su eficacia. Cuando resulte que la anticipación de prueba no era justificada, se condenará al solicitante al pago de costas”.

La norma recalca que la finalidad de esta prueba es que exista peligro de imposibilidad de practicarla en un momento posterior, o que la prueba pueda perder su eficacia, su utilidad, su idoneidad. Esto confirma que, cuando se trata del anticipo de prueba, es porque resulta necesaria su práctica en ese momento y no en momento posterior.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil española vigente, en el artículo 293.1, se establece que la anticipación de prueba puede fundarse en el temor de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, la prueba no pueda realizarse en el momento procesal oportuno.

El artículo 297 señala que la petición tiene por objeto evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales de la prueba que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante e, incluso, que carezca de sentido proponerla.

También el artículo 298 de la LEJ /2000 señala los requisitos de esta solicitud:

- 1) Que la prueba que se pretende asegurar sea posible, pertinente y útil, al tiempo de proponer su aseguramiento. 2) Que hay razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba. 3) Que la prueba que se propone u otro distinta que estime

5 López González, Jorge Alberto, op. cit., p. 325

preferible el tribunal pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o terceros.

Como se observa, en el derecho comparado, la prueba anticipada se caracteriza por la urgente necesidad de ese adelanto de prueba que no puede posponerse.

En la resolución n.º 718-2007 de las 13: 35 horas del 7 de julio de 2007, en relación con la prueba anticipada, el Tribunal Primero Civil de San José resolvió:

III.-Por su especial naturaleza, la prueba anticipada consiste en la actuación de un medio probatorio antes del inicio del proceso; siendo esto así, es obvio que no contiene pretensión específica de la parte solicitante y tampoco se declara derecho alguno para esta a la culminación de este trámite. Su ejercicio no corresponde propiamente a una demanda para buscar tutela al recurrir a la jurisdicción. Se da inicio a una instancia, más no al proceso, porque se acude al órgano jurisdiccional sin demanda. La actuación anticipada de una determinada prueba tiene por objeto, por sí misma o como parte del caudal probatorio, preparar los fundamentos que han de sustentar la causa petendi de la futura pretensión, por lo que en dicha tutela anticipada no se resolverá en sí el conflicto de intereses, sino en aquel proceso en el que se discuta el

fondo de la litis, mediante sentencia o laudo que ponga fin al proceso.

Esta jurisprudencia fue emitida anteriormente a la vigencia del Código Procesal Civil actual. Sin embargo, la prueba anticipada define en lo medular que la actuación de un medio probatorio es un acto preparatorio del futuro proceso, y se refiere a una tutela anticipada del acervo probatorio de esa futura demanda.

3. MODALIDADES

De acuerdo con la clasificación que nos ofrece el Dr. López González, se puede distinguir entre la prueba que requiere una justificación para practicarla en forma anticipada y de la que no siempre requiere justificación, con la finalidad de evitar el abuso en que se podía incurrir.⁶

En ese orden, dentro de la regulación legal de la prueba anticipada, el artículo 49 del Código Procesal Civil da un trato diferente a la prueba anticipada de verificación de estados económicos, financieros, rendición de cuentas, declaración de parte sobre hechos personales y exhibición de documentos o bienes muebles. Al respecto indica esta norma en su párrafo segundo que:

“En todo caso, sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior, es procedente como prueba anticipada la verificación de estados económicos, financieros y rendición de cuentas, la declaración de parte sobre hechos personales y la exhibición de documentos o bienes muebles”.

6 López González, Jorge Alberto, op. cit., p. 325.

Puede concluirse válidamente que, para la admisión de este tipo de pruebas, no es necesario justificar su anticipo, tal y como sí se exige para el resto de los medios probatorios que se propongan en los cuales, como requisito de admisibilidad, debe configurarse que *exista peligro de imposibilidad de practicarla posteriormente o que, aun pudiendo practicarla, pueda perder su eficacia*.

Otra clasificación que merece apreciarse es también la ofrecida por el Dr. López González, quien las distingue entre la prueba anticipada preventiva que parte del supuesto del *periculum in mora* (peligro en la demora) y la prueba anticipada preparatoria, con la cual se pretende sentar las bases de un proceso posterior, es decir, preparar un proceso posterior.⁷

Dentro de la prueba anticipada preventiva, se ubica la prueba en que resulta necesario adelantar su práctica debido al peligro de que sea imposible practicarla posteriormente y, en el segundo grupo, puede ser precisamente aquella donde no se exige la justificación de ese requisito de admisibilidad, como lo sería una declaración de parte para constituir un título cobratorio.

4. ¿QUÉ PASA SI NO ERA NECESARIO ANTICIPAR LA PRUEBA?

Surge esta interrogante, por cuanto puede suceder que ese anticipo de prueba se dio ante la inminente futura muerte de un testigo o porque está muy enfermo o viejo y, llegada la etapa probatoria, este no fallece.

En el caso como el anterior, el antiguo Código Procesal Civil le negaba eficacia a

esta prueba, y el actual Código establece solo una condena en costas al solicitante, según lectura del artículo 49 CPC.

Ante la no ocurrencia del evento que justificó el adelanto de prueba, hay que establecer que, en aplicación del sistema de libre apreciación de la prueba y el principio de conservación de los actos procesales, esa prueba sigue siendo eficaz, pues sería una prueba que se practicó con la participación de ambas partes, aunque la anticipación resulte injustificada.

Lo anterior sucede sin perjuicio, claro está, de que si produce afectación a una de las partes, como sería que no participó con causa justificada, se pueda ordenar recibir de nuevo para ejercer el contradictorio o practicarla como nueva prueba, o negarle valor probatorio al momento de la apreciación.

SECCIÓN SEGUNDA: PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA ANTICIPADA

1. JUEZ COMPETENTE

El artículo 8.4 del CPC regula que, para las actividades cautelares y preparatorias, será competente el tribunal al que corresponde conocer del proceso principal. En caso de urgencia, podrán plantearse ante cualquier tribunal. Las actuaciones practicadas pasarán a formar parte del proceso principal.

La prueba anticipada sería una actividad preparatoria del proceso principal y lo ideal es solicitarla ante el tribunal competente del proceso principal del que formará parte.

⁷ López González, Jorge Alberto, op. cit., p. 326.

2. REQUISITOS DE LA SOLICITUD

Establece el artículo 49, párrafo 3.º del CPC, que en la solicitud deberán indicarse el nombre y las calidades de las partes, el objeto y estimación del futuro proceso, cuando este no se haya establecido, la *justificación*, la prueba que se pide y el señalamiento para atender notificaciones.

En el escenario que en el proceso ya está establecido, solo se deberá indicar de la prueba ya ofrecida cuál es la que se pide que se adelante su práctica y las razones por las que se pide la anticipación.

Al respecto, el Dr. López González señala que, para hacer este pedimento, es conveniente algún principio de prueba que acredite la necesidad de anticipar la prueba estando el proceso en **trámite**.⁸ Cabe agregar a esta idea que también, antes del inicio del proceso, se debe presentar prueba de la necesidad y urgencia de la práctica de prueba que se solicita.

3. PARTICULARIDADES DE LA ADMISIÓN DE ESTE TIPO DE PRUEBA

Como se desprende de los requisitos de la solicitud, realmente la admisión de esta prueba es muy general, si se admite y practica antes del proceso, pues no se pueden hacer *prima facie* los juicios de admisibilidad de prueba que predispone el artículo 41.3 del CPC, salvo la aplicación de los criterios de legalidad o licitud a la prueba propuesta y la constatación de que el medio probatorio propuesto sea el idóneo o útil para los hechos que se pretenden comprobar, por ejemplo: la prueba pericial para constatar las condiciones de un bien inmueble y valorar los daños

actuales, en lugar de un reconocimiento judicial o de una prueba testimonial. En ese supuesto, el único dato para determinar la admisibilidad va a ser el objeto del futuro proceso, y la justificación de la necesidad o urgencia de la práctica de la prueba que se ofrece. Lo anterior, tanto en relación con que se invoque la futura presentación de una demanda o la contestación de una demanda.

En lo relativo a la declaración de parte, no es necesario que se justifique en forma alguna su anticipación, como sí ocurre con el reconocimiento, el testimonio y la pericia. En cuanto a la declaración de parte, precisamente por tratarse de prueba anticipada, es obligado para la persona solicitante que se indique en términos generales el objeto o hechos concretos sobre los cuales versará la prueba.

El llamado a declarar tiene derecho a saber sobre qué se le va a hacer el interrogatorio, en caso de que no exista la demanda. Por supuesto, si la prueba de declaración de parte se ofrece en la demanda, ya se han indicado los hechos sobre los que versará la prueba.

Al contrario de lo que sucede con la declaración de parte, cuando el reconocimiento judicial, el testimonio y la pericia son anticipados, sí necesitan de justificación para que el tribunal pueda ordenar su práctica. En el caso del reconocimiento y la pericia, podrán recibirse anticipadamente cuando en el bien, el lugar o la persona, queden huellas que puedan desaparecer y cuya descripción sea importante al momento de la valoración de la prueba; de modo que, si esa observación del estado del bien, lugar o persona se dejara para una fecha posterior, ya ese estado habrá cambiado por acción de la naturaleza o por el hecho del hombre. En consecuencia, la anticipación de

8 López González, Jorge Alberto. OP. Cit. Pág. 327

esta prueba sirve para conservar documentado el estado en que se encuentre el objeto litigioso, cualquier cambio causaría perjuicio a la persona solicitante.

En cuanto a la testimonial, debe tratarse de testigos que se van a ausentar indefinidamente del país, que sean ancianos y existe el peligro de que fallezcan o, incluso, de un testigo que padezca una enfermedad grave que pueda conducirlo a la muerte, con lo cual, lógicamente, se frustraría su declaración.⁹

Con la legislación anterior, cuando se recibían anticipadamente esos tres tipos de medios de prueba, valdrían como tales, si en realidad ocurrió el hecho que se alegó para anticiparlas. *A contrario sensu*, si no ocurrió ese hecho, entonces la prueba perdía su valor.

En la vía procesal, para lograr que ese medio probatorio anticipado dejara de tener valor era por medio del incidente de nulidad, al producir indefensión el adelanto de prueba, sobre todo cuando era sin citación de la parte contraria, aunque sea una forma permitida por el párrafo segundo del artículo 251 anterior. La única circunstancia que no era posible alegar que no ha ocurrido es la ancianidad de los testigos, siendo obvio el motivo.

Por otro lado, en el orden actual, dada la premura de la práctica de esta prueba, debe darse campo o prioridad en la agenda del tribunal, pues a nada conduciría su práctica si la prueba se realiza en un momento posterior al requerido.

Al respecto, al final del párrafo cuarto del artículo 49 del CPC, se regula que el tribunal dispondrá lo necesario para el efectivo

cumplimiento de lo que ordene, en cualquier día y hora, aun con auxilio de la Fuerza Pública.

4. PARTICULARIDADES DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA

En principio, en aplicación del debido proceso, derecho de defensa y contradictorio que deben imperar en toda práctica de pruebas, y el de igualdad entre las partes, ambas partes deben participar o intervenir en la práctica de cualquiera de los medios probatorios propuestos y aun en el supuesto de prueba anticipada.

Ahora bien, si la contraparte es citada y no comparece, debe asumir las consecuencias de su inercia, por cuanto no tendría oportunidad para hacer valer sus derechos con la práctica de esa prueba.¹⁰

En su párrafo cuarto del CPC, el artículo 49 regula que, cuando la comunicación a la parte contraria pudiera frustrar la finalidad o eficacia de la actividad y en casos de urgencia, esta se practicará sin notificación previa. Si la parte contraria concurre a pesar de no haber sido citada, podrá intervenir en la práctica de la prueba.

En caso contrario, el resultado deberá notificársele dentro del plazo de cinco días posteriores a su celebración. En los demás casos, se garantizará la participación de la parte contraria.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil española, si el tribunal considera fundada la petición,

9 08/04/2022. CIJUL en Línea. La prueba anticipada en el proceso civil. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php>

10 López González, Jorge Alberto, op. cit., p. 327.

accederá a esta, dispondrá lo necesario para su práctica y citará a las personas que puedan ser demandadas con cinco días de antelación, para que puedan tener en la práctica de la actuación probatoria la intervención que la ley autoriza según el medio probatorio de que se trate (art. 295.1).

En su artículo 295.3, la LEC/2000 sí establece que no se otorga valor probatorio a la prueba anticipada, si no se plantea la demanda en el plazo de dos meses desde que se practicó. En nuestro medio, no existe disposición normativa semejante. No obstante, aplicando por analogía el plazo que establece para interponer la demanda después de una medida precautoria, habría que dar la misma sanción, perdiendo el anticipo de prueba toda eficacia y deberá ofrecerse dicha prueba y se admitirá y practicará en la etapa ordinaria que corresponde.

Por último, de la LEC/2000 en su artículo 295.4, se destaca que la prueba practicada en forma anticipada puede realizarse de nuevo, si al momento de la proposición de la prueba es posible llevarla a cabo y alguna de las partes la solicita.

5. EFICACIA DE LA PRUEBA ANTICIPADA

El artículo 252 del anterior Código Procesal Civil, acerca del valor probatorio, del anticipo de prueba, establecía que:

“La prueba anticipada prevista en el artículo 250 valdrá como prueba y será admisible en juicio, si en realidad hubiere llegado a ocurrir el hecho alegado para anticiparlas, salvo el caso de ancianidad de testigos”.

Se desprende del último párrafo del artículo 49 del actual CPC que la prueba anticipada practicada se incorporará al proceso, cuando este se haya establecido. Esto implica que la prueba anticipada al incorporarse al proceso para formar parte de este, dicha prueba, por supuesto, debe apreciarse en el momento del dictado de sentencia. Si el proceso ya se había iniciado, entonces la prueba formará parte de este.

6. ¿QUÉ PASA SI VARÍA LA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL QUE RECIBIÓ LA PRUEBA ANTICIPADA?

Ante lo expuesto, resulta de interés preguntarse, ¿qué pasa si un tribunal varía en su conformación de cuándo se recibió la prueba anticipada y cuándo se llega a la etapa de pruebas con esa nueva integración? Esto puede ocurrir perfectamente, debido al movimiento de personal que es costumbre en el Poder Judicial.

En este punto, hay que establecer que el anticipo de prueba es y puede ser una excepción del principio de inmediación, sin perjuicio de procurar en lo posible que el mismo tribunal que recibe la prueba en forma anticipada sea el mismo que esté en la etapa ordinaria de recepción del resto de la prueba y el que emita el fallo correspondiente.

Como se había adelantado, al existir de por medio valores fundamentales de igual jerarquía, como lo es la justicia pronta y cumplida, según el artículo 41 de la Constitución Política y el debido proceso contemplado en el artículo 39 del mismo cuerpo normativo, debe imponerse la preservación de la integralidad del proceso y su solución en favor de la persona usuaria de la Justicia.

Adicionalmente, hay que considerar que ya el debido proceso que estableció el legislador para la práctica de la prueba anticipada no la condiciona a observar el principio de inmediación, lo que se desprende del mismo pedido de este tipo de actividad preparatoria, pues conforme se señaló líneas atrás, la persona usuaria de la Justicia puede interponer la tutela probatoria en caso de urgencia, *ante cualquier tribunal*, según artículo 8.4 del CPC, y *las actuaciones practicadas pasarán a formar parte del proceso principal*. Lo anterior hace suponer que el principio de inmediación cede ante el derecho fundamental de aportación de prueba, cumplir con cargas probatorias que también conforman el debido proceso.

Acerca de la afectación del principio de inmediación en la recepción de la prueba en estos supuestos similares, resulta importante mencionar lo resuelto por la Sala Constitucional en cuanto al principio de identidad física del juzgador e inmediación en materias distintas a la penal, y su rigurosidad se debe observar tratándose de la audiencia ordinaria de pruebas. Esto resulta lógico, pues el legislador la ha establecido bajo pena de nulidad para la etapa probatoria ordinaria en los procesos.

En su voto n.º 2464-2007, una resolución anterior, la Sala Constitucional reitera:

“II.- Esta Sala en resolución de la Sala Constitucional 6681-96 de las quince horas del diez de diciembre de mil novecientos noventa y seis, dispuso lo siguiente:

“En el caso en estudio, están en juego dos intereses de igual rango: el debido proceso y el de justicia pronta y cumplida. El primero

porque el principio de inmediación, según el cual la prueba debe ser recibida de una manera directa, inmediata y simultánea, es derivado de este derecho, y en el segundo, porque es evidente la relación que tiene el problema planteado con una respuesta celera de la administración de justicia. Estima este Tribunal que no es necesario sacrificar un principio por otro, siendo perfectamente posible -ante una situación como la presente-, lograr una respuesta que satisfaga ambos intereses por igual. La solución que sugiere la Sala consultante cumple con ese balance, en la medida en que permite la intervención en la decisión de algunos jueces que no estuvieron presentes en la audiencia oral, sin afectar derechos constitucionales y evitar a la vez dilaciones innecesarias en la solución de los procesos sometidos a su conocimiento. Por supuesto que cualquier solución que se dé al caso, excluye los debates de la materia penal, y todas aquellas audiencias orales en las que se evacuen pruebas o se amplíe verbalmente alguno de los argumentos o fundamentos, esto porque sino se violaría el principio de inmediación, derivado del debido proceso que exige un acercamiento entre el juzgador y los asuntos sometidos a su conocimiento durante el debate. [...] Más bien en este tipo de situaciones, es de interés de la celeridad y justicia, que no se den dilaciones innecesarias que perjudiquen tanto los intereses de las

partes, como los de la administración de justicia. Hay que tomar en cuenta que cuando un caso se atrasa innecesariamente, con ello no sólo se afectan los intereses directos de la parte, sino de las otras personas que están esperando turno para obtener justicia ante un determinado Tribunal, así como los de los ciudadanos que aportan con sus impuestos el dinero que financia la administración de justicia, en el entendido de que ésta será, como lo dice la Constitución, “pronta y cumplida”. Ante esto, el Poder Judicial está jurídica y moralmente obligado, a procurar soluciones que, sin afectar derechos constitucionales, velen por la mayor eficiencia del sistema. La solución que se da en esta sentencia busca ese equilibrio y se refiere sólo a las situaciones particulares en ella tratadas, sin que se pueda -como se indicó supra- extenderse a debates en materia penal o todas aquellas audiencias orales en las que se evacúen pruebas o se amplíe verbalmente alguno de los argumentos o fundamentos que la motivan”.

De esta resolución, además de lo apuntado supra, se desprenden varias premisas:

1. Entran en juego intereses de igual rango: debido proceso (inmediación) y justicia pronta y cumplida.
2. Es necesario que todos los sujetos procesales reciban la prueba de manera directa, inmediata y simultánea.
3. Celeridad en la Administración de Justicia.

4. Balance: intervención en la decisión de algunas personas juzgadoras que no estuvieron presentes en la audiencia oral (vista), sin afectar derechos constitucionales vs. evitar a la vez dilaciones innecesarias en la solución de los procesos.
5. La posibilidad de que integren a otras personas juzgadoras. No aplica a la materia penal.
6. Excluye audiencias orales en las que se evacúen pruebas.
7. En ningún caso en que se reciba prueba o se aporte un elemento nuevo, se permitirá que juezas y jueces distintos a los que estuvieron en la audiencia resuelvan el asunto, y esto solo podrá hacerse cuando existan razones justificadas.

CONCLUSIONES

1. La prueba como derecho es de especial trascendencia a nivel constitucional y legal, teniendo su derivación de los derechos consagrados de tutela judicial efectiva, derecho de acción, derecho de defensa, debido proceso, derecho cuyo contenido esencial debe ser respetado en cualquier clase de proceso.
2. La prueba es un derecho que les asiste a todos los y las intervinientes, ya sea como personas actoras o demandadas, como partes en un proceso o futuro proceso.
3. En el proceso influenciado por la oralidad, el principio de inmediación representa que el mismo tribunal o

persona juzgadora que participe en la práctica de la prueba sea quien realice la apreciación y valoración en la sentencia o resolución final.

4. Representa una particularidad en el proceso y antes del proceso, la proposición, admisión y práctica de prueba anticipada o anticipo de prueba, la cual se funda indudablemente en el debido proceso, derecho de defensa y derecho a aportación de pruebas que tienen las partes y deben garantizarse incluso antes de cualquier contienda judicial.
5. Se debe hacer especial mención en cuanto a la salvaguarda y respeto al principio de inmediación de la prueba, el cual se debe procurar en este tipo de instituto, tratando de que sea el mismo tribunal el que practique tanto la prueba anticipada como la ordinaria en la etapa correspondiente, y así garantizar la identidad física de las personas juzgadoras desde antes, durante y final del proceso.
6. La prueba anticipada no se invalida ni pierde eficacia probatoria por el hecho de que, en situaciones sobre todo de movimiento de personal del Poder Judicial, no pueda ser el mismo tribunal quien reciba el anticipo de prueba y el que dicta la sentencia, pues se trata finalmente de una excepción al principio de inmediación, prevista y autorizada por el legislador.
7. En todo caso, en relación con la práctica del anticipo de prueba, importa dar la oportunidad del contradictorio, en aras de que las partes involucradas tengan plena participación, inmediata, directa

y simultánea, aunque, como se ha indicado, exista la posibilidad de que varíe la persona juzgadora al momento de apreciación y valoración de la prueba.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Arguedas, Salazar, Olman. (2002). *Comentarios al Código Procesal Civil*. 2.^a ed. San José: Juritexto, pp. 113-117.
- 2.- López González, Jorge Alberto. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense. Según el nuevo código. Parte general*. Tomo I. San José, Costa Rica: EDiNexo. 1.^a Edición, p. 524.
- 3.- Picado Vargas, Carlos Adolfo. (2018). *Reforma procesal civil práctica. Código Procesal Civil del 2016*. San José, Costa Rica: IJSA. Edición I, p. 685.

Leyes

Código Procesal Civil, aprobado por la Ley N.º 9342 vigente a partir del 8 de octubre de 2018.

Código Procesal Civil de Costa Rica de 1990.

Ley de Enjuiciamiento Civil española /2000.

Sitios WEP Consultados

08/04/2022. CIJUL en línea. *La prueba anticipada en el proceso civil*. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php>

PROCEDIMIENTO EXPEDITO PARA LOS DELITOS EN FLAGRANCIA: UNA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE JUSTICIA PRONTA Y CUMPLIDA

MSc. Carlos Morales Chinchilla *

RESUMEN

El presente trabajo hace un análisis del Código Procesal Penal que entró en vigencia en Costa Rica el primero de enero de 1998, respecto de su propósito para alcanzar una justicia pronta y cumplida. Se establecen algunas causas de atraso de los procesos penales, así como las consecuencias respecto de los sujetos procesales y la ciudadanía. Además se analiza el procedimiento expedito de flagrancias, sus ventajas y los defectos en cuanto a su aplicación. Finalmente se establecen una serie de propuestas de mejora.

Palabras clave: Justicia pronta y cumplida, dilaciones indebidas, detención en flagrancia, procedimiento de flagrancia, expedito, proceso penal

ABSTRACT

This paper makes an analysis of the Criminal Procedure Code that came into effect in Costa Rica on January 1, 1998, regarding its purpose to achieve prompt and enforced justice. Some causes of delay in criminal proceedings are established, as well as the consequences regarding the procedural subjects and the citizenry. In addition, the expedited flagrancy procedure, its advantages and defects in its application are analyzed. Finally, a series of proposals for improvement are established.

Keywords: Prompt and served justice, undue delays, arrest in flagrancy, flagrante delicto procedure, expedited, criminal process

Recibido: 5 de setiembre de 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* Carlos Morales Chinchilla es Master en Administracion de Justicia Penal, Enfoque Sociojuridico, Universidad Nacional de Costa Rica. Labora como Juez de Juicio Penal en el Poder Judicial de Costa Rica. Correo electrónico: carlmorach@yahoo.com

Planteamiento

Mediante la Ley 7594 del 10 de abril de 1996, se promulgó un nuevo Código Procesal Penal, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 1998. Se pretendía abrir espacio a un modelo procesal que superara los rasgos inquisitivos del proceso penal instaurado en los años setenta, para dar paso entonces a uno marcado por características propias del sistema acusatorio. El Ministerio Público tomó un rol más preponderante, y se disminuyeron competencias a la labor jurisdiccional, tal y como los entonces jueces de instrucción las tenían principalmente.

Además de la migración a una estructura procesal acusatoria, la nueva normativa procesal penal desarrolló y previó de manera más clara aspectos relacionados con los elementos integrantes del debido proceso. Ahora bien, la pretensión de disminuir el tiempo de duración de los procesos constituyó uno de los contenidos relevantes de la reforma, lo anterior en virtud de que el proceso penal para entonces vigente se tornó sumamente lento, y dejó como resultado que los despachos judiciales fueran incapaces de resolver los casos de manera ágil.

Ya para ese entonces, presenciábamos una expansión desmedida del derecho penal, mediante la creación de un número importante de tipos penales, lo cual necesariamente derivó en una saturación de casos que “hacían fila” tanto en el Ministerio Público, como en los diversos despachos jurisdiccionales.

Dicha realidad necesariamente tuvo una implicación significativa en la garantía constitucional prevista en el artículo 41 de nuestra Carta Magna, el cual disponía “[...] *Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar*

reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes[...]”, así como en normativa convencional, por ejemplo, el punto número 1 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala:

[...] Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter [...].

Un sistema de justicia con dilaciones indebidas acarrea una multiplicidad de consecuencias para los diversos actores relacionados con un proceso penal. Por un lado, encontramos a la persona sometida al proceso en calidad de imputada, a quien no se le resuelve su situación jurídica de manera definitiva en un plazo razonable (término que es por sí mismo impreciso, y su definición podría estar determinada por criterios subjetivos). Por ende, resulta siendo víctima de lo que se ha dado en llamar “pena de banquillo”, constituida en gran medida por la espera y la incertidumbre de las resultas del proceso. Esta situación se ve agravada en aquellos casos en los cuales la persona imputada cumple prisión preventiva. Este peso del transcurso del tiempo se traslada además a su entorno cercano, principalmente su familia.

Por su parte, en no pocas ocasiones, la persona ofendida por el delito termina siendo además víctima del sistema judicial y, más precisamente, del proceso penal, pues lejos de encontrar justicia pronta y cumplida, termina enfrentando un peregrinaje casi sin fin. Es así como a través del proceso, la persona víctima es citada en múltiples oportunidades por los diversos despachos que tramitan su caso. No es de extrañar que, a nivel del Ministerio Público, dada la rotación de personal, la persona ofendida sea citada en varias oportunidades para aclarar aspectos relacionados con su caso, por ejemplo.

A nivel jurisdiccional, ya sea en audiencia preliminar o etapa de juicio, las suspensiones de audiencias acarrearán también un desgaste significativo para la víctima. Como consecuencia de lo anterior, no es de extrañar que, cuando los asuntos finalmente llegan a juicio, nos encontremos con una víctima que ya no tiene interés en el proceso, lo abandona y procura no asistir a juicio, lo que finalmente desencadena en una respuesta de impunidad en un número importante de casos.

Por último, es importante señalar que la lentitud en los procesos judiciales provoca un desencanto y falta de credibilidad en el sistema de Administración de Justicia. Esta situación merece especial atención, pues es bien sabido que, históricamente, aun cuando se presenten falencias en los Poderes Ejecutivo y Legislativo, las personas, por lo general, albergan la esperanza de que el sistema judicial continúe su marcha de manera correcta e, incluso, que se constituya en el medio para corregir posibles defectos de otros poderes. La falta de respuestas oportunas por parte de las autoridades muchas

veces podrían motivar a la ciudadanía a buscar solución a sus conflictos por medio de mecanismos ajenos a la ley, lo cual pone en riesgo al Estado mismo.

Más allá de la materia penal y de la presencia de dilaciones indebidas en los procesos, pueden señalarse múltiples factores que contribuyen en el desencanto de la población en la labor de los jueces, las juezas y del Poder Judicial en general, pero no debe dejarse pasar por alto lo señalado por el Estudio de Opinión¹, en relación con las actitudes políticas de la población correspondientes al mes de agosto de 2022, ante la pregunta: “[...] *El gobierno debe[...]*”; un 63% de los consultados respondió: “[...] *Hacer caso a las decisiones de los jueces[...]*”. Por su parte, un 37% indicó: “[...] *No debe hacer caso a las decisiones de los jueces [...]*”.

Si bien es cierto, el estudio reconoce que el Gobierno de la República que asumió tres meses atrás goza de gran popularidad, no deja de ser preocupante el alto porcentaje de la población que se inclina por considerar que las decisiones del Poder Judicial no deben ser acatadas, situación que vulnera las bases del Estado de derecho. Es por ello que deben buscarse soluciones para contener todos aquellos factores que influyan en la falta de credibilidad de la población en el sistema de Administración de Justicia; entre ellas, las dilaciones indebidas en el proceso penal.

Proceso penal de 1998 y realidad

El 1 de enero de 1998, entró en vigencia el nuevo Código Procesal Penal (Ley 7594), lo cual creó grandes expectativas de mejora dentro del foro nacional, entre otros aspectos por la aspiración de contar con un

1 (Agosto de 2022). Centro de Investigación y Estudios Políticos. Universidad de Costa Rica. <https://ciep.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/2022/08/INFORME-DE-RESULTADOS-DE-LA-ENCUESTA-CIEP-UCR-AGOSTO-2022.html>

proceso penal más célere. Es así como se contemplaron diversas normas encaminadas a establecer plazos para, de esta forma, procurar evitar la prolongación indebida de los procesos penales.

A nivel de lo que se llamó procedimiento preparatorio, se dispuso un “plazo razonable” para que el Ministerio Público concluyera la investigación, con la posibilidad para el imputado de solicitar la intervención jurisdiccional en aras de que se fije un plazo². El término de plazo razonable no deja de ser impreciso, por lo cual deberán valorarse diversos aspectos, como el número de víctimas, personas imputadas, testigos, complejidad de la investigación,

entre otros. La sanción procesal dispuesta para el incumplimiento del plazo fijado por la autoridad jurisdiccional es la extinción de la acción penal³. Por su parte, en lo que respecta a la conclusión del procedimiento intermedio, se estableció plazo para aquellos casos en los que el juez o la jueza penal está disconforme de la petición de desestimación o sobreseimiento formulada por el Ministerio Público⁴. Asimismo, se establecieron términos para los actos conclusivos de la fiscalía, previo al traslado del caso al juez o a la jueza de la etapa intermedia⁵.

Ya propiamente en la etapa intermedia, en caso del dictado de un sobreseimiento provisional, se establece un plazo de un año

2 ARTICULO 171.- Duración del procedimiento preparatorio. El Ministerio Público deberá concluir la investigación preparatoria en un plazo razonable. Cuando el imputado estime que el plazo se ha prolongado indebidamente, le solicitará al tribunal del procedimiento preparatorio que le fije término para que finalice la investigación. El tribunal le solicitará un informe al fiscal y, si estima que ha habido una prolongación indebida según la complejidad y dificultad de la investigación, le fijará un plazo para que concluya, el cual no podrá exceder de seis meses.

3 ARTICULO 172.- Extinción de la acción penal por incumplimiento del plazo. Cuando el Ministerio Público no haya concluido la investigación preparatoria en la fecha fijada por el tribunal, este último pondrá el hecho en conocimiento del Fiscal General, para que formule la respectiva requisitoria en el plazo de diez días. Transcurrido este plazo sin que se presente esa requisitoria, el tribunal declarará extinguida la acción penal, salvo que el procedimiento pueda continuar por haberse formulado querella, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los representantes del Ministerio Público.

4 ARTICULO 302.- Disconformidad. Cuando el tribunal considere procedente la apertura a juicio y el Ministerio Público haya solicitado la desestimación o el sobreseimiento, sin que la víctima haya querellado, aquel le remitirá nuevamente las actuaciones al fiscal, por auto fundado, para que modifique su petición en el plazo máximo de cinco días. Si el fiscal ratifica su solicitud y el tribunal mantiene su posición, se enviarán las actuaciones al Fiscal General o al fiscal superior que él haya designado, para que peticione nuevamente o ratifique lo planteado por el fiscal inferior. Cuando el Ministerio Público reitere su solicitud, el juez deberá resolver conforme a lo peticionado, sin perjuicio de la impugnación de la decisión por la víctima.

5 ARTICULO 306.- Traslado de la acusación El Ministerio Público deberá poner la acusación en conocimiento de la víctima de domicilio conocido que haya pedido ser informada de los resultados del procedimiento, para que manifieste si pretende constituirse en querellante, caso en el cual deberá indicarlo por escrito dentro de los tres días siguientes. La querella deberá presentarse ante el Ministerio Público dentro de los diez días siguientes al vencimiento del plazo anterior.

ARTICULO 307.- Ampliación de la querella. Cuando la víctima haya formulado querella, el Ministerio Público también deberá ponerle en conocimiento la acusación, para que con vista de esta y en el plazo de los diez días siguientes amplíe o aclare la relación de hechos contenida en la querella y la fundamentación jurídica, y ofrezca nueva prueba. El silencio del querellante no constituirá desestimación.

ARTICULO 308.- Pretensiones del actor civil. Cuando se haya ejercido la acción civil resarcitoria, el Ministerio Público también deberá poner la acusación en conocimiento del actor civil, para que dentro del plazo de cinco días concrete sus pretensiones, indique la clase y forma de reparación que demanda y liquide el monto de los daños y perjuicios que estime haber sufrido hasta ese momento, sin perjuicio de ampliar las partidas por las consecuencias futuras. En esta misma oportunidad, deberá ofrecer la prueba para el juicio oral conforme a las exigencias señaladas para la acusación.

para la reapertura del caso⁶. Cuando se haya formulado acusación por parte de la fiscalía o querella, se disponen plazos específicos para examinar las actuaciones, además para que el despacho jurisdiccional fije la fecha para la realización de la audiencia preliminar⁷. En no pocas ocasiones, este plazo termina siendo solamente una aspiración del legislador, pues el alto número de casos que son trasladados del Ministerio Público a los juzgados penales tornan imposible cumplir con el plazo máximo establecido para la realización de dicha audiencia, pues normalmente las agendas se encuentran sumamente saturadas, aunado al hecho de que, por el principio de continuidad de la defensa, es necesario conciliar, mediante lo que se ha dado en llamar “Agenda Cronos”, la disponibilidad de la persona profesional de la Defensa Pública o, en su caso, buscar espacio en el que el abogado o la abogada particular no tenga diligencias previamente señaladas. A nivel práctico, este paso que se conoce como etapa intermedia, en varios despachos, se ha constituido en un obstáculo para que los procesos avancen con la celeridad que se pretendía desde la previsión positiva.

La situación quizás más alarmante se presenta cuando el juez o la jueza de la etapa intermedia resuelve elevar la causa a juicio. La normativa procesal penal dispone un

plazo para que se convoque la realización del juicio oral y público⁸.

El plazo de 48 horas para proceder con el señalamiento de la fecha del debate difícilmente se cumple y, más lejos de la realidad, se encuentra la posibilidad de que el juicio oral y público inicie antes del mes, lo anterior por motivo de la saturación de las agendas, ya que los tribunales penales de juicio mantienen un circulante bastante elevado de causas pendientes para realizar debate. Tal situación podría palearse si todos los casos que se originan en una detención en flagrancia se canalizan correctamente, y si la fiscalía los presenta ante los tribunales de flagrancia, tal y como lo analizaremos más adelante.

Un comportamiento de este tipo no constituye de ninguna manera la pomada canaria para solventar la mora judicial. Sin embargo, daría oxígeno a los juzgados penales y tribunales ordinarios para poder disminuir los tiempos de respuesta respecto a los casos que no les corresponde el trámite expedito de flagrancia.

Expuestos algunos aspectos elementales del proceso penal introducido en 1998 en relación con el establecimiento de plazos para la duración del proceso, es importante anotar que no se previeron condiciones

6 ARTICULO 314.- Sobreseimiento provisional. Si no corresponde el sobreseimiento definitivo y los elementos de prueba resultan insuficientes para realizar el juicio, se ordenará el sobreseimiento provisional, por auto fundado que mencione concretamente los elementos de prueba específicos que se espera incorporar. Se harán cesar las medidas cautelares impuestas al imputado. Si nuevos elementos de prueba permiten la continuación del procedimiento, el tribunal, a pedido de cualquiera de las partes, admitirá la prosecución de la investigación. Si dentro del año de dictado el sobreseimiento provisional no se solicita la reapertura, se declarará, de oficio, la extinción de la acción penal.

7 ARTICULO 316.- Audiencia preliminar Cuando se formule la acusación o la querella, aún cuando existan también otras solicitudes o requerimientos, el tribunal del procedimiento intermedio notificará a las partes y pondrá a su disposición las actuaciones y las evidencias reunidas durante la investigación, para que puedan examinarlas en el plazo común de cinco días. En la misma resolución, convocará a las partes a una audiencia oral y privada, que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de diez días, ni mayor de veinte.

8 Artículo 324.-Preparación del juicio.- Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al recibo de las diligencias, se fijarán el día y la hora del juicio, el que no se realizará antes de cinco días ni después de un mes.

especiales para los casos que se originaban en una detención en flagrancia o aquellos casos de sencilla tramitación, lo cual hubiera permitido dar un tratamiento expedito a un número importante de asuntos. Una situación distinta se presentaba con el Código de Procedimientos Penales de 1973 con respecto a la denominada Citación Directa⁹, en el cual se les daba un tratamiento diferenciado y más célere a ciertos supuestos.

Por el contrario, lo que sí previó la legislación procesal de 1998 fue un tratamiento especial para los asuntos de compleja tramitación, ampliando algunos plazos establecidos para los casos ordinarios¹⁰. De esta manera, a nivel práctico, nos encontrábamos ante un grupo de casos con previsiones específicas, propiamente para justificar una justicia que se prolongaba aún más en el tiempo, y a los restantes procesos se les daba un tratamiento indiscriminado, independientemente de la forma de la detención, de la complejidad de la investigación, del número de víctimas o personas imputadas, etcétera.

A lo anterior, debe agregarse que, para los primeros años de vigencia de la actual normativa procesal penal, las personas funcionarias debían dar trámite a todos aquellos asuntos pendientes en el Ministerio Público y los despachos jurisdiccionales,

lo cual implicó que la puesta en marcha del Código Procesal Penal se topara con oficinas que presentaban una carga de trabajo importante.

Como resultado de lo anterior, no se lograron mayores avances respecto a la celeridad de los procesos penales, creciendo, en muchos casos, el circulante de los despachos que tramitaban la materia penal. Como una primera respuesta a esa falta de previsión normativa en cuanto al tratamiento de casos de sencilla tramitación, aproximadamente en 1999, se comenzó a poner en práctica en algunas fiscalías del país las Unidades de “Trámite Rápido”, encaminadas a dar respuesta célere a aquellos casos de investigación no compleja y que ameritaban una requisitoria fiscal en un plazo muy breve. Ante los buenos resultados que se obtuvieron, se puso en marcha en el Primer Circuito Judicial de San José la Unidad de Trámite Rápido, en abril de 2001, y permitió en su oportunidad descongestionar las fiscalías especializadas de dicho Circuito Judicial y, además, dar una respuesta expedita a aquellos asuntos de trámite sencillo o investigación no compleja.

El modelo se fue extendiendo a nivel nacional y significó un gran paso en aras de dar solución pronta a los procesos penales. No obstante, si bien el Ministerio Público

9 ARTICULO 401.- Se procederá por citación directa en las causas por delitos de acción pública: 1) Cuando estuvieren reprimidos con prisión no mayor de tres años o pena no privativa de libertad; y 2) Si fueren cometidos durante una audiencia judicial y en los casos del artículo 388.

ARTICULO 402.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, no corresponderá citación directa: 1) Si se tratare de un asunto complejo o la duración de las diligencias que deban practicarse fueren evidentemente incompatibles con el procedimiento sumario; 2) Cuando procediere la internación provisional del imputado (artículo 296); y 3) Si existieren obstáculos fundados en privilegios constitucionales (artículos 171 y s.s.) o se tratare de delitos imputados a funcionarios que administren justicia.

10 ARTICULO 376.- Procedencia. Cuando la tramitación sea compleja a causa de la multiplicidad de los hechos, del elevado número de imputados o de víctimas o cuando se trate de causas relacionadas con la investigación de cualquier forma de delincuencia organizada, el tribunal, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, podrá autorizar, por resolución fundada, la aplicación de las normas especiales previstas en este Título. En la etapa de juicio, la decisión sólo podrá adoptarse en el momento en que se convoca a debate. Cuando la aplicación del procedimiento complejo sea dispuesta durante las fases preparatoria o intermedia, no regirá la reducción del término de prescripción a la mitad, prevista en el artículo 33 de este Código.

lograba dar una respuesta rápida a los casos referidos, se presentaba una situación distinta en los despachos jurisdiccionales, sin que se pudiera dejar de lado la implementación de audiencias masivas de desestimación, por ejemplo.

Pese a ello, en la etapa intermedia, los asuntos resueltos por las Unidades de Trámite Rápido esperaban espacio en agenda para la realización de audiencia preliminar en el juzgado penal y, posteriormente, que se les agendara juicio oral y público dentro de la multiplicidad de casos pendientes ante los tribunales de juicio.

Procedimiento expedito de flagrancias

Dentro de la búsqueda de soluciones encaminadas a acercarnos a una verdadera justicia pronta y cumplida, tal y como lo dispone el mandato constitucional, en la sesión número 28-08 del 25 de agosto de 2008, en su artículo XV, la Corte Plena aprobó el “Planteamiento Estratégico, Organización y Ejecución de Plan Piloto para la Flagrancia en Contravenciones y Delitos”. Para esos efectos, se crearon nueve plazas de Juez 4 Penal y 3 plazas de Juez 3 Penal adscritas al Tribunal Penal de Primer Circuito Judicial de San José. No obstante, la ubicación de dichos profesionales y del plan piloto como tal se dispuso en el edificio de los Tribunales de Justicia del Segundo Circuito Judicial de San José.

Es así como, el 1 de octubre de 2008, se puso en marcha el programa mencionado, en el cual los casos se tramitaban con la normativa procesal vigente, con la diferencia de que sí se cumplía con los plazos establecidos, por cuanto nos encontrábamos ante despachos que iniciaron con cero circulante y, es por ello, que los casos se lograban resolver de manera célere.

Propiamente, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 236 del Código Procesal Penal, el plan piloto disponía que se les brindara este trámite expedito a los procesos penales que se originaban en una detención en flagrancia. Podemos observar, entonces, que el Poder Judicial en el año 2008 da un paso importante en procura de dar un trámite expedito a este tipo de casos, aplicando el derecho positivo vigente.

Posteriormente, el 22 de abril de 2009, entró en vigencia la Ley N.º 8720, la cual creó un procedimiento especial al Código Procesal Penal, denominado “Procedimiento Expedito para los Delitos en Flagrancia”. Dentro de los cambios sustantivos, podemos resaltar la eliminación de la etapa intermedia, la reducción de plazos, la ausencia de impugnación para la prisión preventiva, entre otros.

Diversos cuestionamientos se formularon en los primeros días de vigencia del nuevo procedimiento, pues algunos estimaron que presentaba roces con la Constitución Política. Para aquel momento, en el año 2009, algunas personas juzgadoras integrantes del Tribunal de Flagrancia del II Circuito Judicial de San José plantearon una consulta de constitucionalidad respecto al Procedimiento Expedito de Flagrancia, la cual fue resuelta mediante sentencia de la Sala Constitucional número 11099-2009 de las 12:36 horas del 10 de julio de 2009, la cual dispuso que las normas consultadas, atinentes al procedimiento en cuestión, no resultaban contrarias a la Carta Magna.

Al momento de escribir estas líneas, pese a las sombras que se han intentado crear en torno al procedimiento expedito de flagrancia, no he encontrado que alguna persona haya sometido este procedimiento a valoración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ya con el Procedimiento Expedito para los delitos en flagrancia regulado legalmente, se fueron instaurando secciones de los tribunales de juicio destacadas para el conocimiento y resolución de los casos tramitados mediante dicho procedimiento especial, y se llegó a abarcar prácticamente la totalidad del país.

A excepción del Tribunal de Flagrancias del II Circuito Judicial de San José, que constituye un tribunal independiente del ordinario, con una estructura administrativa propia, las restantes oficinas jurisdiccionales dedicadas a la materia de flagrancia pertenecen al tribunal ordinario de la localidad.

El procedimiento en referencia presentó cambios sustanciales en la realidad, difícilmente vistos en el procedimiento ordinario, entre ellos:

- (i) Se superó el cuestionamiento de los presos sin condena, referido específicamente a aquellas personas que, en condición de imputadas, se mantenían durante períodos prolongados en prisión a la espera de la resolución de su caso.

El procedimiento de flagrancia maneja un plazo ordinario máximo de 15 días de prisión preventiva, en los cuales se resuelve el proceso penal con la sentencia respectiva por parte del tribunal de juicio. De manera excepcional, esos plazos se prorrogan por un plazo corto, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 258 del Código Procesal Penal.

- (ii) Las víctimas han encontrado justicia pronta, cumplida, sin denegación. Ya no se les hace venir, en la generalidad de los casos, en múltiples oportunidades ante los despachos judiciales que

tramitan su causa, produciendo un desgaste humano y revictimización. Sus casos difícilmente prescriben por la inacción del sistema de justicia; por el contrario, en cuestión de muy pocos días, encuentran una respuesta.

- (iii) Se ha generado credibilidad en la labor del Poder Judicial en esta materia específica. La posibilidad de resolver los procesos penales en cuestión de días hace que la población recupere la credibilidad en el sistema de Administración de Justicia, lo cual provoca en el imaginario colectivo un sentimiento de seguridad ciudadana.

Pese a lo anterior, en el seno del Consejo Nacional de Jueces y Juezas de Flagrancia (integrado por las personas coordinadoras de las secciones de flagrancia a nivel nacional), a partir del año 2018, se comenzó a señalar y trasladar ante la Comisión Nacional de Flagrancia una realidad que estaba impactando en el volumen de trabajo de las secciones de flagrancia, además de la innecesaria e injustificada actuación por parte del Ministerio Público en cuanto a tramitar asuntos propios del trámite de flagrancia por el procedimiento ordinario, acarreado la saturación de las secciones ordinarias de los tribunales y la denegación de una justicia pronta y cumplida.

Como parte de la labor del Departamento de Planificación y con un trabajo de campo muy destacado, desde mi perspectiva, del ingeniero Jorge Rodríguez Salazar y del licenciado Raúl Camacho Mora, los cuestionamientos realizados por las personas juzgadoras fueron confirmados. Es así como en el *Informe número 2039-PLA-2019*, Ref. SICE:1831-19, del 29 de noviembre de 2019, se establecieron los siguientes hallazgos:

[...] En la reunión efectuada el 11 de noviembre del 2019, se indicó que, como parte del trabajo de campo realizado por esta Dirección de Planificación, en el Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de San José y las secciones de flagrancia del Primer Circuito Judicial de San José, Heredia y Puntarenas, se logró obtener un criterio jurídico de los jueces y juezas de esos despachos, de que los siguientes cuatro delitos son típicos de la materia de Flagrancia: conducción temeraria, incumplimiento de una medida de protección, portación ilícita de arma permitida y desobediencia a la autoridad pública y se considera que aproximadamente el 90% de su entrada total, deberían ser atendidos por el procedimiento expedito de Flagrancia [...].

Luego de los análisis correspondientes a nivel nacional, concluye el informe de cita:

*[...] De la totalidad de asuntos ingresados en los delitos analizados anteriormente, es posible determinar que **únicamente el 33% fue atendido por Flagrancia el restante 67% se atendió por la vía ordinaria**, por lo cual se le recomienda a la Fiscalía General de la República valorar dar un seguimiento a este tema y tomar las acciones internas que permitan mejorar el tamizaje de causas que son ingresadas al procedimiento expedito de flagrancia para procurar que no existan diferencias tan significativas entre las diferentes*

fiscalías regionales, donde se tienen algunas en las cuales más de un 50% de esos delitos es conocido con el procedimiento de flagrancia y otras con menos de un 20% [...]. (La negrita es propia).

En relación con los hallazgos del Departamento de Planificación, creo importante señalar que, en algunos casos, los procesos por desobediencia a la autoridad e incumplimiento de medida de protección no se originan en una detención en flagrancia, sino a partir de una denuncia, posterior investigación y procesamiento de la persona imputada.

No obstante, los porcentajes contenidos en el informe de cita respecto a los delitos de portación ilegal de arma y conducción temeraria que necesariamente responden a un supuesto de flagrante delito reflejan que la fiscalía ha optado en un gran número de casos por el procedimiento ordinario que resulta más lento.

Sin embargo, es relevante hacer notar que dicho informe no incluyó un abordaje de otro tipo de delitos, tales como posesión y transporte de droga en cantidades no tan grandes, delitos contra la propiedad, etcétera, que se originaban de una detención en flagrancia, y la fiscalía no los presentó ante los tribunales de la materia. Si se hubiera ampliado la investigación en esta dirección, los resultados podrían resultar aún más sorprendentes.

Como consecuencia de la instancia que realiza el Departamento de Planificación al Ministerio Público, se gira la Directriz 25-ADM-2019 de la Fiscalía General de la República, en la cual se establece, entre otras disposiciones, lo siguiente:

[...1- Los delitos de Conducción Temeraria, Incumplimiento de Medidas de Protección, Desobediencia, y Portación y Tenencia Ilícita de Arma serán recibidos en su totalidad por las Fiscalías Auxiliares y los Fiscales Auxiliares de las diferentes Fiscalías de Flagrancias de todo el país. 2- No podrán remitir a la vía ordinaria ningún asunto sin contar con el visto bueno de la Fiscalía Coordinadora o Fiscal Coordinador, o la Fiscalía Adjunto o Fiscal Adjunto de la Fiscalía en la que desarrollen funciones. Para el cumplimiento de lo anterior, las Fiscalías Adjuntas y los Fiscales Adjuntos deberán realizar con sus equipos de trabajo las coordinaciones necesarias para que sea posible la efectiva comunicación. 3- Es obligación de las Fiscalías Auxiliares y los Fiscales Auxiliares de las Fiscalías de Flagrancias presentar las solicitudes de competencia ante el Tribunal de Flagrancia. No deberán permitir incompetencias sin la debida resolución que fundamente los motivos de esta por parte de las Juezas y Jueces de la República [...].

Situación actual y pendientes

El Programa Nacional de Flagrancias implicó una apuesta de avanzada surgida dentro de la propia Corte Suprema de Justicia y que se puso en marcha el 1 de octubre de 2008. Esto es un mérito que debe reconocerse, pues ante la falta de previsión legal para dar un tratamiento expedito a los casos que se originaban en una detención en flagrancia, se creó a nivel práctico un mecanismo para dar un tratamiento célere a esos procesos.

Posteriormente, mediante reforma al Código Procesal Penal¹¹, en abril de 2009, se adicionó a los procedimientos especiales

el *Procedimiento expedito para los delitos en flagrancia*, el cual vino a potenciar la celeridad de estos casos, pues se eliminó la etapa intermedia y se dispusieron condiciones para dejar de lado las dilaciones indebidas que acompañaban el procedimiento ordinario.

En su momento, el Parlamento dotó al Poder Judicial de recursos adicionales para contar con jueces y juezas que pudieran atender los delitos en flagrancia. Estimamos que, con el pasar de los años, con los aportes del Consejo Nacional de Jueces y Juezas de Flagrancia, de la Comisión Nacional de Flagrancia, las decisiones a nivel superior de la Corte Plena, del Consejo Superior del Poder Judicial, además de la gran disposición y trabajo de las personas funcionarias destacadas en la materia de flagrancia a nivel nacional, se han logrado muy buenos resultados en cuanto a la resolución de casos de una manera célere.

Por su parte, la Defensa Pública, el Ministerio Público, la Sección de Cárceles, la Fuerza Pública, los Departamentos de Medicina Legal, Toxicología, Psicología y Psiquiatría del Organismo de Investigación Judicial, entre otros, también han brindado un aporte mayúsculo.

El proceso ha sido largo y, con el pasar del tiempo, se ha ido perfeccionando el funcionamiento del programa. Dentro de los avances importantes, debe reconocerse la labor del Departamento de Planificación, el cual ha creado, en los años recientes, indicadores propios para medir la labor de las diversas oficinas destacadas en materia de flagrancias, superando así un ejercicio erróneo que se implementó durante los primeros años, ya que se utilizaban los indicadores del procedimiento ordinario.

11 Artículo 18 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y Demás Intervinientes en el Proceso Penal, N.º 8720 del 4 de marzo de 2009.

No obstante, es importante señalar que existe un impacto negativo a nivel estadístico que deja de manifiesto la incapacidad del sistema de dar una respuesta oportuna a los procesos penales y jurisdiccionales en términos generales. Al respecto, el *Cuarto informe del estado de la justicia*¹² señaló que:

[...] Tal como fue adelantado en la sección previa, durante el período de análisis del presente Informe aumentó el circulante y la mora judicial, en línea con las tendencias prevalecientes en los años anteriores a la pandemia para el Poder Judicial en su conjunto. Además, en esos años hubo un aumento en el tiempo promedio de duración de los procesos en primera instancia. Estos negativos resultados ocurrieron a pesar de que entre 2019 y 2021 hubo una disminución en la cantidad de casos entrados en todos los circuitos judiciales del país [...].

De manera más específica, en el cuadro 6.11, respecto a los casos terminados en materia penal, el informe reporta los siguientes datos:

2019	2020	2021	Variación porcentual 2019-2021
396.515	361.849	387.705	-2,2

Tal y como se aprecia, el sistema de administración de justicia penal presenta una disminución de casos terminados en el período de estudio 2019-2021, lo cual, si bien no son resultados atribuibles de manera exclusiva al trámite de los asuntos de

flagrancia, sí es importante exponer algunas tareas pendientes para que, desde el Programa Nacional de Flagrancias, se puedan brindar aportes en la búsqueda de la disminución de la mora judicial. Al respecto, lo estimamos necesario y proponemos lo siguiente:

- 1.- El Ministerio Público debe asumir un rol proactivo en la orientación de los procesos mediante el trámite expedito de flagrancias. La garantía constitucional de justicia pronta y cumplida no está reservada a los tribunales de justicia. Por el contrario, la Fiscalía General de la República, teniendo a mano un mecanismo ágil y célere para tramitar los casos en flagrancia, debe apostar por este. Estimamos además que, desde la máxima autoridad del Ministerio Público, deben girarse reglas claras, de acatamiento obligatorio para dirigir los procesos a la vía de flagrancias cuando legalmente proceda. Tales disposiciones no deben obedecer solamente a la instancia hecha por el Departamento de Planificación respecto a cuatro delitos en específico, sino, por el contrario, debe realizarse un estudio amplio de la multiplicidad de tipos penales y determinar todos aquellos supuestos en que deberá optarse por el trámite expedito de flagrancias.
- 2.- Desde la judicatura, es importante que quienes administran justicia realicen un autoexamen para determinar si los casos que se están remitiendo al procedimiento ordinario por incompetencia realmente corresponden a ese tipo de decisión. Al respecto, es importante tener en cuenta que el plazo

12 Programa Estado de la Nación. Año 2022, pp. 245 y 246. <https://estadonacion.or.cr/informe/?id=069bb690-842a-4758-99e8-5598c52edc13>

de 15 días dispuesto por el artículo 435 del Código Procesal Penal es ordenatorio y no perentorio. Aunado a ello, dicho plazo cuenta desde el inicio del procedimiento y la celebración de la audiencia ante el tribunal. No es un plazo que necesariamente abarque incluso el dictado de la sentencia que corresponda.

- 3.- Consideramos importante que el Departamento de Planificación realice un estudio de seguimiento en cuanto a los hallazgos establecidos en el *Informe 2039-PLA-2019* a efecto de determinar si el Ministerio Público está orientando los casos en flagrancia por la vía expedita o, si por el contrario, se siguen tramitando muchos de ellos por el procedimiento ordinario. Este estudio debe ser más amplio y debería realizarse un trabajo de campo para determinar si otros tipos de delitos, tales como robos, hurtos, posesión y transporte de drogas, entre otros, se están gestionando por el trámite ordinario pese a originarse de una detención en flagrancia. Para estos efectos, consideramos importante que dicho departamento cuente con el acompañamiento de profesionales que administren justicia en materia de flagrancias.

- 4.- Estimamos necesario que la Comisión Nacional de Flagrancias elabore un plan de capacitación a nivel nacional dirigido a las personas funcionarias de la Fuerza Pública, a efecto de brindarles insumos que les permitan conocer de manera más clara el *Procedimiento expedito para los delitos en flagrancia*, lo anterior en aras de potenciar dicho procedimiento y, por ende, lograr una menor duración de los procesos cuando se trate de detenciones en flagrancia, lo cual definitivamente aportará en la disminución de la mora judicial y en la materialización del principio constitucional de justicia pronta y cumplida.

BIBLIOGRAFÍA

(Agosto de 2022). Centro de Investigación y Estudios Políticos. Universidad de Costa Rica. <https://ciep.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/2022/08/INFORME-DE-RESULTADOS-DE-LA-ENCUESTA-CIEP-UCR-AGOSTO-2022.html>

(Noviembre de 2019). Informe 2039-PLA-2019Ref. SICE: 1831-1929. Departamento de Planificación del Poder Judicial.

(2022). *Programa Estado de la Nación*, pp. 245 y 246. <https://estadonacion.or.cr/informe/?id=069bb690-842a-4758-99e8-5598c52edc13>

FUNCIONES DE LA PERSONA ADMINISTRADORA DE JUSTICIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL. MENCIÓN ESPECIAL AL DERECHO PENAL

MSc. Carlos Roberto Rodríguez Solís*

RESUMEN

El presente estudio pretende poner de manifiesto algunas de las características del Estado legislativo de derecho y del Estado constitucional de derecho. La adopción del segundo modelo político como sistema jurídico costarricense bajo la adopción de una Constitución Política rígida que incorpora el principio de supremacía constitucional. Este paradigma impone sobre los hombros de las personas administradoras de justicia atribuciones o funciones muy diversas a las impuestas por el Estado legal de derecho.

Palabras clave: Estado legal de derecho, Estado constitucional de derecho, Constitución Política rígida, derechos fundamentales, dignidad humana.

ABSTRACT

This study aims to highlight some of the characteristics of the legislative rule of law and the constitutional rule of law. The adoption of the second political model as a Costa Rican legal system under the adoption of a rigid Political Constitution that incorporates the principle of constitutional supremacy; a paradigm that imposes on the shoulders of the administrators of justice attributions or functions very different from those imposed by the legal rule of law.

Keyword: Legal rule of law, Constitutional Rule of Law, rigid Political Constitution, fundamental rights, human dignity.

Recibido: 21 de marzo del 2021

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla, España; máster en Administración de Justicia –enfoque socio jurídico– con énfasis en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica; especialidad en derecho penal por la Escuela Judicial “Édgar Cervantes Villalta”, Poder Judicial de Costa Rica; juez penal del Juzgado Penal de Turno Extraordinario de I Circuito Judicial de San José. Correo electrónico: crodriguez@poder-judicial.go.cr Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo representan criterios académicos del autor.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Estado legal de derecho vs. Estado constitucional de derecho: funciones de la persona administradora de justicia en uno y otro paradigma. Sistema jurídico nacional como Estado constitucional y democrático de derecho.
- III. Funciones de la persona administradora de justicia en el Estado constitucional de derecho a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional.
- IV. Funciones de la persona administradora de justicia en el Estado constitucional de derecho a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- V. Conclusiones.
- VI. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El Estado legislativo de derecho concibe a la ley como norma esencialmente justa, situación que trae aparejado la no aceptación de la idea de la Constitución como una norma jurídica vinculante para todos los poderes del Estado y como principio limitador del potencial abuso de cualquiera de ellos.

La Constitución Política se comporta como una mera proclamación de derechos que solo tendrán eficacia jurídica en la medida en que sean reconocidos por la ley, la cual no vincula a los poderes públicos al asumirse la idea de que no se admite la posibilidad de que la ley se encuentra vinculada por otra ley. Aunado a ello, se asumen la omnipotencia de las mayorías *-soberanía popular-* y el carácter meramente formal de las Constituciones Políticas.

Por su parte, el Estado constitucional de derecho modifica el paradigma anterior al

incorporar al lado del principio de legalidad el principio de supremacía constitucional, donde la ley estará sujeta no solo a las formas preconstituidas constitucionalmente para su creación *-validez formal-*, sino también a parámetros de validez sustancial integrados por los derechos y garantías fundamentales estatuidos por las mismas constituciones. Este nuevo paradigma impone sobre los hombros de las personas administradoras de justicia atribuciones de muy diversa índole que serán expuestas en las líneas siguientes.

II. *Estado legal de derecho vs. Estado constitucional de derecho: funciones de la persona administradora de justicia en uno y otro paradigma. Sistema jurídico nacional como Estado constitucional y democrático de derecho.*

a. **Estado legislativo de derecho y el papel de la persona administradora de justicia:**

De acuerdo con Gascón, M. & García, A. (2012, p. 7), *“Estado de derecho es aquél en el que el poder actúa conforme a Derecho, o la ley en sentido amplio, a normas jurídicas pre constituidas, y responde a la idea de gobierno sub leges y per leges: el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres”*. Según Weber (1993, p. 707), se obedece *“no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer”*. En el Estado legislativo de derecho, la ideología *“legalista”* concibe a la ley como norma esencialmente justa, situación que trae como resultado la no aceptación de la idea de la Constitución como una norma jurídica vinculante para todos los poderes del Estado y como

principio limitador del potencial abuso de cualquiera de ellos. La sumisión del poder se construye sobre la concepción unitaria de la soberanía, de manera que la ley, expresión de esa soberanía, queda al margen de cualquier límite o control.

La ley que caracteriza al Estado legislativo de derecho es una ley estructurada por rasgos formales *-legislación elaborada en respeto a los procedimientos formales preconstituidos constitucionalmente para ello-* que garantizan su justicia y, en tal sentido, su sometimiento absoluto. Nos encontramos ante un Estado sometido al imperio de ley donde la “Constitución” se comporta como mera carta política proclamadora de derechos constitucionales que solo tendrán eficacia jurídica en la medida en que sean reconocidos por ley, de ahí su carácter programático y, en tal sentido, tampoco tal carta proclamadora de derechos constituye límite sustancial alguno para la creación de la ley.

Bajo el paradigma descrito, podemos indicar que se rechaza la idea de una ley por encima de las leyes, o bien, de un derecho por encima del derecho. Es inconcebible que una ley pueda limitar a la ley, siendo la ley la única fuente y, por ello, omnipotente del derecho: ya sea concebida como producto de la voluntad del soberano o legitimada como la expresión de la mayoría, una ley en la que los conceptos de validez y de vigencia de esta coinciden a causa de la ausencia de normas de grado superior a las leyes *-Constitución Política rígida cuyo concepto será precisado más adelante-*.

Nos encontramos ante una concepción meramente formal y procedimental de la democracia y del derecho, identificadas solo con el poder del pueblo y con los procedimientos y mecanismos representativos dirigidos a asegurar el poder de las mayorías.

El autor Luigi Ferrajoli (2010, p. 65) indica que, en el Estado legislativo de derecho:

[...] carente de constitución o dotado de constituciones flexibles, la garantía de los derechos fundamentales, incluidos los de libertad, quedaba confiada únicamente a la política legislativa, que podía reducirla o suprimirla legítimamente. Existían, claro es, ordenamientos garantistas y ordenamientos antigarantistas. Pero la legitimidad de los primeros y la ilegitimidad de los segundos sólo podía valorarse en el plano ético-político de la justicia, y no en el plano jurídico de la legalidad. No obstante, su solemnidad, las constituciones eran siempre consideradas, al menos en los ordenamientos de la Europa continental, como leyes formalmente iguales a las demás, al ser inconcebible la idea de una limitación del poder de la ley por parte de otra ley”. (La cursiva es propia).

Nos encontramos ante un Estado legal de derecho, caracterizado, se repite, en la omnipotencia de la mayoría, o bien, de la soberanía popular. Según el autor Luigi Ferrajoli (2010, p. 25), la premisa mencionada trae aparejados los siguientes corolarios:

[...] la descalificación de las reglas y de los límites al poder ejecutivo que es expresión de la mayoría, y en consecuencia de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del propio parlamento; la idea de que el consenso de la mayoría

legítima cualquier abuso; en resumen, el rechazo del sistema de mediaciones, de límites, de contrapesos y de controles que forman la sustancia de aquello que constituye, por el contrario, lo que podemos denominar ‘democracia constitucional’ [...].

Propiamente, en lo que concierne al papel del juez bajo tal paradigma, Gascón, M. & García, A. (2012, pp. 8-9) señalan lo siguiente:

La vinculación del Juez a la ley, por su parte, también se postula en términos de subordinación: frente al legislador, que posee una legitimación política o “de origen”, los jueces tan sólo tienen una legitimidad “técnica” o “de oficio”; es decir que su actuación será aceptable en la medida en que pueda verse como la exacta aplicación de la ley [...]. Vinculación a la ley e independencia judicial configuran pues la base teórica del modelo de juez que le es propio al Estado de Derecho. Se trata de un juez neutral, sin ideología, aséptico, apolítico. Es “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, en la célebre descripción de Montesquieu. Un juez sin sentimientos y pasiones cuyo objetivo fundamental es garantizar la legalidad [...].

De lo anterior, se desprende claramente el papel de la persona administradora de justicia dentro de un Estado legal de derecho, ligado intrínsecamente con el modelo iuspositivista, en donde tal sujeto se encuentra subordinado y vinculado de forma absoluta a la letra de la ley, sin importar cuál sea su significado y sin que exista posibilidad alguna de cuestionar

su sujeción a una norma de rango superior – la Constitución-.

b. Estado constitucional de derecho y el papel de la persona administradora de justicia:

En lo referente al “Estado constitucional de derecho”, Gascón, M. & García, A. (2012, p 10) indican que:

[...] constitucionales son aquellos sistemas donde, junto a la ley, existe una constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que, por ello, carácter normativo: la constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad “cualificada” (el poder constituyente) es la norma “más alta”, por lo que también la ley queda sometida a la constitución, que se convierte así en su parámetro de validez [...] como consecuencia de la “fundamentalidad” de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional postula la supremacía política de la constitución y, derivadamente, su supremacía jurídica o suprallegalidad [...] si el Estado legislativo de Derecho había supuesto la sumisión de la Administración y del Juez al

Derecho, y en particular a la ley, el Estado constitucional de derecho supone que también el legislador viene sometido a derecho, en este caso a la Constitución [...]. (La cursiva y la negrita se suplen).

Este nuevo paradigma deja atrás la concepción iuspositivista o paleopositivista acerca de la supremacía de la ley –*que sea cual fuera su contenido, era considerada como fuente suprema e ilimitada del derecho*–; la inconcebible e inaceptable idea de una limitación del poder de la ley por parte de otra ley; la omnipotencia de la mayoría, o bien, de la soberanía popular y el carácter meramente formal mas no sustancial de las Constituciones Políticas.

El Estado constitucional de derecho incorpora al lado del principio de legalidad el principio de constitucionalidad, la sujeción de la ley no solo a las formas preconstituidas constitucionalmente para su creación, sino también a parámetros de validez sustancial –*parámetros axiológicos*–, integrados por los derechos fundamentales estatuidos en la propia Constitución.

En palabras de Luigi Ferralolji (2010, p. 27), la esencia del constitucionalismo y del garantismo:

[...] reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder; que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación

contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia – que toda mayoría está llamada a satisfacer [...]. (La cursiva, subrayado y negrita son propios).

Característica esencial de este nuevo paradigma es el carácter de rigidez constitucional: el reconocimiento de que las constituciones son normas preordenadas a la legislación ordinaria, en tanto prevén no solo procedimientos especiales para su creación o reforma, sino también un control de constitucionalidad.

La validez de las normas ya no subyace como en el modelo legislativo o legal de derecho, únicamente de una dimensión formal o procedimental, es decir, del cumplimiento de las reglas que disciplinan su producción o surgimiento a la vida jurídica, sino también y, en especial, de una dimensión sustancial o material, es decir, de la coherencia de sus significados o postulados con las reglas y principios denominados “*normas sustanciales sobre su producción*” y que corresponden al conjunto de derechos fundamentales estatuidos a nivel constitucional y consistentes; según el maestro Luigi Ferrajoli (2010, pp. 80-81) en: expectativas negativas –como derechos de libertad y de autonomía, tanto civil

como política- son derechos que imponen límites, o sea, prohibiciones de lesión, cuya violación genera *antinomias*; los derechos fundamentales consistentes en expectativas positivas –todos los derechos sociales –son, en cambio, derechos que imponen vínculos, o sea, obligaciones de prestación cuya observancia genera *lagunas*.

Acerca de la función primordial de los derechos fundamentales en la producción normativa, el jurista Luigi Ferrajoli agrega que estos: “son normas “sustanciales”, sobre la producción de normas porque disciplinan ya no la forma sino el significado, o sea, la sustancia de las normas producidas, condicionando su validez a su coherencia con las expectativas formulados a través de ellos”.

En torno al tema acerca de la vigencia y validez de las normas, rubro de interés al analizar el papel del juez y de la jueza en el Estado constitucional de derecho, conviene traer a colación lo indicado por el maestro Luigi Ferrajoli (1989 pp. 874-876), quien al respecto explica:

Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del acto normativo, así como a la competencia del órgano de que emana. Para que sea válida, se necesita, por el contrario, que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su significado. Tanto las condiciones formales suficientes para que una norma sea vigente como las sustanciales necesarias para

que sea válida se encuentran establecidas por las normas jurídicas que disciplinan su producción en el nivel normativo superior. Sin embargo, mientras las condiciones formales de la vigencia constituyen requisitos de hecho en ausencia de los cuales el acto normativo es imperfecto y la norma dictada por él no llega a existir; las condiciones sustanciales de validez, y de manera especial las de validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de valores –como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos – cuya lesión produce una antinomia, es decir, un conflicto entre normas de contenido o significado incompatible [...] los parámetros de validez incluidos en la Constitución de un estado de derecho consisten efectivamente en valores o en todo caso en términos carentes de denotación (igualdad, libertad, dignidad de la persona, taxatividad, materialidad y ofensividad de los delitos y otros semejantes) [...]. Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en sentido meramente potestativo, podrá hacerse sólo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar –y eventualmente censurar – las leyes ordinarias vigentes-. (El resaltado se suple).

Con relación a las funciones de las personas administradoras de justicia en este nuevo paradigma, y sin que con ello se esté haciendo

alusión a una lista taxativa -númerus clausus- conviene describir las siguientes:

b.1. Existe un cambio en la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley que ya no consiste, como en el viejo paradigma iuspositivista, en la sujeción del juez a la letra de la ley sin importar cuál sea su significado, sino, antes que nada, en una sujeción a la Constitución. Lo anterior les impone un deber ético-jurídico a las personas juzgadoras de mantener una actitud crítica de las leyes inválidas a través de una reinterpretación en sentido constitucional o de la denuncia de su inconstitucionalidad. Gascón, M. & García, A. (2012, p. 12) señalan al respecto:

En el Estado Constitucional el juez está vinculado a la ley pero también a la constitución. Esa doble vinculación del juez (a la ley y a la constitución) significa que éste sólo está obligado a aplicar leyes constitucionales, de manera que debe hacer un previo juicio de constitucionalidad de la ley. Si entiende que la ley es constitucional (porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la constitución), entonces debe aplicarla. Pero si la ley no resulta constitucional (porque no cabe hacer de ella ninguna interpretación constitucionalmente adecuada), entonces no está vinculado a ella. En este segundo supuesto, los jueces, en los sistemas de judicial review, “desplazan” la ley y resuelven el caso aplicando directamente la constitución; en los sistemas de control concentrado, los jueces no pueden desplazar la ley sino que vienen obligados a

plantear la “cuestión” al Tribunal constitucional, que es el único órgano llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley [...].

A las personas administradoras de justicia les asiste un deber de sujeción a la Constitución, pero también al llamado bloque de constitucionalidad que implica una sujeción a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y los derechos humanos resguardados en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país. Lo dicho dimana de la receptación del derecho internacional de los derechos humanos en nuestra Constitución Política de conformidad con los ordinales 7 y 48, al describir en lo que interesa, según corresponde:

Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes [...]” y “Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10”. (La negrita y cursiva son propias).

b.2. Es función de las personas administradoras de justicia velar por el fiel cumplimiento de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política, así como de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos debidamente ratificados por nuestro país. Lo anterior implica velar por la satisfacción material de las distintas garantías o técnicas de defensa ideadas a favor de los derechos de libertad y, entre ellos, en primer lugar, la libertad personal frente a las distintas intervenciones arbitrarias de tipo policial o judicial. Hablamos aquí de la aplicación de un derecho penal mínimo y de la aplicabilidad estricta de las distintas garantías procesales y penales: *las cuales se constituyen como límites infranqueables al Estado en ejercicio del ius puniendi*, garantías sobre las que el profesor Luigi Ferrajoli (2010, pp. 67-68) nos informa:

Las garantías penales y procesales, como se ha señalado, son esencialmente garantías negativas, dirigidas a limitar el poder punitivo en defensa de las libertades individuales. Esta misma idea se ha identificado, con frecuencia, con el proyecto de un 'derecho penal mínimo': es decir, con un sistema penal capaz de someter la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su constatación judicial– a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona. En lo que se refiere al delito, estos límites no son otros que las garantías penales sustanciales: del principio de estricta legalidad o taxatividad de los comportamientos punibles a los de lesividad, materialidad y culpabilidad. En lo relativo

al proceso, se corresponden las garantías procesales y orgánicas: el principio de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida de juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio de juez natural.

b.3. Es función de las personas juzgadoras realizar una debida motivación de la sentencia; es decir, de emitir un fallo que se encuentre fundado en elementos probatorios legítimos, recabados e incorporados al proceso en cumplimiento del principio de legalidad probatoria. Lo anterior comporta un deber ético-jurídico de toda persona administradora de justicia de expresar en sus fallos o decisiones judiciales los argumentos o razones plausibles que justifiquen por qué se ha tomado una decisión y no otra. Este deber de fundamentación encuentra respaldo normativo en el artículo 142 del Código Procesal Penal, el cual exige para todas las sentencias y autos una “*fundamentación clara y precisa*”, lo cual significa expresar en tales resoluciones “*los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba*”, y que tal exigencia será incumplida con “*la simple relación de las pruebas o la mención de los requerimientos de las partes*”, además de que será insuficiente la utilización de “*formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba*”. Por último, expresa tal precepto normativo que “*no existe fundamentación cuando se hayan inobservado las reglas*

de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo” y que “los autos y las sentencias sin fundamentación serán ineficaces”.

Siguiendo a Luigi Ferrajoli (2010, p. 69), se debe agregar que:

[...] a diferencia de cualquier otro poder público, el poder judicial no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo una legitimación de tipo racional y legal [...] No se puede castigar a un ciudadano sólo porque ello corresponda a la voluntad o a los intereses de la mayoría. Ninguna mayoría, por muy aplastante que sea, puede legitimar la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Y ningún consenso político – del parlamento, de la prensa, de los partidos o de la opinión pública- puede sustituir o eliminar las pruebas de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad ni el consenso o el interés general, ni ningún otro principio de autoridad, pueden convertir en verdadero lo que es falso o viceversa”. (El resaltado se suple).

El Estado constitucional de derecho impone sobre los hombros de las personas juzgadoras el imperativo moral, legal y ético de motivación de sus decisiones; es decir, la obligación de acreditar su racionalidad y, con ello, su legitimidad. Si falta tal exigencia, se

correría el riesgo de transformar el poder de discrecionalidad de los jueces y las juezas que dicho paradigma impone, en un ejercicio arbitrario de la Administración de Justicia. Al respecto Gascón, M. & García, A. (2012, pp. 21-22) informan:

Si el juez ya no es la boca que pronuncia las palabras de la ley sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario. La presencia de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporciona inmunidad al juez; antes, al contrario, representa un reto para la conformación de controles jurídicos que se ejercen sobre el proceso argumentativo que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo [...].

No obstante, resulta de vital importancia poner de relieve que no es cualquier fundamentación o motivación de las decisiones judiciales la que permite alcanzar el objetivo de racionalización o legitimación del sistema de Administración de Justicia. No es a través del llamado “normativismo jurídico” –*escondite de los jueces*- como se pueda llegar a la consecución del ideal enunciado. Acerca del paradigma normativista, el autor Haba (2012, pp. 575-576) indica:

El normativismo jurídico se basa en la aplicación de la superstición

del único significado verdadero a la comprensión, específicamente, de lo que es derecho. Para ese normativismo, se trata de encontrar unas normas que de alguna manera –no preguntemos cuál- se hallan pre-establecidas, con seguridad y precisión, en los textos del derecho positivo; o hasta más allá de estos, en cierto ‘cielo’ de los conceptos jurídicos (p. ej., unas ‘naturalezas jurídicas’) [...] Difícilmente es dable ofrecer una mejor caracterización sumaria sobre lo que constituye la actitud intelectual clave del normativismo jurídico, que la siguiente: “L.O. THAYER escribió (en 1898) sobre “aquel paraíso en que todas las palabras tienen un sentido preciso y firmemente establecido; en el que los hombres puedan expresar sus intenciones no solo con exactitud, sino también con plenitud; y donde, si el escritor ha sido cuidadoso, el jurista, con el documento en cuestión delante suyo, puede, sentado en su mesa, inspeccionar el texto y responder a todas las cuestiones sin levantar los ojos [...].

El profesor Haba (2012, pp. 576-577) continúa describiendo acerca del normativismo jurídico y sus consecuencias negativas que este impone en los juristas:

una doble reducción del conocimiento, deformación profesional que amputa de antemano los posibles contactos entre pensamiento jurídico y realidad: a) Los normativistas reducen su conciencia, cuando pronuncian los discursos jurídicos, a maniobrar

con ciertos significados que se tienen por válidos en sí y por sí mismos, el contenido de unos juegos lingüísticos profesionales. Con ello se hace abstracción, completamente o poco menos, de las dimensiones prácticas del lenguaje; el normativista no se detiene a examinar qué repercusiones su discurso pueda tener (¡o no!) en los hechos. b) Incluso con respecto a esos juegos de significados como tales, los normativistas tienen una visión simplista y en buena medida ficticia. No solo omiten plantear las indeterminaciones y antinomias que presentan las leyes y otros textos del derecho positivo. Es mucho más, pues en especial contribuyen a encubrir las mediante sus modos de exponer la normativa jurídica: ‘mito básico’ (indagación del significado ‘verdadero’ y predeterminado), ‘naturalezas’ jurídicas y esencialismo en general, manipulaciones de conceptos muy indeterminados, múltiples artificios dogmáticos.

El paradigma estudiado direcciona a las personas administradoras de justicia hacia una concepción errónea de la realidad, consistente en que basta para dar una respuesta justa a la ciudadanía, la identificación de la norma aplicable al caso en concreto -*identificación de su único significado posible*- y, mediante una interpretación de tipo deductivo, subsumir el supuesto de hecho –*objeto del litigio*– al supuesto de hecho descrito en la norma. Para estos, bastaría simplemente con conocer el mundo de las normas –*límite de lo jurídico*– para alcanzar la solución de cualquier conflicto social desde la comodidad de sus escritorios, con la consecuente evasión de la

responsabilidad que entrañan sus decisiones y el escape de las consecuencias prácticas o reales que tienen sus fallos judiciales.

Sobre esto último, Minor Salas (2007, pp. 387) informa que: *“Sobre este aspecto particular se suelen preocupar muy poco la “ciencia jurídica” y los operadores del Derecho, quienes se esconden más bien bajo la mampara de los tecnicismos, de las fórmulas vacías o de los “principios generales”, para rehuir así la responsabilidad ética y política que inevitablemente implica su accionar”*.

Una debida fundamentación o motivación de las decisiones judiciales en un Estado constitucional de derecho impone a las personas administradoras de justicia la obligación de incorporar en sus decisiones la fundamentación empírica (*realismo empírico*). Es decir, acudir a los hechos de la realidad social como forma de medir el alcance (eficacia) de las sentencias. En palabras del autor Minor Salas (2007, pp. 389): *“Esta inclusión permitiría [...] un incremento, al menos relativo, de los criterios de racionalidad e intersubjetividad científica de los debates jurídicos [...]”*.

La fundamentación realista-empírica permitiría a las personas administradoras de justicia dejar de lado el llamado *-fetichismo de las reglas-* y comprender el sentido real de las normas, las prácticas jurídicas que las impulsan y el marco cultural del cual emanan; asimismo, tener una visión más amplia del verdadero conflicto suscitado y la búsqueda de una solución más adecuada a la realidad en que se desenvuelven las personas.

El Estado constitucional de derecho requiere de jueces y juezas no solo conocedores del derecho *-de las distintas normas que deban aplicar a un caso concreto (derecho*

positivo)-, sino también, deben conocer acerca de otras ramas de la ciencias, entre las cuales, de gran relevancia se encuentra la sociología jurídica, la cual permite comprender, se repite, el sentido de la norma, de dónde brota, qué prácticas sociales la han impulsado, qué marco cultural posee, qué es lo que la impulsa, pero también interesa cómo esta impacta el entorno social y la vida de las personas.

La incorporación de la sociología jurídica a la labor práctica de las personas administradoras de justicia permitiría dejar de lado el paradigma del normativismo jurídico: *paradigma que propugna, se reitera, la llamada “superstición del significado único de las palabras” y que las llevan a creer que la solución a los conflictos sociales se puede alcanzar mediante la simple identificación de la norma a aplicar y bajo su interpretación literal*.

Nada más alejado de la realidad, pues se deja de lado la realidad material en la que se desenvuelven los individuos, sus necesidades e intereses, así como los efectos reales que para estos tendrán sus decisiones. Este paradigma genera un consuelo mentiroso acerca de la solución de los distintos conflictos sociales que se presentan, al no brindar respuesta alguna en beneficio de las personas que acuden al sistema de la Administración de Justicia por una decisión pronta y justa a favor de sus intereses. Consecuencia de lo enunciado tenemos la deslegitimación del sistema judicial y la motivación *-parece-* en la ciudadanía de acudir a vías de hecho en búsqueda de una solución justa y adecuada a sus intereses.

b.4. Es papel de las personas administradoras de justicia recordar que, en el Estado constitucional de derecho, las proposiciones

de partida para toda interpretación jurídica están contenidas en la Constitución. De lo dicho, resulta palpable la inadmisibilidad de interpretaciones legales contrarias a la Constitución. Debe realizarse una interpretación conforme a los postulados axiológicos que emanan de la Constitución, así como de los instrumentos internacionales de derechos humanos como parte del proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos.

Corolario de lo anterior, se tiene el deber del juez o de la jueza de no rebajar el sistema liberal y garantista mediante la interpretación normativa, en tanto, ello implicaría un crecimiento del autoritarismo o decisionismo en perjuicio del sistema constitucional de derecho y el paradigma de validez sustancial que este prevé.

b.5. El respeto al principio de dignidad del ser humano comporta una de las atribuciones fundamentales de toda persona administradora de justicia dentro de un Estado constitucional de derecho. Este principio encuentra respaldo constitucional en el artículo 33 de nuestra Constitución Política, el cual indica: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse **discriminación alguna contraria a la dignidad humana**”.

Tal principio encuentra sustento internacional en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**: “[...] la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...]”; en la **Declaración Americana de Derechos Humanos** al describir: “[...] Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados, como están por naturaleza y razón y conciencia, deben

conducirse fraternalmente los unos con los otros [...]”; en el artículo 10 del **Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos** al señalar que: **Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano**; y en la **Convención Americana de Derechos Humanos**, numeral 5.2, al indicar: “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

El principio enunciado constituye cimiento o pilar fundamental en la comprensión de la función del derecho penal dentro del paradigma que nos ocupa, en tanto, su función no consiste en la legitimación del poder punitivo del Estado, sino, por el contrario, estatuye una función de contención o reducción que permite la subsistencia del Estado de derecho y, a su vez, evite su reemplazo por un estado totalitario.

En respaldo, conviene traer a colación lo descrito por el profesor Zaffaroni (2005, pp. 4-5), quien advierte:

Si la historia del poder punitivo es la de los crímenes de este poder y si el aparato que los ejerce, a penas se descuidan los controles, pasa a ser el peor de los criminales, si ese poder condenó a Galileo, quemó a Server, prohibió las autopsias y el estudio de los cadáveres, apuntaló la esclavitud, sometió a las mujeres y a los niños, postuló el racismo, el sexismo, la homofobia, la xenofobia, la persecución de todos quienes soñaron y pensaron en una sociedad mejor (incluyendo a Cristo y a todos los mártires), reprimió la prensa, la difusión y la discusión de las ideas, defendió

todos los privilegios, castigó a todos los pobres del mundo [...] cabe preguntarse cómo es posible que alguien se dedique científicamente a cultivar una rama del derecho cuyo objeto es mostrarlo como legítimo y racionalizarlo [...] Sin embargo, no es así, por lo menos cuando el derecho penal asume su verdadera función [...] La función del derecho penal no es legitimar el poder punitivo, sino, contenerlo y reducirlo, elemento indispensable para que el estado de derecho subsista y no sea reemplazado brutalmente por un estado totalitario. (La cursiva es propia).

c. Sistema jurídico nacional como Estado constitucional de derecho:

De un análisis conjunto de los numerales 1, 9, 10 y 154 de nuestra Constitución Política, y los ordinales 1 y 2, inciso b)² de la Ley de Jurisdicción Constitucional, se concluye que nuestro país adoptó como modelo político el Estado constitucional de derecho. En efecto, poseemos una Constitución de carácter rígido, la cual, en su título IV, denominado, “Derechos y garantías individuales” y título V, “Derechos y garantías sociales”,

integra una serie de principios axiológicos y derechos fundamentales que constituyen la dimensión material o sustancial de nuestra democracia, así como de los parámetros de validez sustancial de todas las normas de rango inferior a la Constitución.

No podemos obviar que no fue sino hasta la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en 1989 y mediante la creación y promulgación de la Ley de Jurisdicción Constitucional, Ley N.º 7135 del 11 de octubre de 1989, cuando nuestra Constitución Política dejó de tener un carácter meramente programático para cumplir una función sustancial de validez en la creación normativa, al establecer, entre otros aspectos, límites al legislador en la formulación de la política criminal. Por otra parte, cobró relevancia la hermenéutica de las normas de acuerdo con nuestra Constitución Política e instrumentos internacionales de derechos humanos, ya que estos tomaron un valor supralegal, introduciéndose además el principio de constitucionalidad: *es decir, la subordinación expresa de toda ley o acto de derecho público o privado a nuestra carta magna*. A partir de los dos antecedentes descritos, podemos señalar que pasamos de ser un Estado legal de derecho a un Estado constitucional de derecho.

2 Disponen los ordinales 1, 9, 10 y 154 de nuestra Constitución Política, según corresponda y en lo que interesan: Artículo 1. “Costa Rica es una República democrática, libre e independiente”. Artículo 9. “El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Ninguno de los poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias [...]”. Artículo 10. “Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos a de Derecho Público [...]”. Artículo 154. “El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos”.

III. Funciones de la persona administradora de justicia en el Estado constitucional de derecho a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional:

Mediante sentencia n.º 6470-99 de las 14:36 horas del 18 de agosto de 1999, la Sala Constitucional consideró que, como lo estatuye el ordinal primero de nuestra Carta Magna, nuestro país, al constituirse como un Estado democrático y constitucional de derecho, optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad. Estos derechos no pueden serle desconocidos, sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes. Es decir, nuestro ordenamiento constitucional acepta, como uno de sus pilares fundamentales, el reconocimiento del principio de dignidad humana, principio mediante el cual, se reconoce al ser humano como un fin en sí mismo, como sujeto de derechos y no como objeto de satisfacción de cualesquiera otros fines, ya sean públicos o privados. Este conjunto de derechos fundamentales debe serle respetado sin discriminación alguna de sexo, raza, religión, condición económica, ideología política, etc., y en resguardo del principio de igualdad.

Ya propiamente con relación a la función de las personas administradoras de justicia dentro del sistema jurídico adoptado, tal tribunal constitucional informa que:

[...] la función jurisdiccional es determinante en la construcción y fortalecimiento de toda democracia. La defensa de la Constitución, y por ende de nuestro

sistema democrático, depende en gran medida de los jueces, quienes tienen un papel activo en esta tarea, al ser los llamados a interpretar y hacer valer las normas y principios constitucionales y en consecuencia las leyes; al constituirse en garantes de los derechos de las personas, el cual es, además -como se verá más adelante-, uno de los objetivos primordiales de la nueva legislación procesal penal: la de devolverle al juez su función de garante de los valores que protege la Constitución, dotándole de la objetividad necesaria para que actúe como un contralor de derecho y no cómo un acusador imperfecto. (La cursiva es propia).

En el apartado **(II. b.2)**, hemos tenido la oportunidad de describir como una de las funciones esenciales de toda persona administradora de justicia dentro de un sistema constitucional de derecho, el respeto de los derechos fundamentales, ya sean de carácter procesal o instrumental, como conjunto de garantías de los derechos de libertad propios de un sistema liberal. Es así como, a favor de la ciudadanía y como límite al poder sancionador del Estado, toda injerencia o afectación de parte del segundo que recaiga sobre los derechos de las personas debe cumplir con un debido proceso legal.

Lo anterior nos obliga a traer a colación la sentencia emitida por la Sala Constitucional número 1739-92, de las 11:41 horas del 1 de julio de 1992, en la cual el mencionado tribunal señaló, sin que ello implicara un *númerus clausus*, sino, por el contrario, una mera descripción enunciativa —*númerus apertus*— el conjunto de derechos, situaciones y expectativas de las partes que integran el

debido proceso legal. En efecto, se arguyen como integrantes del debido proceso penal los siguientes derechos: *derecho de acceso a la Justicia, derecho a la legalidad, derecho al juez regular (juez natural), derecho de audiencia y defensa, principio de inocencia, principio 'in dubio pro reo', derecho al procedimiento, derecho a una justicia justa, derecho a la doble instancia, derecho a la cosa juzgada formal y derecho a la cosa juzgada material.*

Es importante reiterar que, en dicho fallo, la Sala Constitucional advirtió que tal lista no era exhaustiva y, en resoluciones sucesivas, fue precisando conceptos y mencionando nuevos derechos y situaciones subjetivas de las partes que debían serle reconocidos dentro del proceso jurisdiccional³.

Muestra de lo anterior es la sentencia número 4700-93 donde se incluye, como parte integrante del debido proceso, la legítima expectativa de las partes a que el juez utilice la sana crítica en la apreciación de la prueba, ya que:

[...] la inobservancia por el juzgador de las reglas sobre el método de la sana crítica racional, como forma de interpretación de la prueba, la determinación del hecho acusado y responsabilidad del acusado en el mismo, constituyen en el fondo un quebranto al principio de inocencia protegido por el artículo 39 de la Constitución, y por ello del principio de debido proceso legal [...].

En el apartado precedente (*II. b.3*), como papel fundamental de las personas administradoras de justicia, se señalaron la debida fundamentación y la motivación de sus decisiones. Tal exigencia ha sido enfatizada por nuestro Tribunal Constitucional en varios de sus fallos, como presupuesto esencial de un debido proceso penal. De seguido, veamos algunos de los pronunciamientos emitidos al respecto.

En su voto número 1010-1995, del 21 de febrero de 1995, la Sala Constitucional expresó que, como método de interpretación de la prueba y de la determinación de la responsabilidad penal del acusado, el deber de valorar la prueba con base en las reglas de la sana crítica racional integraba el principio del debido proceso, pues su inobservancia lesionaría gravemente el estado de inocencia del imputado. Sin embargo, añadió que tal tesis se encontraba condicionada a que se tratara de una valoración burda *-craso error-* que de acuerdo con el proceso cause, en perjuicio del imputado, una violación a su derecho de defensa, como lo sería, por ejemplo, atribuir a las pruebas un contenido inexacto *-errores de hecho-* y/o otorgarles un valor probatorio del que razonablemente carecen, o negarles el que razonablemente tienen⁴. Indicó, además, que el debido proceso constitucional integraba el deber del juez o de la jueza de fundamentar la sentencia, señalando y justificando en concreto los medios de convicción que sirvieron de base para su dictado.

3 El concepto acerca del debido proceso penal también ha sido precisado o ampliado por la Sala Constitucional mediante votos n.º 6537-94, 5596-96, 1023-97, 2109-98, 2001-1545 y 2001-10198.

4 En igual sentido, ver sentencias números 1739-92 de las 11:45 h del 1 de julio de 1992; 4096-93 de las 15:03 h del 5 de octubre de 1993, así como 1511-94 de las 15:15 h del 22 de marzo; 3536-94 de las 10:06 h del 15 de julio; 3842-94 de las 11:42 h del 29 de julio; 3843-94 de las 08:45 h del 29 de julio; 4128-94 de las 09:42 h del 12 de agosto y 5042-94 de las 16:56 h del 6 de septiembre, todas de 1994.

De especial interés sobre el tema resulta la sentencia número 4128-94, de las 9:42 horas del 12 de agosto de 1994, en la que el mencionado tribunal señaló:

la Sala considera que el derecho a una sentencia justa, como conclusión de un debido proceso, impone la obligación al juez, por una parte, de motivar en forma circunstanciada la sentencia, señalando y justificando especialmente los medios de convicción en que se sustentó y los que desechó; lo que, sin embargo, no implica, por ejemplo, la obligación de transcribir literalmente las declaraciones, como tampoco la de un análisis exhaustivo de toda la prueba disponible, si con lo considerado se llega a una conclusión indubitable de que ha habido una conducta típica, antijurídica y culpable del imputado. Sin embargo, si la motivación de la sentencia fuera insuficiente, al punto de que no pueda ser fehacientemente constatado el contenido de la prueba verbal evacuada en el debate, se violaría el debido proceso, tanto en la medida en que esa prueba sea esencial para la fundamentación de la sentencia, como en la medida en que su efectiva consignación resulta indispensable para ejercer el derecho a recurrir del fallo [...] Por otra parte, la fundamentación de la sentencia no puede ser contradictoria en sus propios elementos, porque si lo fuera no sería fundamentada, al menos en cuanto a aquellos elementos fundamentales para sustentar la condenatoria; es decir, que la sentencia debe ser irreprochablemente congruente, no

sólo por existir una correlación entre la acusación, la prueba y la misma sentencia, sino intrínsecamente, entre los propios elementos de ésta última [...] [sic]. (La cursiva se suple).

Es importante poner de relieve que, en su voto número 1739-92, de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992, la Sala Constitucional ha desarrollado el denominado “*principio de valoración razonable de la prueba*”, el cual significa que:

El proceso penal especialmente, al menos tal como debe entenderse en nuestro país, excluye la libre convicción del juzgador, el cual tiene, por el contrario, la potestad y obligación de valorar la prueba recibida conforme a las reglas de la sana crítica racional, que reconocen su discrecionalidad pero la someten a criterios objetivos, por lo tanto invocables para impugnar una valoración arbitraria o errónea. Desde luego, la arbitrariedad o el error pueden darse, tanto al rechazar indebidamente elementos o posibilidades de convicción pertinentes, como al atribuir a las pruebas recibidas un contenido inexacto o al desdeñar el verdadero -errores de hecho-, como, finalmente, al otorgarles un valor probatorio del que razonablemente carecen o negarles el que razonablemente tienen, como, en síntesis, al violar los principios de la sana crítica conducentes a una correcta determinación de la verdad de los hechos relevantes del caso. En este sentido, la afirmación usual de que “el juez de la causa

es soberano en la apreciación y valoración de la prueba” resulta claramente violatoria del derecho del reo al debido proceso y, por ende, inconstitucional: el principio de inmediación de la prueba otorga, obviamente, una amplia discrecionalidad al juzgador inmediato para apreciarla y valorarla, pero no excluye del todo su deber de documentar el contenido de la prueba misma y las razones de su convicción, de manera que uno y otras puedan ser impugnadas por arbitraria o gravemente erróneas, como ocurre en el Estado de Derecho con toda discrecionalidad [sic].

En el voto número 7334-94 del 14 de diciembre de 1994⁵, la Sala Constitucional indicó que los principios de libertad en la valoración de la prueba y de inmediación no debían justificar valoraciones arbitrarias de la prueba y estableció como supuesto de violación de las reglas de la sana crítica la valoración burda -*craso error*-. Esto no parece suficiente, la justificación debe cumplir con criterios de suficiencia más rigurosos.

Por último, acerca de la finalidad de fundamentación de los fallos judiciales denominada finalidad “*endoprocesal*”; es decir, la garantía de la ciudadanía a través del conocimiento de los fundamentos del fallo de poder ejercer su control mediante los medios de impugnación y, con ello, el ejercicio debido de su derecho de defensa, mediante resolución número 5238-94 de las 14:42 horas del 14 de septiembre de 1994, la Sala Constitucional refirió, entre otros asuntos, que la falta de motivación de una sentencia

le impedía al sentenciado el ejercicio de un adecuado derecho de defensa, pues al no conocer los argumentos que tuvo el tribunal para condenarlo, se le hacía imposible combatir tales razones a través de un recurso en segunda instancia.

Por tanto, la fundamentación es garantía primordial de rango constitucional, no solo para el acusado, sino también para las demás partes en el juicio penal, entre estas, el Estado, pues este tiene el deber de asegurar una correcta administración de justicia. Tal requisito incide además en el derecho de defensa, pues solo conociendo la argumentación del juzgador, se puede recurrir de ella y contraargumentar.

Así, en el deber de fundamentación estriba precisamente la posibilidad de hacer públicas las razones que tuvo en cuenta el juez o la jueza para pronunciar su sentencia, las cuales pueden ser cuestionadas, sirviendo de este modo como instrumento de control para las partes y para la ciudadanía en general. De tal forma, en caso de que se haya producido una falta de fundamentación en la sentencia recurrida, indiscutiblemente se estaría lesionando la garantía del debido proceso.

El principio de dignidad humana constituye el eje central o, mejor dicho, el centro de gravedad de todo Estado constitucional de derecho, y se establece como un límite infranqueable al Estado en el ejercicio del *ius puniendi*. El respeto a la dignidad del ser humano importa, a su vez, la responsabilidad fundamental de los jueces y las juezas en el ejercicio de su función. Acerca de tal principio, en la sentencia número 6511-2002, de las 14:55 horas del 3 de julio de 2002, nuestra Sala Constitucional dispuso:

5 En igual sentido, ver voto del mismo tribunal número 6323-95 del 17 de noviembre de 1995.

[...] Costa Rica, en el artículo 1 de su Constitución Política, al constituirse en Estado según los principios básicos de una democracia, optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad, derechos que no pueden serle desconocidos sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes. En una democracia, el delincuente no deja, por el solo hecho de haber sido condenado, de ser sujeto de derechos, algunos se le restringen como consecuencia de la condenatoria, pero debe de permitírsele ejercer todos los demás. Al imputado – contra quien se sigue una causa penal y en consecuencia, no ha sido condenado- y aun al delincuente no se les puede constituir en una mera categoría legal, calificado según los tipos penales, debe de reconocérsele como sujeto de derechos, como ya se dijo, de todos los que el marco constitucional o legal no le restrinjan. Durante el proceso el encausado goza de un estado de inocencia, que no permite tenerlo como culpable, antes de que la autoridad jurisdiccional correspondiente, no lo considere tal en sentencia debidamente fundamentada [...]. (El destacado se suple).

El principio de dignidad del ser humano no significa en modo alguno **prohibición absoluta al Estado de limitar**, con base en el ejercicio del *ius puniendi*, derechos y garantías

fundamentales de la ciudadanía, reconocidas por el llamado derecho de la Constitución, tales como la libertad; la inviolabilidad de los documentos privados, de las comunicaciones orales o escritas; la intimidad del domicilio, etc., ya sea, en beneficio de otras personas o la Administración de Justicia, pues las personas no solo tienen derechos, sino también obligaciones y deberes con la comunidad donde se desenvuelven.

A ello debe agregarse que, ya en 1789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano expresaba, en su artículo 4, que la libertad consistía en poder hacer todo lo que no perjudicaba a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tenía otros límites que los que garantizaban a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos.

Empero, aquí es donde toma importancia tal principio, al servir como un límite infranqueable al Estado traducido en principios básicos del derecho penal, como el de culpabilidad, presunción de inocencia y de proporcionalidad en sentido amplio, debiendo respetarse el núcleo básico del derecho o de los derechos que se pretendan limitar.

IV. Funciones de la persona administradora de justicia en el Estado constitucional de derecho a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Del estudio de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se logra extraer, como una de las funciones primordiales de las personas administradoras de justicia, el deber de ejercer el control

difuso de convencionalidad. En efecto, tanto su precisión terminológica como su carácter imperativo para los jueces y las juezas nacionales de los Estados parte del Pacto de San José fueron precisados magistralmente por tan alto tribunal en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (sentencia del 26 de septiembre de 2006)⁶, donde se dispuso:

123. [...] la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado [...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado,

también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana [...]. (El destacado es propio).

El deber de motivación de los fallos judiciales también ha sido recalcado por el máximo tribunal regional en materia de derechos humanos como un deber de las personas administradoras de justicia en la emisión de sus decisiones, así como una garantía del debido proceso de las personas.

Por otra parte, se ha hecho énfasis en que la credibilidad de las decisiones judiciales tomadas en una sociedad democrática pende del deber de motivación de sus funcionarios. En efecto, en el caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela (sentencia

6 Acerca del deber de las personas administradoras de justicia de ejercer el control de convencionalidad, ver los siguientes casos: Trabajadores cesados del Congreso vs Perú (sentencia del 24 de noviembre de 2006), párrafo 128; Heliodoro Portugal vs. Panamá (sentencia del 12 de agosto de 2008), párrafo 180; y Gelman vs. Uruguay (sentencia del 20 de marzo de 2013), párrafo 72.

del 5 de agosto de 2008)⁷ §§ 77 y 78, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió:

[...] 77. La Corte ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. 78. El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por

todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguarda del derecho a un debido proceso. (El resaltado es propio).

El presente apartado no puede llegar a su fin, sin antes hacer mención y sin temor a equivocarnos que, dentro de un Estado democrático y constitucional de derecho, la función esencial de toda persona administradora de justicia subyace en su deber de respetar el principio de dignidad humana, de manera tal que ninguna decisión que adopte dentro de su función jurisdiccional puede tender a visibilizar y, menos aún, instrumentalizar al ser humano como un mero objeto de satisfacción de un interés estatal o social –*intereses públicos o privados*–, sino, por el contrario, debe verse en todo momento y en las decisiones adoptadas a este como un sujeto de derechos, y es acreedor de estos por el simple hecho de haber nacido como tal *persona*.

Este principio ha sido bien entendido por el Tribunal Interamericano en tanto ha llegado a considerar que ninguna actividad del Estado, incluida, claro está, la potestad de juzgar –*ejercer el ius puniendi*– puede fundamentarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

En efecto, al respecto, en la sentencia del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó:

7 En igual sentido: Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 27 de enero de 2009, §§ 152 y 153; caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 6 de julio de 2009, § 208; caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1.º de julio de 2011, § 118; caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo reparaciones y costas. Sentencia del 1.º de septiembre de 2011, § 141; caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 21 de mayo de 2013, § 109; y caso J. vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2013, § 224.

154. Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana". (El resaltado no es del original).

Por último, cabe indicar que también les corresponde a las personas administradoras de justicia velar porque el principio de dignidad del ser humano y los derechos fundamentales de la ciudadanía no se vean relativizados o flexibilizados bajo conceptos de pleno ambiguos, indeterminados y vacíos, tales como "orden público" y "bien común".

Para ilustrar lo anterior, resulta de trascendencia traer a colación lo resuelto por el Tribunal Interamericano mediante la Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 en la que enfatizó lo siguiente:

Apartado 31 [...] No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de orden público y bien común, ni que ambos conceptos puedan ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como, para justificar limitaciones a esos

derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto, debe de subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado en la convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Estos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la convención". (El resaltado es propio).

No está de más hacer alusión a la utilización de esos conceptos en Estados totalitarios (por ejemplo, "sano sentimiento del pueblo" en la Alemania nazi).

V. CONCLUSIONES:

- a) El cambio de paradigma de un Estado legislativo de derecho, *donde el juez y la jueza se encontraban sujetos a la ley sin importar su significado*, a un Estado constitucional de derecho, *en el cual, la validez de las normas se encuentra subordinada al principio de supremacía constitucional y a los límites sustanciales y materiales que esta proscrib*e, les impone a las personas administradoras de justicia la obligación de mantener una actitud crítica hacia la leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional o de la denuncia de su inconstitucionalidad.

- b) De acuerdo con la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en respeto al principio de dignidad del ser humano, cimiento de todo Estado democrático y constitucional de derecho, les corresponde a los jueces y las juezas nacionales el ejercicio del control de convencionalidad, el cual implica el poder-deber de velar porque los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y que, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos.
- c) Es función de las personas administradoras de justicia velar por el fiel cumplimiento de los derechos fundamentales que integran el llamado “bloque constitucional”. Este se encuentra conformado por los derechos fundamentales regulados en la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país.
- d) Es un imperativo constitucional, para las personas juzgadoras, tener claro que toda interpretación jurídica encuentra como punto de partida la Constitución Política. Lo anterior les impide realizar interpretaciones contrarias a los principios axiológicos que las comprenden, así como realizar una reducción de las garantías constitucionales previstas a favor de los derechos fundamentales de toda persona y sin que resulte admisible discriminación alguna por sexo, raza, etnia, color de piel, ideologías político-religiosas, etc.
- e) Les corresponde a las personas administradoras de justicia en el ejercicio de su función de juzgar los casos sometidos a su conocimiento, cumplir con el llamado ‘debido proceso’, el cual encuentra respaldo en los ordinales 39 y 41 de nuestra Constitución Política y, en especial, en la doctrina emanada del seno de la Sala Constitucional mediante su resolución paradigmática número 1739-92 y que ha sido reiterada en numerosos fallos que le han precedido y que fueron enunciados líneas atrás.
- f) El deber de motivación de las decisiones judiciales constituye un requisito esencial de legitimidad de un Estado constitucional de derecho. Por eso, todas las personas administradoras de justicia se encuentren subordinadas a tal imperativo, so pena de nulidad e ineficacia de sus decisiones.
 - a. Resulta de trascendencia recalcar que, para lograr una “*debida fundamentación*” de las decisiones judiciales que cumpla con los estándares de justicia exigidos a nivel constitucional e internacional (instrumentos internacionales de derechos humanos), debe evitarse el llamado “*normativismo jurídico o fetichismo de las reglas*”, el cual, en palabras del profesor Minor Salas (2007, pp. 39), permite: “[...] *el empleo, por parte de la administración de justicia de simples fórmulas vacías (“naturaleza jurídica”, “bien común”, “interés común”)* que, a su vez, propician realizar el trabajo con poco o ningún esfuerzo

(*facilismo burocrático*). b) *Se favorece, además, el ocultamiento de los verdaderos motivos de la sentencia; es decir, de aquellas circunstancias (religiosas, morales, políticas, económicas) que han determinado, en la realidad, el fallo.* c) *Por último, el normativismo propicia, esencialmente, un escape ciego (Blindflug), por parte del juez, respecto a la responsabilidad ético- política que implican sus acciones”.*

- b. Por el contrario, debe recurrirse al llamado **“realismo empírico”**, paradigma que impone la incorporación de argumentos de tipo empírico en las decisiones judiciales con la consecuente inclusión de los trabajos de las ciencias sociales y que trae aparejado un incremento de los criterios de racionalidad e intersubjetividad científica en cualquier debate jurídico y, por ende, una solución más ajustada a la realidad material, necesidades e intereses que envuelven a las partes integrantes del conflicto sometido a conocimiento

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. de P. Andrés, A. Ruiz Miguel. (1995). J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero. Prólogo de N. Bobbio. Madrid: Editorial Trotta. S. A.
- Ferrajoli. L. (2010). *Democracia y garantismo. Edición de Miguel Carbonell*. (2.^a ed.). Madrid: Editorial Trotta. S. A.
- Gascón, M. & García, A. (2012). *Interpretación y argumentación jurídica*. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura.
- Haba, E. (2012). *Metodología (realista) del derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*. Tomo II. San José, C.R.: Editorial UCR.
- M. Weber. (1993). *Economía y sociedad*. Ed. de J. Winckelmann. Trad. de J. Medina Echevarría y otros. Madrid: FCE. 10.^a reimp., p.707.
- Salas, M. (2007). ¿Qué significa “fundamentar” una sentencia? En A. Chirino; L. González & C. Tiffer. (Ed.). *Humanismo y derecho penal*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, (pp. 371-396).
- Zaffaroni, E. (2005). *Manual de derecho penal: parte general*. (1.^a ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.
- Jurisprudencia**
- Corte Interamericana de Derechos Humanos**
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. (Sentencia del 29 de julio de 1988).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. (Sentencia del 26 de septiembre de 2006).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. (Sentencia del 24 de noviembre de 2006).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. (Sentencia del 5 de agosto de 2008).

Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá.
(Sentencia del 12 de agosto de 2008).

Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso: Tristán Donoso vs. Panamá. (Sentencia
del 27 de enero de 2009).

Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso Escher y otros vs. Brasil. (Sentencia del
6 de julio de 2009).

Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela.
(Sentencia del 1.º de julio de 2011).

Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso López Mendoza vs. Venezuela.
(Sentencia de 1.º de septiembre de 2011).

Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso Gelman vs. Uruguay. (Sentencia del 20
de marzo de 2013).

Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. (Sentencia
del 21 de mayo de 2013).

Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso J. vs. Perú. (Sentencia del 27 de
noviembre de 2013).

***Sala Constitucional de la Corte Suprema de
Justicia de Costa Rica***

Sala Constitucional, sentencia número, 1739-
92 del 1.º de julio de 1992.

Sala Constitucional, sentencia número, 4096-
93 del 5 de octubre de 1993.

Sala Constitucional, sentencia número, 1511-
94 del 22 de marzo de 1994.

Sala Constitucional, sentencia número, 3536-
94 del 15 de julio de 1994.

Sala Constitucional, sentencia número, 3842-
94 del 29 de julio de 1994.

Sala Constitucional, sentencia número, 3843-
94 del 29 de julio de 1994.

Sala Constitucional, sentencia número, 4128-
94 del 12 de agosto de 1994.

Sala Constitucional, sentencia número 5042-
94 del 6 de septiembre de 1994.

Sala Constitucional, sentencia número 5238-
94 del 14 de septiembre de 1994.

Sala Constitucional, sentencia número 6537-
94 del 4 de noviembre de 1994.

Sala Constitucional, sentencia número 7334-
94 del 14 de diciembre de 1994.

Sala Constitucional, sentencia número 1010-
1995 del 21 de febrero de 1995.

Sala Constitucional, sentencia número 6323-
95 del 17 de noviembre de 1995.

Sala Constitucional, sentencia número 5596-
96 del 22 de octubre de 1996.

Sala Constitucional, sentencia número 1023-
97 del 18 de febrero de 1997.

Sala Constitucional, sentencia número 2109-
98 del 25 de marzo de 1998.

Sala Constitucional, sentencia número 6470-
99 del 18 de agosto de 1999.

Sala Constitucional, sentencia número 1545-
2001 del 23 de febrero de 2001.

Sala Constitucional, sentencia número
10198-2001 del 10 de octubre de 2001.

Sala Constitucional, sentencia número 6511-
2002 del 3 de julio de 2002.

Sala Constitucional, sentencia número
12017-2002 del 18 de diciembre de 2002.

SENTENCIA ORAL EN MATERIA PENAL. PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN CUANTITATIVA

MSc. Laura Sánchez Sánchez*

RESUMEN

A partir de las críticas formuladas por la doctrina y la jurisprudencia nacional respecto al dictado de sentencias orales en los procesos penales, este artículo plantea un esquema metodológico válido para realizar una investigación que procure obtener resultados cuantitativos relacionados con las variables deducidas o por deducir de procesos penales que finalizan con sentencias orales y su comparación con procesos penales que finalizan con sentencias escritas.

Palabras claves: proceso penal, sentencia oral, sentencia escrita, Código Procesal Penal, oralidad.

ABSTRACT

This article, based on the criticisms formulated by the national doctrine and jurisprudence regarding the issuance of oral sentences in criminal proceedings, proposes a valid methodological scheme to carry out an investigation that seeks to obtain quantitative results related to the variables deduced or to be deduced from criminal processes that end with oral sentences and their comparison with criminal processes that end with written sentences.

Keywords: criminal process, oral sentence, written sentence, Code of Criminal Procedure, orality.

Recibido: 29 de abril de 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* Licenciatura En Derecho, Universidad de Costa Rica. Master En Administración de Justicia de la Universidad Nacional, con Enfoque Sociojurídico, y con Énfasis en la Pena. Juez del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José. Amplia Trayectoria como Jueza de Tránsito y en Materia Penal. Correo electrónico: Lsanchezsa@Poder-Judicial.go.cr

La promulgación del Código Procesal Penal de 1998 a partir del 1.º de enero de 1998 tenía, entre otras aspiraciones, la celeridad, la humanización de los procedimientos, la seguridad jurídica, la aplicación del derecho de fondo y el respeto a los derechos fundamentales entre otros.

No obstante, luego de los primeros años de vigencia del código, las estadísticas judiciales mostraban que los tribunales penales acumulaban una gran cantidad de asuntos pendientes de resolver, por lo que, en el año 2004, aproximadamente cuatro años después de que entrara en vigencia el Código Procesal Penal, ante la mora judicial y luego de examinar la experiencia de algunos países como Chile, en donde la implementación de la oralidad, según su experiencia, incidió en la celeridad de los procesos, el Poder Judicial decidió iniciar un proceso de modernización y, en el año 2006, se creó el curso *Oralidad y Proceso Penal, hacia un Proceso Penal por Audiencias*, dirigido a personas juzgadoras en materia penal, letrados y letradas de la Sala III, personal del Ministerio Público y de la Defensa Pública, así como personal técnico. El curso fue impartido por un equipo de profesionales, personas juzgadoras en su mayoría, que luego de observar la experiencia en otros países, la adaptaron al sistema costarricense.

Se creó además una Comisión de Oralidad y, en consonancia con esa posición institucional, el Consejo Superior dispuso que los despachos judiciales debían fomentar la oralidad en aquellos asuntos en que resultara aplicable, en procura de simplificar y darles celeridad a los procesos.

Debido al interés de las autoridades de la Corte Suprema de Justicia en la implementación de la oralidad principalmente en el proceso penal, aunque no se encontraba dentro de

los objetivos planteados, algunas personas juzgadoras consideraron que era viable implementar la oralidad para el dictado de las sentencias, de manera que poco a poco los tribunales penales comenzaron a dictar sentencias orales en asuntos de diversa naturaleza.

Recién iniciada esta práctica, los tribunales de casación discutían acerca de la legalidad y conveniencia de esa manera de emitir los fallos, ya que esta práctica rápidamente fue recomendada y aceptada por las autoridades administrativas y por los tribunales de instancia. Pero no se contaba con ningún estudio que determinara que el dictado de sentencias escritas presentaba problemas importantes de calidad o que el dictado de las sentencias escritas tuviera relación directa con la duración de los procesos.

La primera impresión era que las personas juzgadoras deseaban ahorrarse el tiempo de la redacción de la sentencia, lo que, en su momento, se consideró que era una ocurrencia, y poco a poco, se fue extendiendo, y muchos tribunales de instancia acudían al dictado de sentencias orales.

En ese contexto, en el año 2009, el Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial de San José formuló una consulta facultativa ante la Sala Constitucional, debido a la duda de la constitucionalidad de la práctica judicial de omitir la redacción de la sentencia y sustituir el documento escrito por una resolución emitida de forma oral. Según su criterio, esa premisa era incompatible con el Código Procesal Penal e infringiría el principio de legalidad, pues la legislación vigente disponía que la sentencias debían ser escritas, que ese cambio en la manera de emitir sentencia no significaba un avance, que el valor de los registros audiovisuales

era el asignado por la ley, se debía verificar la forma en que se realizó un determinado acto, y consideraba que la escritura era un instrumento de actuación social que cumplía una función comunicativa y organizativa, ya que escribir permitía revisar, mejorar, aclarar y completar su contenido, y consideró que estaba en juego el acceso a la Justicia que garantizaba la Constitución Política¹.

Mediante el voto 2009-3117 de febrero de 2009, de acuerdo con una interpretación sistemática e histórica de la norma, la Sala Constitucional consideró que el dictado de sentencias orales no vulneraba el principio de legalidad ni el acceso a la Justicia, por lo que no era inconstitucional.

En esa resolución, la Sala definió la oralidad como un principio de importancia dentro de un sistema procesal penal democrático y sostuvo que la oralidad en la fundamentación del fallo se ajustaba tanto a lo dispuesto en la legislación internacional de los derechos humanos como a la Constitución Política. Reconoció que, aunque la fundamentación de una sentencia podía resultar más complicada que una resolución dentro de la tramitación de una investigación previa, la decisión de utilizar la oralidad y la escritura para dejarla asentada no era por sí sola inconstitucional.

La opción de una u otra estaba relacionada con la capacidad de la persona juzgadora para razonar de manera oral o escrita, pues lo que interesaba era que la fundamentación fuera suficiente completa, clara y precisa. Resaltó el papel de las nuevas tecnologías utilizadas en el Poder Judicial y cómo la grabación en DVD permitía que se fundamentaran oralmente las sentencias.

En la sesión N° 28-09, celebrada el 31 de agosto de 2009, la Corte Plena aprobó el *Protocolo de actuaciones para el desempeño de los tribunales de juicio en materia penal*, texto elaborado por la Comisión de Asuntos Penales y la Sala Tercera que reunió una serie de recomendaciones luego de talleres realizados con las personas juzgadoras de distintas jurisdicciones.

A pesar del pronunciamiento de la Sala Constitucional respecto a la constitucionalidad de las sentencias orales, así como la posición adoptada por la Corte, la práctica permitió detectar una serie de inconvenientes prácticos que hicieron que se multiplicaran las críticas desde la academia y desde la propia Administración de Justicia, cuestionando la conveniencia del dictado de sentencias orales y la ausencia de consensos generalizados.

Desde sus experiencias como letradas y juezas de apelación de sentencia, Helena Ulloa Ramírez (2012) y Ana Isabel Solís Zamora (2014) elaboraron artículos en donde analizaron y señalaron puntualmente algunos inconvenientes con las sentencias orales.

A la fecha, nos encontramos en un momento en donde la Corte Suprema de Justicia avala el dictado de sentencias orales. De hecho, no solo emitió una circular titulada *Reglas para el dictado de sentencias orales en la jurisdicción penal de adultos y penal juvenil*, la cual ha reiterado en varias oportunidades, sino además promovió la creación de los tribunales de flagrancias, los cuales, según la Ley 8720, deben sin excepción dictar la sentencia en forma oral.

1 Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución 2009-0054 de las 13:40 del 22 de enero de 2009. Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Resolución 2009-0054.

Debido a que el procedimiento de flagrancia es un procedimiento expedito, parece que el valor agregado de la sentencia oral es el tiempo, pues esta debe ser dictada inmediatamente después de finalizada la deliberación. El legislador deja pasar la oportunidad de introducir la reforma legal de acuerdo con el protocolo y las consideraciones que habían emitido la jurisdicción penal y la propia Sala Constitucional, las cuales regularon en el proceso ordinario las sentencias orales y no por vía jurisprudencial como se había venido haciendo.

Cabe resaltar que, en la reforma que sufrió el proceso civil con la Ley 9342, publicada en el alcance 54 de *La Gaceta* 68 del 8 de abril de 2016, la cual rigió a partir del 8 de octubre de 2018, en el artículo 61, se estableció dentro de las disposiciones especiales sobre la sentencias que, en el caso de que se emitiera la sentencia oral, esta debía digitarse y entregarse a las partes. Se echa de menos una disposición de esa naturaleza en materia penal.

Desde lo planteado por las autoras antes mencionadas, hay que destacar al menos cuatro de los aspectos en los que coinciden y que, en su momento, cuestionaron la conveniencia de la sentencia oral, cuestionamientos que a la fecha tienen vigencia, y, tratándose del juzgamiento de personas adultas, se debería llamar a las personas juzgadoras a reflexionar y replantearse si el dictado de sentencias orales es lo más adecuado, si la variable del tiempo es real y si justifica avalar esa manera de emitir los fallos, máxime que, como se indicó, la Sala y de alguna manera las circulares de la Corte, tratándose de personas adultas, han dejado en manos de las personas juzgadoras la decisión de optar por una sentencia oral o escrita, ya que a

diferencia de lo que ocurre con las personas adultas, para la jurisdicción penal juvenil, las circulares expresamente señalan en qué casos necesariamente la sentencia se debe dictar de manera oral.

Veamos brevemente al menos cuatro de los aspectos o variables que se deben considerar cuando se emiten fallos orales que se traducen en críticas a esa forma de dictar sentencias:

- 1.- El conocimiento técnico de la persona juzgadora: al dictar una sentencia oral, la persona juzgadora debe hacerlo inmediatamente después de finalizada la deliberación, lo que a diferencia de lo que ocurre cuando el fallo se dicta por escrito, impide a la persona juzgadora consultar textos, jurisprudencia o fuentes a la hora de elaborar el fallo. Además, tratándose de un tribunal colegiado, difícilmente podría concebirse que otra de las personas juzgadoras que forman parte del tribunal intervenga para realizar una corrección o completar un razonamiento, como sí ocurre en un documento por escrito que puede ser analizado por quienes integran el tribunal. Esto necesariamente incide en la calidad del fallo, de ahí que se considera que la sentencia escrita en calidad supera a la sentencia oral. El dictado de una sentencia oral no garantiza el principio de concentración, en el tanto puede transcurrir entre la recepción de la prueba y el dictado de la sentencia, lo que también ocurre en las sentencias escritas. No obstante, al contar con varios días para la redacción de la sentencia, es fácil consultar los registros de la audiencia y evitar errores.

- 2.- Se destaca el tema de los problemas relacionados con la conservación del archivo digital. El Poder Judicial ha emitido circulares y lineamientos encaminados a reducir el riesgo de que no quede bien grabada una sentencia. A pesar de ellos, no son pocos los asuntos en que lamentablemente el fallo no queda respaldado, lo que genera la ineficacia del fallo y, por ende, las partes deben esperar más tiempo por una resolución firme, lo que no ocurre en el caso de las sentencias escritas cuyo respaldo quedará en el expediente, y es muy sencillo acceder a su contenido.
- 3.- Si bien uno de los argumentos a favor de la emisión de la sentencia oral es que favorece el acceso a las partes, la manera en que se registra la sentencia oral en un dispositivo DVD dificulta el acceso al contenido de la sentencia, sobre todo, en el caso de las personas privadas de libertad, pues no siempre en los centros penales cuentan con las facilidades para poder tener acceso a la sentencia. Este problema además se extiende en el caso de las víctimas, pues existen estudios que dan cuenta de que muchas de las personas que figuran como ofendidas en los procesos penales pertenecen a sectores de la población que con dificultad satisfacen sus necesidades mínimas. Así no siempre tienen a su disposición equipo que les permita poder revisar y tener acceso a las sentencias.
- 4.- En la fase de impugnación, frente a la sentencia escrita, la sentencia oral se dificulta a la hora de transcribir o tomar nota casi textual de alguna parte de esa sentencia oral al resolver los reclamos; en segunda instancia,

el tribunal debe invertir mucho más tiempo que la grabación, a lo que, en algunos casos, se le une a la mala calidad de las grabaciones, y que no todas las personas juzgadoras tienen la capacidad de emitir las sentencia. Se hace mal considerar que la labor de administrar justicia es como un ensayo académico en donde las personas juzgadoras, mediante prueba y error, afinan sus destrezas en la emisión de fallos.

Se debe evaluar si los aspectos antes mencionados tienen un impacto en el resultado de los procesos que finalizan con sentencia oral, se trata de ir más allá de aspectos cualitativos como la opinión de las personas involucradas, para dar con datos duros que los jueces y las juezas puedan considerar y, sobre todo, las instancias del Poder Judicial para valorar continuar avalando la práctica o retomar la escritura como la manera en que se emiten los fallos. No son pocos los asuntos en que se opta por el fallo oral, solo en el caso del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, el tribunal más grande del país, en el segundo semestre del 2021, de las 523 sentencias dictadas, 171 fueron sentencias orales, es decir, un 32%, lo que significa que más de tres de cada diez sentencias se dictan de manera oral, siendo evidente que la práctica se ha consolidado.

Se impone la necesidad de contar con datos que nos indiquen el impacto de esa práctica en aspectos, como por ejemplo, cuántos de esos asuntos se anulan por problemas relacionados con la fundamentación, cuántos presentan problemas con la grabación, cuál es el tiempo de resolución, y si los grupos de trabajo que optan por el dictado de sentencias orales tienen mayor o menor circulante que aquellos grupos de trabajo que dictan menos

sentencias orales o que del todo dictan todas sus sentencia de manera escrita.

Se debe contar con elementos objetivos que permitan valorar si es adecuado mantener la resolución oral o si lo más conveniente es volver al esquema en donde las sentencias sean solamente escritas, a partir de que resulte ser la mejor respuesta, sobre todo cuando la sentencia debe ser revisada integralmente.

Una investigación de esa naturaleza les ayudaría a las personas juzgadoras a identificar de manera real en cuáles casos pueden resolver los asuntos sometidos a su conocimiento mediante la emisión de un fallo oral y, de esa manera, tomar la decisión. Pero además más allá de la posición de cada tribunal, la institución podrá evaluar si esta práctica garantiza el acceso a la Justicia, reduce la mora judicial, si es una práctica que poco a poco debe ir quedando en desuso o si es necesario introducir una reforma legal que regule el tema dentro del Código Procesal Penal.

Seguidamente se presenta el esquema metodológico sugerido para realizar una investigación que procure obtener resultados cuantitativos relacionados con variables deducidas o por deducir de juicios con sentencias orales y su comparación con juicios de sentencias escritas, variables que partirían de las críticas formuladas a esta práctica. No pretendo ser exhaustiva, sino plantear un esquema metodológico válido para seguir en posteriores investigaciones y resaltar algunos de sus alcances.

Objetivos de la propuesta

- Objetivo general de la propuesta: determinar algunos valores cuantitativos de atributos de las sentencias orales y de las sentencias escritas.
- Objetivos específicos:
- Estimar atributos cuantitativos de determinada población de sentencias orales en un período definido.
- Estimar atributos cuantitativos de determinada población de sentencias escritas en un período definido.
- Determinar si existe diferencia significativa entre los atributos comparables obtenidos de ambas poblaciones.

Definición de variables cuantificables y de parámetros poblacionales a investigar

Deben definirse variables que puedan ser cuantificables y cuya información sea claramente identificable y disponible, las cuales podrían dar insumos cuando se discute la viabilidad de legitimar el dictado oral de sentencias y, sobre todo, cuando se le fomenta. Estas variables podrían ser:

- Duración de juicio (audiencias invertidas).
- Duración de exposición de la sentencia.
- Resultado de sentencia (% de absolutorias, % de condenatorias, % de sobreseimientos).
- Sentencias anuladas por problemas de fundamentación.
- Audiencias con respaldo defectuoso.
- Duración de la etapa de impugnación.
- Destreza de la persona juzgadora en la deducción de una sentencia oral y opinión de las partes (variables que tendrían que instrumentalizarse para ser cuantificables).

Estas variables definen atributos de la población de sentencias, y dichos atributos definen el conjunto de parámetros de interés de la investigación.

Fuentes de información

Las fuentes de información se pueden dividir en tres básicamente:

- Información recopilada y generada por los sistemas de información propios del Poder Judicial que conforman bases de datos para fines administrativos, estadísticos y judiciales.
- Información recopilada y generada por la revisión de bases de datos del Poder Judicial, incluyendo revisión de expedientes judiciales y materiales audiovisuales correspondientes.
- Información generada mediante consultas (entrevistas y cuestionarios) con las distintas partes del proceso judicial, incluyendo personas juzgadoras, auxiliares, defensa, Ministerio Público, querellantes, abogados y abogadas representantes y personal administrativo de la administración judicial.

Resulta fundamental garantizar la disponibilidad y acceso a la información requerida y estimar los costos de acceso a esta o de su levantamiento directo de la fuente.

Tipo de investigación cuantitativa

Pueden definirse dos tipos de investigación cuantitativas, según se abarque total o parcialmente la información disponible.

- Estudio de toda la población. Mediante el análisis, consulta y procesamiento de toda la información disponible en determinado período, se obtienen los

valores de los parámetros poblacionales de interés. Normalmente este tipo de investigación es económicamente costosa, requiere mucho tiempo y difícilmente se logra el levantamiento del 100% de la información requerida.

- Estudio de una muestra de la población. Se analiza, consulta y procesa solo una parte (muestra) de la información disponible en determinado periodo y se obtienen los valores de los parámetros correspondientes a dicha parte de la población. Respecto a las investigaciones que estudian a toda la población, los estudios de una muestra son más rápidos, menos costosos y permiten sustituir elementos por otros en caso de que no estén disponibles. Sobre este tipo de estudio, se centra el esquema metodológico expuesto, específicamente sobre los muestreos probabilísticos.

Muestreos probabilísticos

En estadística, se conoce como muestreo la técnica para la selección de una muestra a partir de una población. Al elegir una muestra, se espera conseguir que sus propiedades sean extrapolables a la población. Este proceso permite ahorrar recursos y, a la vez, obtener resultados parecidos a los que se alcanzarían, si se realiza un estudio de toda la población.

Se dice que un muestreo es probabilístico en la medida que la selección de los elementos de la muestra incorpore el azar, de manera que todos los elementos de la población tienen alguna probabilidad (oportunidad) conocida *a priori* de ser escogidos en la muestra. Forman parte de este tipo de muestreo todos aquellos métodos para los que puede calcularse la probabilidad de extracción de cualquiera de las muestras posibles. El presente esquema

se centra en los tipos de muestreo aleatorio simple y muestreo estratificado proporcional.

- Muestreo aleatorio simple. Es un tipo de muestreo donde cada uno de los elementos componentes de la población tienen la misma probabilidad de ser seleccionados en la muestra, independientemente de sus características (por ejemplo, ubicación geográfica o tribunal penal).
- Muestreo estratificado. Consiste en la división previa de la población de estudio en grupos o clases que se supone que son homogéneos con respecto a alguna característica de las que se van a estudiar. A cada uno de estos estratos se le asignaría una cuota que determinaría el número de miembros de la muestra. Una de las técnicas más usadas por seleccionar el tamaño de la muestra dentro de cada estrato es la asignación proporcional al tamaño del estrato dentro de la población. Por ejemplo, la cantidad de sentencias orales por tribunal y la proporción que representa del total determinarían el total de sentencias por tribunal que serán seleccionadas (representadas) dentro de la muestra.

Resultados esperados de los muestreos probabilísticos

El uso de muestras probabilísticas posibilita la obtención de resultados válidos para la población de la cual fue extraída dado un margen de error esperado entre los valores de los parámetros de la población y la muestra, y un nivel de confianza (probabilidad) de que los valores obtenidos de la muestra estén dentro de la zona de tolerancia predefinida. Básicamente los resultados que pueden obtenerse son de los siguientes tipos:

- Estimación de parámetros de la población de estudio. Los resultados obtenidos de la muestra permiten estimar los valores de los parámetros poblacionales, dado un margen de error (diferencia entre el valor del parámetro poblacional y el valor del parámetro de la muestra), y el nivel de confianza (probabilidad) asociado; por ejemplo, determinar la duración de los juicios según tribunal.
- Comparación de parámetros de dos poblaciones. Dado un nivel de confianza (probabilidad) y un margen de error predefinido, se estima cuán diferentes son los valores estimados de los parámetros de dos poblaciones diferentes y se determina si estadísticamente tienen diferencias significativas; por ejemplo, determinar la proporción de sentencias absolutorias respecto al total de sentencias en juicios orales con la proporción de sentencias absolutorias respecto al total de sentencias en juicios escritos, en un período determinado y correspondiente a un mismo tribunal, y definir si estadísticamente tienen diferencias significativas dado el nivel de confianza y margen de error definidos.

Definiciones y nomenclatura

Para explicar el esquema que se presentará, se procede con las siguientes definiciones y nomenclaturas:

- N^t = total de sentencias en asuntos penales emitidas en Costa Rica en el período t.
- N_o^t = total de sentencias orales en asuntos penales emitidas en Costa Rica en el período t.

- N_e^t = total de sentencias escritas en asuntos penales emitidas en Costa Rica en el período t.
- Entonces:
 $N^t = N_o^t + N_e^t$

Selección de muestra en el muestreo simple al azar

Para estimar los parámetros de la población, se selecciona una muestra de dicha población. La selección de la muestra depende del tipo de muestreo seleccionado. Para fines de la exposición, solo se considera el muestreo simple al azar o muestreo aleatorio simple. En el muestreo simple al azar, cada uno de los elementos de la población (en este caso, cada una de las sentencias orales emitidas en el país durante un período dado) tiene la misma probabilidad de ser seleccionado en la muestra.

La muestra probabilística de tamaño n para cada población se selecciona utilizando la siguiente fórmula:

- $n = 1 / (1 + n_1/N)$ con $n_1 = (Z_{\alpha/2})^2 * (P * Q) / d^2$
donde: $(1-\alpha)$ = nivel de confianza y determina el valor de $Z_{\alpha/2}$;
- $(P * Q) = \sigma^2 = 0,25$ variancia máxima;
- d = margen de error (máxima diferencia permitida).

La aplicación de la fórmula sobre poblaciones reales (la mayoría de las veces representadas por listas de datos) permite generar muestras de cada población:

- $n = n_o^t$ (muestra de sentencias orales)
- $n = n_e^t$ (muestra de sentencias escritas)

Estimación de parámetros para sentencia orales

Cada una de las muestras obtenidas se compone de un conjunto de datos que contienen la información suficiente y necesaria para obtener los valores de los parámetros que pretenden ser estimados para cada población respectivamente, y de hecho se logra su estimación:

- $(\Theta_{1o}, \dots, \Theta_{ko})$ (parámetros estimados de los atributos de las sentencias orales)
- $(\Theta_{1e}, \dots, \Theta_{ke})$ (parámetros estimados de los atributos de las sentencias escritas)

La estimación de parámetros está determinada por el nivel de confianza y margen de error asociados a cada muestra; por ejemplo, si se determina que el porcentaje de sentencias orales en el Tribunal del Primer Circuito de San José que dictan absolutoria durante el primer semestre del 2011 representa el 51 % del total de sentencias orales con un margen de error de $\pm 5\%$ y un nivel de confianza del 95%.

Similarmente, si se compara este porcentaje con el de sentencias escritas que dictan absolutoria para el mismo tribunal y para el mismo período y el dato resulta ser 55%, se tendría que hacer una prueba de hipótesis estadística para determinar si esa diferencia es significativa e indicar el margen de error permitido y el nivel de confianza de aceptación.

Cumplimiento de objetivos propuestos

- Con el cálculo de los valores $(\Theta_{1o}, \dots, \Theta_{ko})$ $(\Theta_{1e}, \dots, \Theta_{ke})$, se cumpliría el primer objetivo de la investigación sugerida: estimar los parámetros poblacionales de interés para cada población estudiada.
- Para comparar estadísticamente los parámetros de cada población con el fin

de determinar si presentan diferencias (o unos son mayores, iguales o menores que los de la otra población), se tendría que hacer una prueba de hipótesis sujeta a los márgenes de error permitidos y los niveles de confianza establecidos. Los resultados de las pruebas de hipótesis permitirían alcanzar el segundo objetivo propuesto de la investigación sugerida.

Esquema de investigación propuesta

La figura 1 muestra el flujo de información requerido para obtener las muestras de dos poblaciones diferentes, una correspondiente a sentencias orales y otra a sentencias escritas en determinado período t.

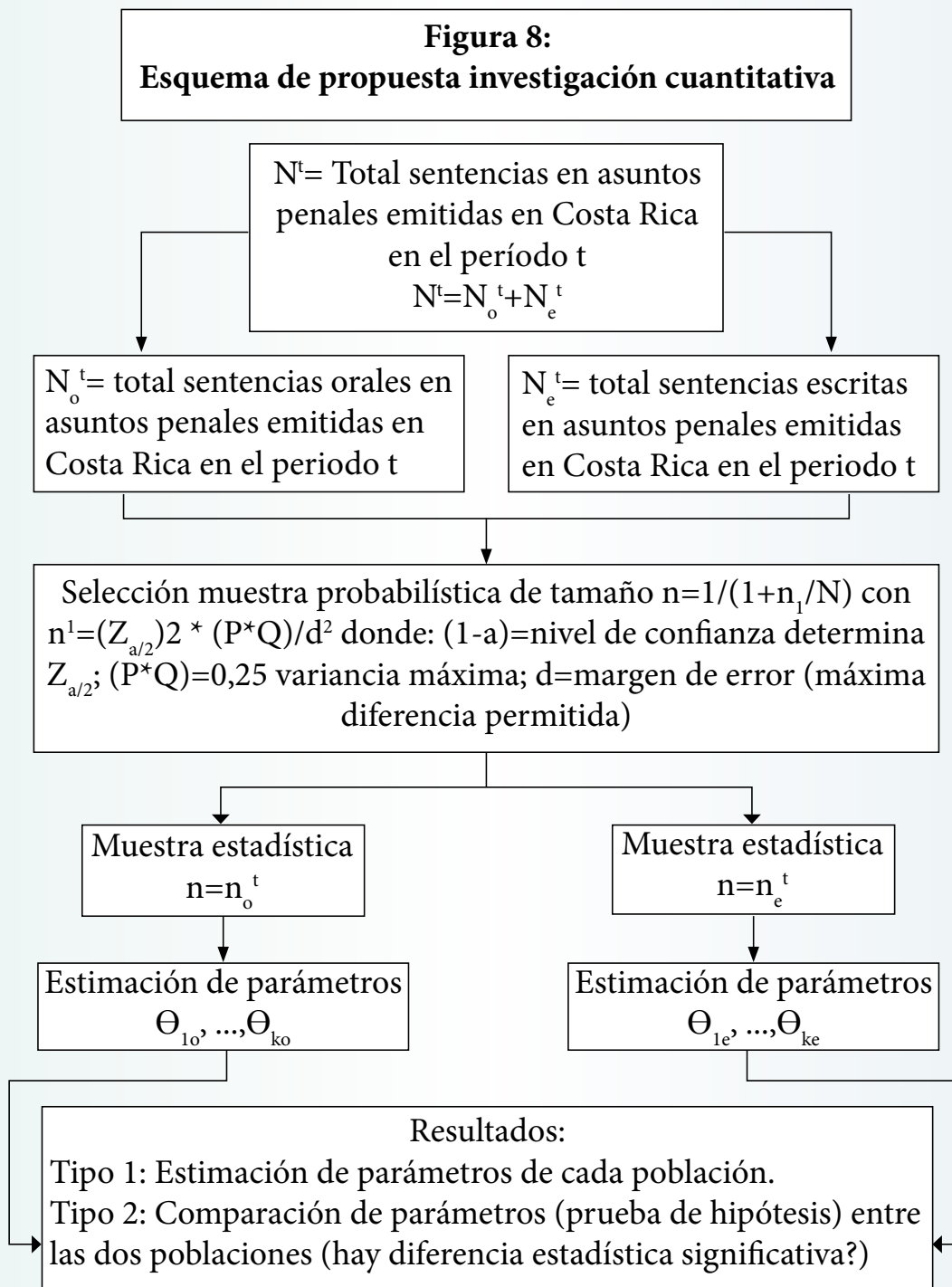
El esquema indica como tribunal “Costa Rica” para referirse a la totalidad de tribunales penales del país. Pero puede ajustarse la selección de la muestra al tribunal o tribunales que se consideren y que disponga

la información. En el caso que nos ocupa, valdría considerar además de los tribunales ubicados en el Área Metropolitana, los que se hallan en lugares alejados y donde se ha detectado que más asuntos son anulados en segunda instancia.

También es relevante para la comprensión del esquema entender que la línea de puntos que une unidireccionalmente la caja del proceso de selección de la muestra con la caja del proceso de obtención de resultados es para indicar que los resultados que se generen están asociados a los niveles de confianza definidos para las estimaciones y pruebas de hipótesis y también por el margen de error permitido.

A partir de los resultados de una investigación como se plantea y una vez medidos los resultados, toda la información que se obtenga deberá ser remitida y socializada con los tribunales involucrados y, especialmente, con la Comisión de la Jurisdicción Penal.

Figura 1: Esquema de propuesta de investigación cuantitativa



BIBLIOGRAFÍA

Libros

Antillón Montealegre W. (2004). El sistema de la oralidad. En *Ensayos de derecho procesal penal*. Tomo II. Investigaciones Jurídicas S. A.

Chinchilla Calderón, R. (2010). *Principio de legalidad. ¿Muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en Costa Rica?* Editorial Investigaciones Jurídicas.

Chinchilla Calderón, R. (2012). *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica*. Editorial Investigaciones Jurídicas.

Cochran, W. (1991). *Técnicas de muestreo*. CECSA.

Hernández Rodríguez, O. (2009). *Estadística elemental para ciencias sociales*. Editorial Universidad de Costa Rica.

Quintana Ruiz, C. (1989). *Elementos de inferencia estadística*. Editorial Universidad de Costa Rica.

Quirós Camacho J. (2007). La oralidad en el proceso penal costarricense. En *Derecho procesal penal costarricense*. Asociación de Ciencias Penales.

Quirós Camacho J. (2008). *Manual de proceso penal*. Investigaciones Jurídicas.

Solís. (9 de abril de 2022). *La sentencia oral: ¿justicia pronta y cumplida?* Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33563.pdf>

Revistas

Arroyo, J. (2008). Problemas para la implementación de la oralidad en el proceso penal costarricense. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. (25).

González, D. (1996). La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. *Revista de Ciencias Penales*. (11). 639-670. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/18483>

Solís Zamora, A. (2014). La sentencia oral: ¿justicia pronta y cumplida? *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. (29). 175-185. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r33563.pdf>

LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA: EL INFORME DEL INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA

*MSc. Minor Soto Fallas**

RESUMEN

La fijación de la pena, como parte de la fundamentación de la sentencia, es una actividad reglada sujeta a normas preceptivas que puede y debe ser controlada. Esta actividad también debe apoyarse en la ciencia criminológica, de modo que las circunstancias de cada persona imputada se valoren y la sanción sea proporcionada a su culpabilidad, todo ello en atención a los fines positivos especiales y generales de la pena. En este sentido, es fundamental el informe del Instituto Nacional de Criminología, tal y como se dispone en el artículo 71, in fine, del Código Procesal Penal. Deben rechazarse las interpretaciones que restan valor preceptivo a esta norma o que minimizan los aportes de la ciencia criminológica.

Palabras clave: Fundamentación de la sentencia, fijación de la pena, norma preceptiva, culpabilidad, Instituto Nacional de Criminología.

ABSTRACT

Sentencing, as part of the justification of the sentence, is a regulated activity subject to prescriptive norms that can and should be controlled. This activity must also be based on criminological science, so that the circumstances of each accused person are assessed and the sanction is proportional to their guilt, all in attention to the positive, special and general, purposes of the sentence. In this sense, the report of the National Institute of Criminology is essential, in accordance with the provisions of article 71, in fine, of the Criminal Procedure Code. Interpretations that diminish the prescriptive value of this norm or that minimize the contributions of criminological science should be rejected.

Keywords: Justification of the judgment, sentencing, prescriptive rule, culpability, National Institute of Criminology.

Recibido: 26 de abril de 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2022

* Juez penal 4, Tribunal Penal de Desamparados. Máster en Administración de Justicia.
Correo electrónico msotof@poder-judicial.go.cr

SUMARIO

- I.- Introducción.
- II.- Libre autodeterminación y responsabilidad penal.
- III.- Ordenamiento penal y obligación de establecer la culpabilidad de la persona encartada.
- IV.- Naturaleza preceptiva del artículo 71.
- V.- Error jurisprudencial en la interpretación del artículo 71. 5.1.- Generalización apresurada. 5.2.- El Informe del Instituto Criminológico no es vinculante para el juez. 5.3.- Idoneidad del Informe del Instituto Criminológico como medio probatorio.
- VI.- Conclusiones.
- VII.- Bibliografía.

I.- INTRODUCCIÓN

Si la sociología jurídica es la parte de la sociología que investiga las causas y los efectos sociales de las instituciones y de las normas jurídicas; es decir, las relaciones entre derecho y sociedad (<https://dpej.rae.es/lema/sociolog%C3%ADa-del-derecho>), las conclusiones de esta disciplina resultan de consulta obligada cuando se trata del derecho penal, esa rama del ordenamiento jurídico que, con mayor prevalencia cotidiana, afecta los derechos fundamentales de amplios sectores de la ciudadanía y que, en definitiva, puede alterar el tejido social.

Por supuesto, las conclusiones de la sociología jurídica deben ser consideradas al decidir la política criminal del Estado. Pero también la aplicación práctica del derecho punitivo por parte de los órganos jurisdiccionales sentenciadores acarrea, a su vez, una particular imbricación de doble vía con la política criminal y con la misma sociología jurídica, de forma que, debido

a esta retroalimentación permanente, el juzgamiento y sanción de los delitos, realmente responda a la tutela de bienes jurídicos fundamentales, pero ante todo, que, en la sanción de las mismas infracciones penales, se considere rigurosamente la culpabilidad de la persona procesada, de modo que la concreta sanción penal no solo responda a su situación concreta, sino también a esa política de persecución criminal que, de acuerdo con las conclusiones de la sociología jurídica, lejos de criminalizar la marginación social y económica, se oriente a los fines positivos de prevención general y especial.

A propósito de la criminalización de ciertos sectores sociales, escribe Muñoz, citado por Díez González y José Antonio Álvarez Díaz:

Debe, en todo caso, advertirse que aunque normalmente el fenómeno de la exclusión se vincula al de la pobreza - haciendo referencia al aspecto más económico del problema -, la exclusión es un concepto más amplio que incluye una vertiente estructural. Comprende, ante todo, las relaciones de los individuos con la estructura social en la que se encuentran, determinando su integración o su no integración. En definitiva, se puede decir que la exclusión social "supone una acumulación de barreras que se interponen en la autonomía personal e impiden la participación en la vida social mayoritaria (Muñoz, 2003).

Es evidente que, al fijar la pena, la labor de la jueza y del juez no es discrecional, es una actividad reglada sujeta a normas preceptivas que puede y debe ser controlada; pero que debe apoyarse también en otras ciencias a

fin de que el quehacer jurisdiccional no se degrade a un mero silogismo, aséptico, de espalda a la realidad social de ese sector de la población que está siendo criminalizado, cuyas circunstancias particulares no pueden obviarse al establecer la responsabilidad penal; de lo contrario, los fines especiales y, en general, positivos de la pena no serán más que una mera declaración de principios.

De ahí deriva la capital importancia que, para la fijación de la pena, como acto culminante del sistema penal, tiene el dictamen que debe rendir el Instituto Nacional de Criminología sobre la situación personal de la persona imputada, de modo que esa respuesta penal sea proporcional a su culpabilidad.

Como bien señala SUBIJANA refiriéndose a los informes criminológicos en el ámbito de las penas privativas de libertad:

“Tales informes, en razón de la materia que se contraen, delimitación de la presencia de una prognosis criminal favorable o exigencia de un informe individualizado de reinserción social, única y exclusivamente pueden ser emitidos por expertos en ciencias empíricas e interdisciplinarias, como la Criminología, que aporten al juez conocimientos científicos que permitan conferir cierta solvencia a su decisión, para no caer en una resolución de signo intuitivo. De no contar con tal auxilio, el juez, consciente de sus carencias en este ámbito, sustituye el modelo constitucional de respuesta judicial (decisión razonable y razonada en la que se exteriorizan los criterios que abocan a su adopción como medio de conferir sentido al

Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva [...] y evitar la aparición de la arbitrariedad en el ejercicio de un poder público [...] por un modelo ad hoc en el que la voluntad usurpa el lugar del raciocinio y emerge una decisión cuyos fundamentos, de existir, única y exclusivamente se encuentran en el arcano de la personalidad del juez.

II.- LIBRE AUTODETERMINACIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL

Nuestro ordenamiento jurídico penal parte de una premisa fundamental: La libre autodeterminación del individuo, libertad que se presume, salvo prueba en contrario, y que constituye la base de la culpabilidad.

De esta forma, salvo que se demuestre la inimputabilidad del autor (artículo 42 del Código Penal) o que este haya incurrido en error (artículos 34 y 35 del Código Penal), o cuando no tenía otra alternativa (artículo 38 del Código Penal), o cuando no puede imputársele la comisión de una acción en sentido jurídico-penal, pues no han mediado ni conocimiento ni voluntad (artículos 30 y 33 del Código Penal), quien comete una acción típica y antijurídica se asume que decidió libre y voluntariamente infringir el ordenamiento jurídico y, por ende, está sujeto a una pena.

Sabemos entonces que una persona que ha actuado en pleno uso de sus facultades mentales, que no ha incurrido en error y que tenía la posibilidad de elegir, entre actuar y no hacerlo, es culpable.

Cabe preguntarse, sin embargo, si es esa o solo esa la culpabilidad a la que se refiere la

Sección V del título segundo del Código Penal, o si la culpabilidad en función de la cual debe precisarse la pena es aquella particular de la persona procesada, la que está determinada por sus circunstancias y que determina su capacidad real de autodeterminación.

No puede olvidarse, tal y como escribe Subijana, que:

La necesidad de motivar la resolución, no solo acudiendo a la influencia en el desvalor del injusto o en el juicio de reprochabilidad de las denominadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sino también atendiendo a las circunstancias personales del victimario [...], exige un conocimiento explícito de la realidad que circunda a la persona del victimario, conocimiento que debe deferirse de un completo informe sobre los aspectos psicológicos, educativos, familiares o sociales elaborado por personal técnico cualificado [...] (p. 146).

La aplicación del derecho penal no puede ceñirse, únicamente, a la mera constatación de presupuestos normativos y a la atribución de consecuencias jurídicas, lo que de por sí ya es una ardua tarea, pues debe considerar la realidad social de quien está sometido al proceso penal y precisar no una mera pena privativa de libertad, sino una medida que responda a los principios de prevención general y especial positivas. Esto es reconocido por nuestro más alto tribunal penal al considerar que la sanción punitiva se determina en función de la culpabilidad del procesado:

En la determinación de la sanción, cobran relevancia los fines de ésta, los cuales se encuentran definidos por el legislador y que, deben ser considerados para el desarrollo de la individualización de la pena que también es una garantía que parte, indeclinablemente, del respeto al principio de legalidad, de modo tal, que al fijarla no puede obviarse aquélla que el legislador ha definido para la conducta de que se trate, porque en el estado actual de nuestro sistema, el Juez no puede desvincularse del dato legislativo, ni puede seleccionar o variar la sanción según su mejor criterio, de manera que la dimensión del juicio de reproche, anticipado por el legislador en los extremos mínimo y máximo de la pena establecida, debe realizarse dentro de esos márgenes y ateniéndose a los lineamientos del numeral 71 del Código Penal, en aquellos aspectos que resulten relevantes para la solución del caso concreto. De ahí que, la culpabilidad normativa, obliga al Juzgador a justipreciar las circunstancias que rodean al agente al momento de la comisión del hecho delictivo, para establecer si el ordenamiento jurídico podía -bajo las circunstancias concretas- requerir con mayor o menor severidad una acción ajustada a derecho, y así cuanto más exigible más reprochable y por el contrario cuanto menos exigible menos reprochable. La culpabilidad no es sino, el reproche por actuar con conciencia clara de la ilicitud

del hecho que se realiza, junto al incumplimiento con el derecho y con la sociedad -sin riesgo físico y sin presión psíquica insuperables- en circunstancias idóneas para actuar correctamente. Se trata de una opción realizada consciente, donde el sujeto se inclina por la violación de la norma no obstante haber podido actuar conforme a derecho. Ahora bien, así como se dijo que a más exigibilidad mayor severidad del reproche, así cuanto mayor reprochabilidad, mayor pena. La individualización de la pena adecuar la sanción al nivel de reproche que corresponda hacer a la persona autora del ilícito- implica realizar un esfuerzo de concreción y de análisis de las características propias del autor o autora, que ayudan a imponer la pena justa y proporcionada a su culpabilidad. (Sala Tercera de la Corte, resolución n.º 01639-2014 de las 4:04 p. m., del 14 de octubre de 2014).

III.- Ordenamiento penal y obligación de establecer la culpabilidad de la persona encartada

Tanto la normativa penal como la procesal penal contemplan disposiciones que orientan al operador jurídico en el camino por la búsqueda de la norma aplicable al caso concreto. No obstante, estos textos legales son o muy generales o pasan desapercibidos, o, simplemente, son obviados cuando resultan incómodos en un contexto de persecución criminal que prioriza el castigo o la represión antes que el reconocimiento de la intrínseca dignidad del ser humano, principio fundamental de un Estado democrático.

De este modo, la determinación de la culpabilidad, que es la piedra angular para la fijación de la pena, cede ante criterios de más fácil determinación, como la existencia de hechos o circunstancias propios de la acción delictiva concreta, para fundamentar la sanción punitiva.

Dentro de la miríada de disposiciones explícitas e implícitas que podrían descubrirse en nuestro ordenamiento jurídico sobre el tema, vamos a centrar nuestra atención en el párrafo final del artículo 71 del Código Penal, el cual a la letra dispone: “Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez”.

Todo ello, claro está, se rige en relación con el inciso e) del mismo artículo, el cual ordena valorar, para la fijación de la pena, las condiciones personales del sujeto activo en la medida en que hayan influido en la comisión del delito.

En definitiva, la fijación de la pena está guiada por un principio fundamental, el cual es la necesidad de considerar las características personales de la persona condenada y sus condicionamientos sociales y culturales, a fin de modular la sanción y que esta cumpla su acción rehabilitadora.

En tal sentido, en la resolución n.º 00388-2002 de las nueve horas y veinticinco minutos del 24 de mayo de 2002, el Tribunal de Casación Penal razona:

[...] si la finalidad de la pena es la reforma y readaptación social del condenado, su propósito -de

prevención especial positiva- es el de aplicarse en la medida necesaria para la reinserción social del condenado. La individualización de la pena gravita en torno a la necesidad individual de castigo, dentro de los parámetros fijados por la ley. Se tiene así la finalidad de la pena: la necesidad individual de ella.

Este no es un tema banal y se ha reiterado una y otra vez en la jurisprudencia patria, la cual se apoya en la mejor doctrina, sin que exista desacuerdo alguno. Al respecto considera la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

II.- [...] En efecto, tanto el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia establecen el fin readaptador de la pena, alejándose de las teorías retributivas, que ven la sanción como un fin en sí mismo, un imperativo categórico como lo llamó Kant, un restablecimiento del derecho según Hegel, un mal mediante el cual se retribuye y castiga la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se abandonan también las ideas de la prevención general, que consideran que la pena actúa como una amenaza sobre la comunidad, la que se sentirá desestimulada a cometer delitos ante la certeza del castigo. Nuestro ordenamiento sigue la teoría de la prevención especial, dirigida a la persona concreta que ha cometido un delito. Es así como los tratados internacionales y el Código Penal se refieren a la “resocialización”

de quien ha infringido la ley. Se ha considerado que esta posición cumple en mejor forma los cometidos del derecho penal y los principios del Estado social: “En tanto la teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal (cfr: supra 2), en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución” (Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Civitas S.A., 1997, página 87). A pesar de lo indicado, de la teoría retribucionista se ha rescatado la idea de que la culpabilidad ha de ser el límite de la pena, pero se aparta de ella en cuanto, en resguardo de la prevención especial, señala que podría ser inferior a la medida de la culpabilidad, cuando con ella sea suficiente a los fines de la resocialización.

IV.- NATURALEZA PRECEPTIVA DEL ARTÍCULO 71

La naturaleza preceptiva de esta disposición no ofrece duda alguna, así es reconocida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

La labor del Tribunal en la fijación de la pena se encuentra muy especialmente tasada en la ley, ya que el propio artículo 71 inmediatamente señala los parámetros que deben orientar la tasación del monto de la pena en cada caso concreto, sin que el juez pueda recurrir a prejuicios, criterios arbitrarios, o tomar en consideración factores distintos a los previstos por el legislador [...]. (Resolución n.º 01189-2000 de las 10:10 del 13 de octubre de 2000).

Adicionalmente, la Sala Constitucional ha dispuesto que la debida fundamentación de la pena forma parte del debido proceso (véanse entre muchos otros los votos 1760-96 de las 11:06 h del 19 de abril de 1996 y 7333-94 de las 15:06 h del 14 de diciembre de 1994).

Concretamente, la disposición que exige el dictamen criminológico para la fijación de la pena, recogida en el último párrafo del artículo 71, se encuentra vigente desde 1971, es decir, por más de cincuenta años, sin mayor utilidad que la de un mero formalismo dogmático; pero sin arraigo en el quehacer jurisdiccional, pese a que los numerales 5.3 y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos disponen: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente» y «Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

En igual sentido, el numeral 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo conducente señala: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados [...]”. Y el numeral 51 del Código Penal establece la ‘acción rehabilitadora’ como finalidad de las penas.

Ahora bien, si el artículo 71 es una guía vinculante para la persona juzgadora, esto se traduce, necesariamente, en la obligación de solicitar al Instituto de Criminología las características psicológicas, psiquiátricas y sociales de la persona imputada, así como la información referente a su educación y antecedentes. Nótese que la disposición penal de cita no atribuye poder discrecional alguno al juez y a la jueza. Por el contrario, claramente dispone que estos deben solicitar el dictamen. Sin embargo, esta conclusión, que parece obligada, ha sido dejada de lado con argumentos falaces.

V.- ERROR JURISPRUDENCIAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 71

Fundamentalmente, el razonamiento seguido por los órganos jurisdiccionales para restar carácter vinculante al artículo 71 parte de tres premisas equivocadas: La primera es atribuir una función meramente enunciativa a la citada disposición legal, incluso casi superflua, de modo que el juez puede apartarse de la norma, si así lo estima necesario; la segunda, anteponer razones de orden práctico a un imperativo legal, como lo es no exigir el dictamen de criminología ante la posibilidad de que este no se rinda a tiempo; y la tercera, sobrestimar la capacidad del juez para pronunciarse sobre variables criminológicas.

A propósito, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia señala:

Al respecto se ha entendido lo siguiente: “[...] conviene también recordar que al fijar el quantum de la sanción los juzgadores no están obligados a considerar todas y cada una de las hipótesis que incorpora el numeral 71 del Código Penal ya citado, pues en realidad las mismas simplemente constituyen un listado abierto de parámetros que a dicho efecto podrán valorarse, siendo legítima la fundamentación de dicho apartado aún y cuando en el fallo sólo se analicen algunos de ellos e, incluso, cuando se consideren otros aspectos no incluidos allí expresamente. En este sentido esta Sala ha indicado que “[...] puede afirmarse que aunque suprimiéramos hipotéticamente el artículo 71 del Código Penal, subsistiría para el juzgador la ineludible obligación de fundamentar la fijación de la pena en sentencia. A la luz de estos razonamientos es que debe analizarse la norma contenida en el artículo 71 del Código Penal, que señala algunas cuestiones que el juez debe considerar en ese aspecto. Cabe preguntarse cuál es la naturaleza de este listado de circunstancias a “tomar en cuenta”. “¿Está el Juez obligado a agotar la lista, es decir, a considerar cada una de tales cuestiones? La práctica judicial enseña que no en todos los casos se dan los elementos señalados, o algunos de ellos en ciertos casos son irrelevantes, o no se cuenta con elementos de juicio

adecuados para darles contenido (esto sucede precisamente con el informe del Instituto Criminológico, que rara vez llega a manos del Juez a tiempo). Entonces sería absurdo exigir al Juzgador que agote ese listado. Por lo tanto, debe concluirse que la enumeración del artículo 71 del Código Penal es puramente enunciativa, ejemplificativa o explicativa, tanto así que no excluye la posibilidad de que el Juez agregue o introduzca otras circunstancias dignas de ser consideradas a la hora de fijar la pena [...]”, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 0051-F-95, de las 9:50 hrs. del 14 de febrero de 1995 [...]”, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 667-00, de las 11:05 horas, del 16 de junio de 2000.” (Sala Tercera de la Corte, resolución N° 01836 - 2012, de las 10:48 a. m., del 05 de Diciembre del 2012). Véanse también las resoluciones del mismo órgano jurisdiccional número 2001-00376, de las 14:40 del 24 de abril de 2001, 00245 - 2012, de las 10:39 a. m. del 17 de Febrero del 2012, 0051-F-95, de las 9:50 hrs. del 14 de febrero de 1995, 667-00, de las 11:05 horas, del 16 de junio de 2000, 00313 - 2010 de las 8:50 a. m., del 30 de Abril del 2010, 2006-0637, de las 11:00 horas, del 7 de julio de 2006.

5.1- Generalización apresurada.

Se puede advertir en la jurisprudencia de cita un error lógico esencial, ya que se atribuye al todo lo que es propio de una parte. En efecto, si bien es cierto, en el artículo 71 del

Código Penal, el legislador no puede agotar todos las variables que pueden incidir en la fijación de la pena y que, por otra parte, no todos los presupuestos contemplados en esa disposición pueden tener incidencia en el caso concreto. Lo cierto es que, en cuanto a la solicitud del dictamen al Instituto de Criminología, no son aplicables los adjetivos enunciativo, ejemplificativo o explicativo, pues la persona juzgadora no tiene alternativa alguna, debe solicitarlo.

Sería vano intentar reducir al estrecho marco de una disposición legal las infinitas posibilidades que ofrece la realidad, sumado ello a las limitaciones del lenguaje, de modo que a menudo ni se dice o escribe todo lo que se quiere, ni se quiere todo lo que se dice o escribe. La interpretación del texto legal debe tomar en cuenta esas limitaciones. Por ello debe acudir a diferentes métodos a fin de descubrir el sentido de la norma.

En este sentido, es comprensible e, incluso, se comparte en un todo la afirmación de la Sala Tercera en el sentido de que el artículo 71 del Código Penal es una guía que no agota, ni lo pretende, los factores que deben tomarse en cuenta al fijar la pena.

No obstante, pese a sus limitaciones, esa lista de factores o variables incluidas en el texto legal no dejan de cumplir una función orientadora esencial, pues, si bien la realidad desborda esos límites, lo cierto es que debe acudir a ese inventario al menos a título de orientación general, aunque, en el caso concreto, deban valorarse hechos o circunstancias particulares. No por nada el legislador le ordena a la persona juzgadora tomar en cuenta esos factores.

Ahora bien, aunque esto es innegable, es preciso tener presente que el artículo 71

puede dividirse en dos partes, la primera es aquella que establece un listado no taxativo de factores, mientras que la segunda establece la necesidad de tomar en consideración las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes del procesado. Para ello, se ordena, deberá solicitarse el dictamen al Instituto de Criminología.

En cuanto a esta segunda parte, es harto cuestionable sostener que, del mismo modo, tan solo se ejemplifica un medio de prueba que puede utilizarse para establecer las condiciones personales del procesado, pues la expresión lingüística utilizada por el legislador, cuando ordena recabar ese dictamen, es imperativa: será solicitado.

Del mismo modo, carece de todo sustento lógico afirmar que puede fijarse la pena, sin considerar el dictamen del Instituto de Criminología, cuando existe la posibilidad de que este no sea rendido en tiempo porque la premisa adoptada es inconducente a la conclusión. En efecto, la posibilidad de que el Instituto de Criminología se retrase en la rendición del dictamen no merma en modo alguno el carácter vinculante a la disposición legal en estudio y la ineludible necesidad de contar con el informe técnico como requisito para fijar la pena, del mismo modo que resulta inconcebible fijar una medida de seguridad, para el procesado declarado autor no responsable, por inimputabilidad, sin contar con el dictamen de criminología o fijar la pena para una mujer en estado de vulnerabilidad sin disponer del estudio psicosocial.

Es evidente que la previsión legislativa respecto al dictamen del Instituto de Criminología, para la fijación de la pena, al igual que ocurre con los informes técnicos en

el caso del inimputable o la mujer en estado de vulnerabilidad, responde a la necesidad de proporcionar al juez y a la jueza la información científica necesaria para que puedan cumplir de la mejor manera su labor que no es otra que garantizar el debido proceso a la persona imputada. En otras palabras, se trata de un expreso reconocimiento de las limitaciones de la persona juzgadora para abordar con rigurosidad científica los temas propios de la criminología, la psicología, la sociología y el trabajo social, necesarios para juzgar apropiadamente sobre la culpabilidad del encartado.

Esto nos conduce a abordar los razonamientos seguidos por la Sala Tercera de la Corte cuando atribuye poder omnisapiente a la persona juzgadora en una resolución del año noventa y cinco, anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, pero plenamente vigente en sus consideraciones:

“[...] Sin embargo, no demuestra el recurrente que la ausencia del citado dictamen le haya ocasionado gravamen alguno; es decir, que el tribunal le haya impuesto una sanción arbitraria. Amén de lo anterior, a mayor abundamiento, conviene acotar que acerca de la imprescindibilidad o no del dictamen en cuestión, esta S. se pronunció diciendo: “[...] si bien es cierto ese numeral señala que para la fijación de la pena debe considerarse la “personalidad del partícipe”, tomando en cuenta “las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes” del imputado, mediante el Informe que sobre

esos extremos debe solicitarse al Instituto de Criminología “el cual podrá -dice ese mismo artículo- incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez”, deben hacerse al respecto las siguientes aclaraciones. [...] Los artículos 106, 393 párrafo segundo, 395 inciso 2) y 400 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales imponen al juzgador la obligación de fundamentar sus sentencias, [...]. Dentro de este contexto, puede afirmarse que aunque suprimiéramos hipotéticamente el artículo 71 del Código Penal, subsistiría para el juzgador la ineludible obligación de fundamentar la fijación de la pena en sentencia. [...] Tampoco debe perderse de vista que el Informe del Instituto Criminológico no es vinculante para el J. y que tampoco es el único medio probatorio válido para acreditar los extremos a que éste debe referirse” (V-161-F, de las 14:05 del 16 de abril de 1993). (Sentencia n.º 00051 de Sala 3ª de la Corte Suprema de Justicia, de las 09:45 h del 14 de febrero de 1995).

Tres nuevos argumentos se extraen de esta resolución de la Sala III, pero ninguno se ajusta al imperativo constitucional del debido proceso en cuanto a la fundamentación de la pena:

5.2.- El ordenamiento procesal penal impone al juez el deber de fundamentar sus sentencias.

Según esto, considera ese órgano jurisdiccional que, aun sin un informe del Instituto Nacional de Criminología, el juez

debe abordar los temas de orden criminológico que sustentarían su decisión de imponer una sanción penal concreta. Ciertamente, el juzgador está obligado a fundamentar su decisión, de ello no hay duda alguna, ese no es el tema en discusión, sino la capacidad del juez para resolver sin la información científica que solo los expertos podrían proporcionar. El juez conoce el derecho, quizás de criminología, pero en ningún caso de todos aquellos temas que permitan determinar la personalidad del partícipe. La decisión de la Sala Tercera no solo encierra una sobrestimación de las habilidades del juez penal, sino también una subestimación de los aportes técnicos y científicos que pueden proporcionar los profesionales que rinden el informe de criminología. La decisión de la Sala Tercera parece anclada en una época en la que las diversas disciplinas científicas se conceptualizaban como compartimentos estancos, celosas de sus hallazgos, cuando modernamente se entiende que el conocimiento científico es multidisciplinario. En definitiva, esta posición jurisdiccional fomenta una fundamentación de escaso valor técnico en perjuicio de los derechos y las garantías del procesado.

5.3.- El Informe del Instituto Criminológico no es vinculante para el juez.

Por supuesto que tal informe no es vinculante. Sin embargo, de ello no se puede inferir, como erróneamente hace el alto tribunal penal, que el informe no es relevante. Prescindir del informe no aumenta el rigor técnico y científico en la fundamentación del juez, todo lo contrario, lo reduce, pues para apartarse de tal instrumento técnico, ahora sí, el juez tendrá que abordar todos y cada uno de los tópicos que abarca el informe y explicitar las razones por las que se aparta de este. En

caso contrario, y a pesar de la prohibición legal, el juzgador podría acudir a expresiones machoterías, pero admitidas, por ejemplo, al imponer la pena, se considera la edad o el número de hijos del procesado, dejando de lado situaciones como su marginación social y económica lo que, a no dudarlo, incide en su culpabilidad. De cualquier manera, vinculante o no, el legislador ordena recabar el informe de criminología sin otorgar ninguna potestad discrecional al juzgador.

5.4.- El informe del Instituto de Criminología como medio de prueba.

Se afirma en la jurisprudencia de estudio que el Informe del Instituto Criminológico no es el único medio probatorio válido para acreditar los extremos a que este debe referirse. Sí, es posible que tal informe no sea el único medio válido e, incluso, podría agregarse, que tampoco sea el más idóneo. Sin embargo, no solo resulta imperativo recabarlo, sino además es el único que técnica y científicamente se ha dispuesto con ese propósito. No indica la Sala Penal cuál o cuáles son los medios probatorios que sustituirían, de manera idónea, el Informe del Instituto Criminológico. No basta el acercamiento que el juez decisor pueda tener a la historia de vida del imputado a través de los esbozos que logren dibujarse a partir de diversos medios de prueba y, en cualquier caso, no se contaría con los instrumentos y herramientas necesarios para una apropiada interpretación. En todo caso, aun aceptando que el Informe del Instituto Criminológico no sea el único medio probatorio, su ausencia, lejos de garantizar una fundamentación rigurosa de la sentencia, incrementaría el riesgo de una conclusión apresurada. Por el contrario, el Informe criminológico, pese a cualquier falencia, constituye un medio de

singular importancia, por el conocimiento especializado que conlleva su elaboración para construir una inferencia debidamente fundada, sumado, si se quiere, a otro u otros medios de prueba. En definitiva, la posición de nuestro máximo órgano jurisdiccional resta, antes que suma, contenido al principio fundamental del debido proceso integrado, entre otros, por la debida fundamentación de la sentencia.

VI.- CONCLUSIONES

La fijación de la pena es una actividad reglada sujeta a normas preceptivas que puede y debe ser controlada; pero debe apoyarse también en otras ciencias que estudian la realidad social de los sectores sociales que están siendo criminalizados, de modo que sus circunstancias particulares sean valoradas en atención a los fines especiales y generales positivos.

En este sentido, resulta de capital importancia el dictamen que debe rendir el Instituto Nacional de Criminología sobre la situación personal de la persona imputada, pues la respuesta penal debe ser proporcionada a su culpabilidad, la cual está determinada por la efectiva capacidad de autodeterminación del individuo.

El ordenamiento procesal patrio prioriza esta premisa, sin embargo, como es propio de ley, resulta indispensable su interpretación para el dictado de la norma concreta y, es en este ejercicio, donde, a menudo, ocurren extravíos, en el mejor de los casos, o tales disposiciones son obviadas cuando son percibidas como obstáculos en un contexto eminentemente represivo. Una de estas disposiciones es el artículo 71, *in fine*, del Código Procesal Penal.

Esta disposición legal es una norma preceptiva y, por ende, constituye una guía vinculante para la persona juzgadora, por lo que, necesariamente, para fijar la pena, debe solicitarse al Instituto de Criminología las características psicológicas, psiquiátricas y sociales de la persona imputada, así como la información referente a su educación y antecedentes. No obstante, tal disposición, hoy en día, no es más que una pieza de museo, depositada ahí con argumentos que no pueden compartirse en lo absoluto.

El primero de estos argumentos es atribuir una función meramente enunciativa a la citada disposición legal, incluso casi superflua, de modo que el juez o la jueza puede apartarse de la norma, si así lo estima necesario, cuando en realidad del texto legal se desprende el imperativo de solicitar el dictamen del Instituto de Criminología.

El segundo de estos argumentos es anteponer razones de orden práctico a un imperativo legal, como es no exigir el dictamen de criminología ante la posibilidad de que este no se rinda a tiempo, y el tercero es sobrestimar la capacidad de la persona juzgadora para pronunciarse sobre variables criminológicas.

En cuanto a este último extremo, tal posición encierra una subestimación de los aportes técnicos y científicos que pueden proporcionar los y las profesionales que rinden el informe de criminología y, con ello, se debilita el principio de la fundamentación rigurosa de la sentencia que necesariamente debe abordar esas conclusiones técnicas, para adherirse o separarse de ellas, pues si bien ese criterio técnico no es vinculante, y quizás pueda acudir a otros medios de prueba, mal se haría en prescindir de él antes que realizar el esfuerzo intelectual de sus análisis como parte de la debida fundamentación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1.- Pedro Ramón Díez González y José Antonio Álvarez Díaz. (2009). *Los efectos psicosociales de la pena de prisión*. Valencia: Tirant lo Blanch.

2.- Subijana Zunzunegui, Ignacio José. (Diciembre de 1997). *El informe criminológico en el ámbito judicial*. Eguskilore. Número 11, San Sebastián, pp. 141-156, [Https://www.ehu.eus](https://www.ehu.eus).

3.- Sala Tercera de la Corte, resolución n.º 01639-2014 de las 4:04 p. m. del 14 de octubre de 2014.

4.- Tribunal de Casación Penal, resolución n.º 00388-2002 de las nueve horas y veinticinco minutos del 24 de mayo de 2002.

5.- Sala Tercera de la Corte, resolución n.º 01189-2000 de las 10:10 del 13 de octubre de 2000.

6.- Sala Constitucional de la Corte Suprema de justicia, votos 1760-96 de las 11:06 h del 19 de abril de 1996 y 7333-94 de las 15:06 h del 14 de diciembre de 1994.

7.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 0051-F-95 de las 9:50 h del 14 de febrero de 1995.

8.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 667-00 de las 11:05 h del 16 de junio de 2000.

9.- Sala Tercera de la Corte, resolución n.º 01836-2012 de las 10:48 a. m., del 5 de diciembre de 2012.

10.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 2001-0037 de las 14:40, del 24 de abril de 2001.

11.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 00245-2012 de las 10:39 a. m. del 17 de febrero de 2012.

12.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 0051-F-95 de las 9:50 h del 14 de febrero de 1995.

13.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 667-00 de las 11:05 horas, del 16 de junio de 2000.

14.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 00313-2010 de las 8:50 a. m., del 30 de abril de 2010.

15.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 2006-0637 de las 11:00 horas, del 7 de julio de 2006.

LA REVISIÓN COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN

MSc. Lissette Córdoba Quirós. *

RESUMEN

La cosa juzgada es la antesala para ejercer el derecho subjetivo a un nuevo análisis o revisión ante el tribunal respectivo, con ocasión de una o varias disconformidades de parte en procesos con sentencia firme. Esta revisión se presenta ante estrados judiciales en condición de medio de impugnación extraordinario. La normativa para tal efecto concede los requisitos y requerimientos necesarios para la efectiva ejecución, legitimación y plazos de interposición, entre otros. El legislador delimita este medio de impugnación a causales específicas como principio de seguridad jurídica y sus eventuales efectos inmediatos. A su vez, muy acertadamente le concede al sujeto procesal la facultad de interponer este medio de impugnación en procesos de remate, a fin de que este sea anulado con posterioridad a la resolución que lo aprobó y que, consecuentemente, adquirió firmeza.

Palabras claves: cosa juzgada, revisión, cosa juzgada formal, cosa juzgada material, competencia, sentencia estimatoria, sentencia desestimatoria, seguridad jurídica, nulidad de remate, legitimación.

ABSTRACT

Res judicata is the prelude to exercising the subjective right to a new analysis or review before the respective court, on the occasion of one or several disagreements by the party in processes with a final judgment. This review is presented before judicial courts as an extraordinary means of challenge. The regulations for this purpose grant the necessary requirements and requirements for the effective execution, legitimation and filing periods, among others. The legislator delimits this means of challenge to specific grounds as a principle of legal certainty and its eventual immediate effects. At the same time, it quite rightly grants the procedural subject the power to file this means of challenge in auction processes, so that it is annulled after the resolution that approved it and that, consequently, became final.

Keywords: res judicata, review, formal res judicata, material res judicata, jurisdiction, positive judgment, dismissal judgment, legal certainty, nullity of auction, legitimacy.

Recibido: 20 de noviembre de 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* Jueza y máster en Administración de Justicia con énfasis en material civil. Correo electrónico: lcordobaq@poder-judicial.go.cr

1. IDEAS PRELIMINARES

El principio de seguridad jurídica debe estar implícito en todas las resoluciones que emiten los tribunales de justicia. Aquellas que diriman el conflicto deben llevar aparejado con su firmeza que su contenido no puede ser modificado *a posteriori*.

Esta firmeza acarrea que el conflicto resuelto se constituya en cosa juzgada, la cual puede ser material o formal, dependiendo del tipo de proceso que se trate. Así, tanto la persona juzgadora como las partes quedan obligadas a su debido cumplimiento.

No obstante, en ocasiones, estas resoluciones dictadas se sustentan en actos ilícitos, injustos o bien tan solo yerros emanados de las personas juzgadoras. Pero han alcanzado firmeza y, eventualmente, pueden ser modificadas por un medio de impugnación denominado revisión, con el fin de encontrar la verdad y la justicia por encima de la seguridad jurídica.

2. FINALIDAD DE LA COSA JUZGADA

Díaz Solimine define la cosa juzgada como: “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial, cuando no existen contra ella medios de impugnación que permiten modificarla. Es decir una vez dictada la sentencia en un juicio y agotada las vías recursivas se convierte en inimpugnable e inmutable”. (2007, p. 62). Por su parte, Coutere la conceptualiza como “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”. (1978, p. 401).

Se deduce de ambos autores que cosa juzgada es el estado en que se encuentran aquellos

asuntos que han sido dirimidos y de ellos se infiere una sentencia, donde se ha ejercido la facultad –cuando es procedente- de que el fallo sea ventilado en segunda instancia y casación, y una vez que este adquiere firmeza definitiva, obtiene el carácter final de inmodificable y, consecuentemente, autoridad de cosa juzgada.

El tema de cosa juzgada ha sido tratado por la doctrina jurídica y no, menos aún, por vía jurisprudencia. Entre estas resoluciones, tenemos la emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto n.º 93 de las 15 h del 26 de junio de 1991, el cual la define bajo las siguientes argumentaciones:

VII.- Tiene la cosa juzgada naturaleza estrictamente procesal, porque es una consecuencia del proceso y de la voluntad manifestada en la ley de rito. Pero sus efectos trascienden indirectamente el proceso, para recaer sobre las relaciones jurídicas sustanciales, como consecuencia de la inmutabilidad de la decisión, que es su efecto directo, con lo cual se garantiza la certeza jurídica de aquéllas. Ambos elementos, a saber, la inmutabilidad de la decisión y la definitividad del derecho declarado o de su rechazo o denegación, constituyen efectos jurídicos de la cosa juzgada: el primero directo y procesal; el segundo indirecto y sustancial. El primero impone la prohibición a los jueces de entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones objeto del debate y les confiere la facultad de detener la ejercitada, ya sea a gestión de parte o de oficio; y a las partes, el

derecho de obtener la suspensión definitiva del proceso en forma total o parcial. A estas últimas les implica además la obligación de abstenerse de revivir, mediante otros procesos, esas pretensiones resueltas positiva o negativamente. El segundo de los elementos, sea, la definitiva, busca que la declaración de certeza contenida en la sentencia sea indiscutible en otros procesos, para lo cual otorga a las partes los mismos derechos y obligaciones que concede el efecto procesal o inmutabilidad. Por esa razón, la cosa juzgada tiene una función o eficacia negativa al prohibir a los jueces decidir de nuevo sobre lo ya resuelto, y otra positiva,

representada por la seguridad jurídica conferida a las relaciones jurídicas sustanciales decididas. El fundamento de cosa juzgada.

Es decir, al agotarse las vías recursivas que procedan legalmente contra la sentencia definitiva, se convierte en inimpugnable e inmutable.

3. FUNDAMENTOS DE LA COSA JUZGADA

Tanto doctrinal como jurisprudencialmente, no existe un consenso definitivo de la razón de ser de este instituto, por lo cual se puede analizar desde tres aristas:

Valor jurídico	Basamento constitucional	Jurisprudencialmente
“Se suele aducir con fundamento en esta categoría básica de seguridad jurídica el principio procesal ne bis in idem. Con dicha máxima se quiere significar la necesidad de todo sistema jurídico de poner coto a la posibilidad de impugnación y revisión de las decisiones judiciales y determinados actos administrativos. Sin ese límite se correría el riesgo de que la experiencia jurídica fuera una sucesión continua de procesos y de fallos contradictorios sobre el mismo asunto. El instituto de la firmeza jurídica garantiza la estabilidad de las decisiones jurídicas*.	Se deduce del numeral 42 de la Constitución Política, la prohibición de reabrir juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo los previstos por norma expresa, y proceda la defensa mediante el instituto de la revisión. Ergo, el principal objetivo funcional de este honorable tribunal es mantener el orden público y la paz social, sin desamparar los principios del derecho que encuentran sustento constitucional como lo son la justicia, la verdad y equidad en toda resolución.	En las Altas Cámaras Judiciales, se han pronunciado en cuanto a la cosa juzgada por ejemplo: Sala Primera: COSA JUZGADA. Por medio de ella se establece que la voluntad del Estado, contenida en la ley, es definitiva e inmutable para el caso concreto, lo cual es básico para la certeza y seguridad jurídicas. Esa voluntad es declarada por el Juez en sentencia. [...]. El fundamento de la cosa juzgada está, entonces, en la potestad del Estado, de la cual emana el poder suficiente para asegurar la eficacia y los efectos de la sentencia**.

* Antonio-Enrique Pérez Luño. (1991). *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, pp. 82-83.

**Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n. ° 680-F-02 de las 17:10 h del 4/9/2002.

4. COSA JUZGADA FORMAL Y COSA JUZGADA MATERIAL

En Costa Rica, en los procesos ventilados ante los tribunales de justicia, con el fin de alcanzar una sentencia que produzca cosa juzgada, es necesaria la identidad de sujetos, objeto y causa, la cual puede ser declarada de oficio (art. 64 CPC).

De esta forma, las sentencias fundamentalmente tienen el carácter de cosa juzgada; en razón de ello, la doctrina hace diferencia entre la cosa juzgada formal y cosa juzgada material. Díaz Solimine refiere (2007, p. 63) que: “La cosa juzgada formal refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso, sea porque las partes han consentido el pronunciamiento de primera instancia o por haberse agotado los recursos; pero sin que obste la revisión del tema en un juicio posterior”.

En tanto, Andrés De la Oliva Santos, Díez-Picazo G. y Jaime Vegas T. describen cosa juzgada material: “es un determinado efecto de algunas resoluciones firmes, consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular, en otros procesos, a otro órgano jurisdiccional (el mismo que juzgó o otros distintos), respecto al contenido de esas resoluciones”. (2012, p. 302).

De lo descrito por estos autores, se deduce como principio general que las sentencias firmes no pueden volver a ser examinadas en el mismo proceso en que fue dictado, esto con ocasión de la firmeza -inimpugnabilidad-. Empero la diferencia entre cosa juzgada formal y la material radica en el hecho de que, al haber sido alcanzada la firmeza de la sentencia, podría ser revisada en otro proceso posterior, si se considera lo debatido,

puede ser objeto de análisis en un proceso declarativo, en tanto cosa juzgada material, al ser inmutable e irreversible la decisión que se dictó, se enfrenta a limitaciones procesales que impiden un nuevo planteamiento de análisis. En este punto, es relevante traer a colación que doctrinalmente se discrepa que parte de la sentencia alcanza la calidad de inmutabilidad, si es únicamente la parte dispositiva, o bien se debe tomar en cuenta también sus argumentaciones.

Referente a este tema, Alvarado Velloso (2010, p. 544) comenta lo siguiente: “resulta sencillo concluir que la sentencia es un todo y que, por tanto, resulta improcedente discutir acerca del tema”. No obstante, el legislador patrio se posesionó en la tesis que delimita los efectos de cosa juzgada a la parte dispositiva de la sentencia, así normado en el artículo 64 del código de rito.

Por su parte, López González (2017, p. 409) comenta al respecto:

Pero el pronunciamiento es en realidad lo que se dice en la parte dispositiva o por tanto. Es por ese motivo que se exige que en la parte dispositiva se emita pronunciamiento sobre todo lo que ha sido objeto de debate. Con esta concepción se evita que se invoque cosa juzgada por lo que un tribunal haya dicho de la parte considerativa, pues si se permitiera, se abriría el camino para que simples manifestaciones, incluso irrelevantes de un tribunal, impidan un nuevo proceso, lo que atentaría contra el derecho constitucional de acceso a la justicia.

5. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA

La doctrina ha conceptualizado la revisión como un recurso. Sin embargo, mediante el numeral 65.1 del Código Procesal Civil vigente, se establece como un medio de impugnación extraordinario. Para tal efecto, López (p. 486) expone que: “la revisión es un medio de impugnación, pero no es un recurso. Es un medio de impugnación porque está previsto para cuestionar resoluciones, no es un recurso, porque su medio solo se pueden impugnar resoluciones judiciales firmes. Se trata en realidad de un proceso de conocimiento”.

No obstante, en nuestra nación, mediante las normas que arropan este instituto procesal, el legislador tiende a conjugar y realizar simultáneamente los valores de seguridad y justicia, por lo cual, tiene como propósito poner a disposición mediante el mismo ordenamiento jurídico vías para rescindir de un proceso anterior, a quien se le haya causado un perjuicio, y tenga la posibilidad de ejercer a partir de este medio de impugnación el derecho a obtener la invalidación de una sentencia que se encuentra firme y, a su vez, comprometida entre seguridad y justicia.

Lo anterior procede en virtud de que tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido que el fundamento jurídico es la necesidad de que los fallos correspondan a la declaración de la verdad y la justicia, para lo cual la firmeza de los fallos debe consentir que sea replanteado un proceso ya decidido y, con ello, restablecer la justicia, esto siempre que se esté ante una prueba determinante y trascendente o bien un nuevo hecho que, al

momento de que fue emitida la sentencia, era desconocido.

Como lo expresa Monroy Cabra (1988, p. 347), el instituto de revisión “es una limitación a la cosa juzgada. Ese medio busca quitarle los efectos de cosa juzgada a la sentencia injusta, que puede tener errores de fondo o de forma, para que mediante un nuevo proceso, se profiera una nueva sentencia que restablezca la justicia”.

Se atiende a la doctrina procesal, según la cual los recursos tienen como finalidad la impugnación de resoluciones que no están firmes. Empero, si la revisión tiene como finalidad impugnar resoluciones firmes, se concluye que no es un recurso, y eso determina su ubicación.

Según se puede apreciar, se trata de una demanda, porque contiene todas las características de un proceso que lo distingue de los recursos en sentido estricto. Posee sus propias reglas de legitimación, competencia y procedimiento. Procede contra pronunciamientos –no necesariamente sentencias– que produzcan cosa juzgada material.

Por ello, parece relevante considerar que no solo es una demanda como tal, sino un proceso de revisión, ello con ocasión de que cuenta con la oportunidad de oposición de la contraparte y, a su vez, se establece una etapa de pruebas de los nuevos hechos que se alegan y, en su momento, evidentemente no fueron valorados por el tribunal, por lo que cabe la posibilidad de que se varíe la situación jurídica fundamentada en los nuevos hechos aducidos.

6. CARACTERÍSTICAS DE LA DEMANDA DE REVISIÓN

Diferencias de otros medios de impugnación, según se acredita mediante la tabla adjunta:

Características	Descripción
Extraordinario	Procede únicamente contra sentencias firmes con autoridad de cosa juzgada material (64 CPC) y otros procesos establecidos por ley, que no producen cosa juzgada material- de acuerdo numeral 33.3 Código Procesal Civil y podría cesar una situación de certeza jurídica.
Taxativo	Las causas para alegarlo están contempladas en la ley
No es suspensivo	La revisión, no imposibilita la ejecución de la sentencia impugnada o los efectos procesales de un embargo o remate de bienes bajo el amparo de monitorio. Sin embargo se puede suspender la ejecución solo sí, se da la respectiva garantía bajo los términos contenidos en el artículo 72.4, párrafo final
Principal	No está subordinado a la presentación o agotamiento de otro.
Características	Descripción
Positivo y negativo	Positivo: En el mismo momento que se rescinde de la sentencia se le reemplaza lo que corresponda. Negativo: Aniquila el fallo sin reemplazarlo simultáneamente en su contenido sustancial por otro
Irrenunciable	No se puede renunciar anticipadamente
Demanda de doble fin	Su interés ostenta carácter público y privado

Fuente: Recurso de revisión y cosa juzgada. Arrieta y Artavia (1999, pp. 40 a 43) y Artavia (2018, pp. 1015 a 1017)

La doctrina costarricense ha caracterizado el medio de impugnación en mención como:

de naturaleza extraordinaria y también excepcional, por cuanto con él se ataca una sentencia firme, con la autoridad y la eficacia de la cosa juzgada material, y está previsto no como un recurso normal dentro del proceso, sino fuera de él, con el objeto de remediar cualquier injusticia derivada no de errores de técnica jurídica –que debieron haberse atacado a través de los recursos normales, dentro del respectivo proceso-, sino por hechos que impidieron el ejercicio del derecho o por situaciones novedosas, sobrevinientes, que ameriten revisar la anterior decisión jurisdiccional [...]. (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 00206 de las 10:50 horas del 31/3/2006).

Se aprecia de esta resolución que la revisión no pretende entrar a conocer vicios procesales, ni vicios de sentencia, sino que su fundamento versa con ocasión de nuevos hechos que no fueron conocidos al dictado de la sentencia, y esta se encuentra firme, lógicamente esto no fue valorado por la persona juzgadora.

Sin embargo, su relevancia radica en que su trascendente significado presupone que el resultado del proceso al que afectan obedeció a su influencia o su concurrencia, de tal forma que, sin ella, el resultado pudo haber sido diferente, para lo cual se admitirá y evacuará la presentación de nuevas pruebas según se colige del ordinal 72.5 *ibidem*, las cuales probablemente serán indispensables.

Aquí no se está en vicios de la sentencia como tal, ya que esta se encuentra dictada

conforme a lo que consta en autos. Pero se procede a revisar, ya que acontecimientos que surgieron fuera del proceso ponen en manifiesto que esta resolución podría ser injusta o errónea. Tomando en cuenta este tipo de circunstancias, la ley otorga la posibilidad de revisar un asunto ya precluido mediante sentencia firme y conceder la prevalencia de la justicia sobre los efectos de cosa juzgada que la seguridad jurídica exige. El fin es rescindir el proceso anterior y, consecuentemente, sus efectos y autorizar el sometimiento de la cuestión litigiosa a nuevo examen judicial.

7. CAUSALES

La Sala Segunda expone lo siguiente mediante el voto n.º 128 de las 10:00 horas del 3/5/1996 en relación con las causales delimitadas por ley:

El recurso de revisión es excepcional y extraordinario, porque no está dado como un recurso normal dentro del proceso, sino fuera de él, y busca remediar la injusticia que puede resultar para el litigante vencido en un proceso mediante fallo con autoridad de cosa juzgada material, no por errores de técnica jurídica de quien lo emitió, -que pueden y debieron haberse atacado a través de los recursos normales dentro del proceso-, sino por hechos que impidieron el ejercicio efectivo del derecho o por situaciones novedosas sobrevinientes que ameritan revisar la decisión. Su naturaleza excepcional exige la formulación en la ley de supuestos expresos y taxativos.).

Arrieta y Artavia (1999, p. 308) consideran que: “En el recurso de revisión no se impugna lo resolutivo ni la motivación de la sentencia su objeto es la impugnación de la sentencia en virtud de motivos externos o ajenos a la sentencia”. No obstante, es evidente que todo el contenido de la sentencia que se ataca es la base para el análisis y el respectivo estudio que se realiza del caso en relación con las argumentaciones aducidas por el recurrente.

Por lo tanto, las motivaciones expuestas por la persona disconforme únicamente le serán admisibles siempre y cuando coincidan con las establecidas por el legislador en el artículo 72 del Código Procesal Civil, por lo que el carácter extraordinario le confiere su taxatividad *numerus clausus*.

De esta manera, resulta imposible por analogía e integración acrecentar estos motivos, y es consecuentemente inadmisibile el proceso como tal que se fundamente en cualquier otro supuesto, requiriendo que el fundamento de la impugnación pretendida esté contenida en alguna o algunas de las causales siguientes:

ARTÍCULO 72.- Revisión

72.1 Procedencia y causales.

La revisión procederá contra pronunciamientos que tengan efecto de cosa juzgada material, siempre que concurra alguna de las siguientes causales:

1. *Se hubieran dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho o actos fraudulentos declarados en sentencia penal.*
2. *Cuando medie fraude procesal, colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes para alcanzar el fallo.*
3. *Cuando alguna de las pruebas decisivas del pronunciamiento*

impugnado hubiera sido declarada falsa en fallo penal firme.

4. *Se obtuvieran mediante violencia, intimidación o dolo.*
5. *Cuando, por fuerza mayor o por actos fraudulentos de la parte contraria, no se hubiera presentado prueba esencial o se hubiera imposibilitado la comparecencia de la parte interesada a algún acto donde se practicó prueba trascendente.*
6. *Se haya dictado la sentencia sin emplazar al impugnante.*
7. *Haya existido falta o indebida representación durante todo el proceso o al menos durante la audiencia de pruebas.*
8. *Que la sentencia sea contradictoria con otra anterior con autoridad de cosa juzgada material, siempre que no se hubiera podido alegar dicha excepción.*
9. *Que la sentencia sea contradictoria con otra penal posterior con autoridad de cosa juzgada material en la que se establezca si la persona a quien se imputan los hechos que constituyen una infracción penal es o no la autora de ellos.*
10. *Cuando se hubieran afectado, ilícitamente, bienes o derechos de terceros que no tuvieron participación en el proceso.*
11. *En cualquier otro caso en que se hubiera producido una grave y trascendente violación al debido proceso.*
12. *Cuando surjan nuevos medios probatorios científicos o tecno-*

lógicos que permitan desvirtuar las conclusiones que se obtuvieron en la sentencia impugnada.

Es importante resaltar que es necesario que el vicio haya causado perjuicio al impugnante y que no haya sido posible subsanarlo dentro del mismo proceso en que se produjo. No es procedente la revisión, cuando se sustente en una causal ya conocida y no invocada por la persona oponente en una solicitud de revisión anterior.

En caso contrario, se estaría ante una demanda improponible (art. 35.5.8 CPC), ya que todo alegato que refiera a nulidades procesales debió exponerse ante el proceso que se causó (art. 33. 1 CPC).

8. LEGITIMACIÓN PROCESAL

Es la situación en que se encuentra una persona con respecto a determinado acto o situación jurídica para contar con la facultad legal de intervenir en el proceso, ya sea como actora, demandada, tercera o en representación de estas. La principal cualidad de intervención se infiere del mismo ordenamiento jurídico, del cual nace un derecho con ocasión de una situación jurídica previamente tutelada por él y de la cual un determinado sujeto será el único titular legitimado para accionar y hacerlo valer ante la persona juzgadora.

Al respecto, el ordinal 21.1 del código de rito establece que la parte legítima es aquella que alega tener o a quien se le atribuya una determinada relación jurídica con pretensión procesal. En tanto, se estipula que si se está ante una sucesión procesal, el proceso

deberá continuar por la persona legitimada de conformidad con las reglas establecidas en los incisos del artículo 21.4 del Código Procesal Civil.

En cuanto a la demanda de revisión, se encuentra regulada por el numeral 72.3 del Código en mención, y se deduce quiénes pueden ostentar la legitimación activa: “quienes hayan sido parte, sus sucesores o causahabientes, la Procuraduría General de la República, cuando los hechos invocados afecten el interés público, las demás instituciones públicas para la tutela de los fines establecidos en sus leyes, y los terceros, cuando se trate de causales establecidas en su interés”.

Es evidente que por solo el hecho de haberse declarado sin lugar todos los extremos, la demanda, sin que haya mediado alguna de las causales antes descritas, no sería suficiente argumento para ostentar la legitimación activa a fin de plantear ante la instancia competente una demanda de revisión.

Sin dejar de lado y bajo la tesitura de los últimos párrafos del numeral 72.1 *ibidem*, es imprescindible que el vicio que se alegue por medio de este instituto en análisis haya causado perjuicio al impugnante y no haya sido posible subsanarlo dentro del mismo proceso que se produjo. Además, no procedería la revisión del proceso pretendido, cuando se sustente en una causal ya conocida y no invocada por el objetante en una solicitud de revisión anterior.

Por lo tanto, la legitimación pasiva se establece de manera forzosa por imperativo legal por el solo hecho de ostentar en el proceso dicha condición.

9. PLAZO DE INTERPOSICIÓN

El plazo es la cantidad de tiempo preestablecido por el legislador para realizar cierta conducta. Ese plazo puede ser legal o judicial: legal, cuando su duración esté instaurada de antemano por ley y no será judicial cuando su duración no esté anticipada previamente, sino que le corresponde a la persona juzgadora de conformidad con el caso concreto. Ese plazo legal será perentorio, cuando sea improrrogable y es aquel que, una vez ocurra su vencimiento, se torna imposible llevar a cabo el acto procesal que no se realizó dentro de él, es decir, cuando no puede extenderse por ningún motivo. Para mayor abundamiento, se puede consultar la sentencia del Tribunal II Civil, Sección II. Voto n.º 75-F-2004, 10:30 h 19-3-2004.

En lo referente al plazo de la demanda de revisión, la ley determina el tiempo para la presentación ante la sala de casación correspondiente, el cual será de tres meses contados a partir de que la persona perjudicada cuente con la posibilidad de plantear la causal que corresponda, sin dejar de lado que cuenta con 10 años a partir de la firmeza de la sentencia que motiva la revisión. Transcurridos ambos plazos, si se presenta la demanda de revisión, se rechazará de plano como demanda improponible (35.5.3 CPC), en virtud de que se estaría ante una gestión caduca. Asimismo, de conformidad con el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en procesos contra el Estado, el plazo es de cinco años.

Artículo 72.2 CPC	El plazo para interponer la demanda de revisión será de tres meses, contados a partir del momento en el cual el perjudicado tuviera la posibilidad de alegar la causal respectiva. No procederá cuando hayan transcurrido diez años desde la firmeza de la sentencia que motiva la revisión
-------------------------------------	--

Fuente: Código Procesal Civil

El fin de establecer plazos de preclusión tiene como propósito que quien active el sistema a través de su impugnación obtenga la declaración de sus derechos y, a su vez, garantizar el cumplimiento debido. En caso contrario, al considerar la parte que se le infringió uno o más de sus derechos y no acude en el plazo de ley a hacerlos valer, perderá así la oportunidad otorgada por el ordenamiento jurídico para la realización del acto procesal que así se considere.

10. COMPETENCIA Y REQUISITOS DEL ESCRITO DE DEMANDA Y EFECTOS

Siendo obligatorios todos los requisitos contenidos en la norma, de ellos depende la validez del proceso, por lo cual la omisión de cualquiera de estos acarreará la inadmisibilidad de la disconformidad, una vez realizada la respectiva prevención (72.5 CPC), bajo el principio de instrumentalidad contenido en el 2.2 del código de rito, se le otorga un plazo de cinco días, bajo pena de declararse inadmisibile la impugnación y ordenar su archivo (35.4 CPC) y,

excepcionalmente, una segunda prevención bajo primicia de que la parte tuvo intención de cumplir con el requisito, sin omitirlo

como se deduce del párrafo final del artículo 72.1 del mismo código. A continuación, se exponen los requisitos en la siguiente tabla:

Artículo	Forma de la solicitud
72.4 Competencia. La demanda de revisión deberá presentarse ante la sala de casación correspondiente	1. El nombre, las calidades, el lugar de notificaciones del recurrente y de las otras partes, o de sus causahabientes. 2. La indicación de la clase de proceso donde se dictó la sentencia, la fecha, el tribunal y la oficina en donde se encuentra el expediente. 3. La indicación expresa de la causal y los hechos concretos que la fundamentan. Deberá invocar todos los motivos que conozca al momento de interponer 4. La proposición de prueba. La demanda de revisión no suspenderá la ejecución de la sentencia recurrida. Sin embargo, de acuerdo con las circunstancias y a petición del impugnante, se podrá suspender la ejecución de la sentencia, previa fijación por la sala del monto de una garantía, para cuya fijación se atenderá al valor de lo discutido en el principal y los daños y perjuicios que pudieran causarse.

Fuente: Código Procesal Civil

Es evidente que la presentación del contenido del documento inicial es formal, siendo obligatorio aportar los nombres de todas las partes involucradas en el proceso que se pretende revisar. Es imprescindible indicar la causal o causales alegadas en su defensa, y debe ampararse de hechos concretos y los motivos que se conozcan al momento de presentar los alegatos contenidos en su memorial, conjuntamente no solo debe ofrecer, sino también adjuntar las pruebas sobre las cuales se fundamenta su disconformidad.

Asimismo, es de gran relevancia consignar el tipo de proceso y el tribunal donde se dictó la sentencia y su respectiva fecha, contra la

cual se formula el medio de impugnación en análisis, esto con ocasión de que el mismo cabe solo contra sentencias que produjeron cosa juzgada material. Y no menos importante es la oficina donde se encuentra el expediente. Pese a que no se establece normativamente, el escrito de interposición debe contener requisitos generales para todas las demandas, además debe estar debidamente autenticado por un o una profesional en Derecho, debe indicarse el medio para recibir notificaciones y no solo ofrecer, sino también adjuntar la prueba o documentos sobre los cuales se fundamenta el recurso.

Es loable mencionar que, de conformidad con el ordinal 65.8 *ibidem*, se puede desestimar

la solicitud de revisión, siempre y cuando no haya sido resuelta, una vez que esté cursada, no se podría accionar este instituto. Esta se deberá solicitar ante el tribunal que dictó en primera instancia la resolución impugnada o bien ante la Sala, y dicha gestión será resuelta y no se condenará en costas. Se deja de lado el eventual pago, en relación con los daños y perjuicios que haya causado la suspensión de los efectos de la sentencia que se impugna y para los cuales se depositó una garantía. (72.5 CPC)

11. EFECTOS INMEDIATOS DE LA DEMANDA DE REVISIÓN

En cuanto a los efectos, la demanda de revisión de acuerdo se dispone en el artículo 72.4 *ibidem*: “La demanda de revisión no suspenderá la ejecución de la sentencia recurrida. Sin embargo, de acuerdo con las circunstancias y a petición del impugnante, se podrá suspender la ejecución de la sentencia, previa fijación por la sala del monto de una garantía, para cuya fijación se atenderá al valor de lo discutido en el principal y los daños y perjuicios que pudieran causarse”.

De lo anterior, se sustrae que, si bien, la ejecución de la sentencia que motive su disconformidad no se suspende, el legislador le concedió a la parte perjudicada la excepción de que si esta aporta garantía, la

cual será fijada por Sala, basada en el valor de lo examinado en el proceso principal y los daños y perjuicios eventuales, se podrá suspender la ejecución de la sentencia.

12. PROCEDIMIENTO

El trámite se encuentra regulado del artículo 72.5 *idem*. Una vez verificados los requisitos de admisibilidad, la Sala solicitará el expediente donde este se encuentre. Posteriormente, se pronunciará sobre la admisión y la garantía de suspensión, si se solicitó, en lo referente a los efectos establecidos en la sentencia originaria, uniendo la demanda de revisión con el expediente correspondiente.

Una vez admitida la demanda, se concede un plazo de quince días a quienes hayan litigado en el proceso o a sus causahabientes. Una vez contestada la demanda o vencido el plazo otorgado para tal efecto, si la Sala lo considera pertinente de oficio o a solicitud de parte, convocará a una audiencia oral donde se admitirán y practicarán las pruebas; asimismo, se expondrán las conclusiones.

Por su parte, el dictado de la sentencia respectiva se regirá por lo dispuesto para el recurso de casación (69.8 y 72.8 CPC). Los alcances de los resultados de la sentencia se desglosan en la siguiente tabla:

Sentencia estimatoria (72.6 CPC)	Sentencia desestimatoria (72.7 CPC)
Declarada con lugar la demanda de revisión se anulará, en todo o en parte, la sentencia impugnada, en cuanto sea procedente, y ordenará reponer las actuaciones necesarias. A pesar de la existencia de la causal, si esta no fuera determinante de la decisión impugnada, se podrá mantener incólume lo resuelto. Dictada la sentencia, se remitirá el expediente al tribunal que dictó la resolución impugnada para que proceda conforme se disponga. Si hubiera que reponer actuaciones, serán eficaces las pruebas recibidas y practicadas en el tribunal que conoció de la revisión. La nulidad declarada producirá todos sus efectos legales, salvo los derechos adquiridos por terceros, que deban respetarse. Si la causal invocada es que la sentencia es contradictoria con otra anterior que produzca cosa juzgada material, la sala anulará la sentencia impugnada y dictará la que corresponda. Si fuera acogida se condenará al vencido al pago de las costas, daños y perjuicios, si este hubiera tenido participación en los hechos determinantes de la nulidad de la sentencia.	Cuando la demanda de revisión se declare sin lugar, se condenará al promovente al pago de costas, daños y perjuicios. Cuando se haya rendido garantía para suspender la ejecución del fallo impugnado, esta se le girará a quien o quienes se haya causado perjuicio por la suspensión, como indemnización mínima, según la proporción que determine la sala que conoció de la impugnación.

Fuente: Código Procesal Civil

La sentencia puede ser estimatoria o desestimatoria. Si es estimatoria, la Sala anula en un todo o en parte la sentencia recurrida y procede con el reenvío del expediente ante el tribunal que emitió la sentencia que se anula, para lo que corresponda de acuerdo con lo decidido. En lo resuelto por la Sala, según se deriva del precepto 72.8 del CPC, no cabrá recurso alguno. Sin embargo, el rechazo por razones meramente formales no impedirá la interposición de una nueva demanda de revisión. Si es desestimatoria, sería improcedente.

13. IMPUGNACIÓN DEL REMATE JUDICIAL

En cuanto a lo referente a la posibilidad de alegar la nulidad de un remate con posterioridad a la resolución que lo aprobó y esta adquirió firmeza, se ha establecido en el ordinal 165 del CPC que se deberá realizar vía incidental; pero siempre y cuando los argumentos alegados se encuentren en la lista taxativa del artículo 72.1 *idem*, y, como anteriormente se indicó, son las causales contempladas para determinar la admisibilidad del recurso de revisión.

Además se le confiere un plazo de tres meses posteriores al conocimiento que la motivó; en caso contrario, sería al igual que el recurso de revisión inadmisible o extemporáneo.

Asimismo, se deduce que se podría aplicar por analogía (art. 3.4 CPC) el plazo de diez años como límite para su interposición.

Aunque se trata de un proceso autónomo y a pesar de que tampoco se pretende revisar una resolución que ostente cosa juzgada material, el incidente debe cumplir los presupuestos establecidos en el artículo 33.2 del Código Procesal Civil. Pero los plazos serán los que se encuentran preceptuados para los incidentes.

Al igual que el recurso de casación, si se solicita la suspensión del auto que aprueba el remate, sería viable siempre y cuando se cumpla con una garantía suficiente a criterio de la persona juzgadora (72.5 párrafo final del CPC).

14. CONCLUSIONES

De lo antes expuesto, se concluye que, en virtud de que las resoluciones finales emanadas por personas juzgadoras podrían contener yerros, así como ser producto de un fraude procesal o bien una se considera perjudicada con lo ya resuelto, y este ha alcanzado firmeza, el legislador otorga esta acción impugnatoria que permite la presentación de argumentos y pruebas a fin de combatir resoluciones firmes con carácter de cosa juzgada, esto mediante motivos tasados y requerimientos delimitados por el legislador.

Es entonces cuando el justiciable en discrepancia hace uso de este medio impugnatorio bajo los requisitos normativos

ya establecidos. Sin dejar lado el alcance que haya tenido la resolución en lo referente a la cosa juzgada, así será el procedimiento a seguir, a efectos de ser acreditada la causal que daría eventualmente espacio a la demanda de revisión, con el fin de invalidar las sentencias definitivas firmes o ejecutorias que han sido ganadas mediado fraude procesal, colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes para alcanzar el fallo.

Para tal efecto, el legislador reguló los procedimientos que se deberán seguir ante la imperativa necesidad de acogerse a instituto de la revisión ante una sentencia ya en firme. En virtud de todo lo anterior expuesto, se infiere que única y exclusivamente se pueden acudir a la demanda de revisión las resoluciones finales (sentencias) que ostenten el carácter de cosa juzgada material (art. 72.1 CPC). Esta condición es dada por el legislador a las sentencias dictadas de fondo en procesos ordinarios y las resoluciones que, por disposición de ley, (arts. 76.3 y 133.3 CPC) produzcan cosa juzgada material, según se deduce del ordinal 64 del código de rito. En tanto se desprende del artículo 33.3 del código en mención que, bajo el procedimiento incidental, se puede alegar la nulidad en procesos cobratorios que cuentan con sentencia firme y, pese a que esta no produce cosa juzgada material, puede ser conocido como medio de impugnación “el incidente de revisión” con ocasión de las causales reguladas en el ordinal 72.1 *ibidem*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arrieta M. Maryorie y Artavia B. Sergio. (1999). *Recurso de revisión y cosa juzgada*. San José: Editorial Sapiencia. aArtavia Barrantes, Sergio. (2018). *Proceso monitorio*

de cobro. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Faro. 1.^a ed.

Alvarado Velloso Adolfo. (2010). *Lecciones de derecho procesal civil*. Adolfo Alvarado Velloso, Carlos Adolfo Picado Vargas (compendio del libro Sistema Procesal: Garantía de la libertad adaptado a la legislación procesal de Costa Rica por Picado Vargas). 1.^a ed. San José, Costa Rica. IJSA.

Díaz Solemne, Omar Luis. (2007). *Teoría práctica del derecho comercial, civil, comercial y laboral*. Tomo II. Primera edición. Buenos Aires: Editorial Fedye.
Eduardo J. Couture. (1978). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma

López González, Jorge. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense: según el nuevo código (parte general)*. 1.^a ed. San José, Costa Rica: EDiNexo.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. (1988). *Principios del derecho procesal civil*. 3.^a ed. Código Civilión. Colombia.

Antonio-Enrique Pérez Luño. (1991). *La seguridad jurídica*. Barcelona, Ariel.

Sentencias

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
Voto n.º 93 de las 15:00 h del 2/6/1991.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
Voto n.º 680-F-02 de las 17:10 h del 4/9/2002.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.
Voto n.º 128 de las 10:00 h del 3/5/1996.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.
Voto n.º 00206 de las 10:50 h del 31/3/2006.

Tribunal II Civil, Sección II. Voto n.º 75-F-2004 de las 10:30 h del 19-3-2004.

Legislación

Código Procesal Civil de Costa Rica.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA EN LAS RELACIONES DE CONSUMO Y LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA I Y LA SALA III DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

MSc. Alejandra Vargas Cruz*
MSc. Dalia Isela Núñez Alfaro*

RESUMEN

El objetivo que se persigue con la elaboración de este artículo es dar a conocer parte del contenido del trabajo final de graduación de las suscritas personas juzgadoras cuando optamos por el grado académico de Máster en Administración de Justicia Civil Enfoque Socio-Jurídico, a la luz de los pronunciamientos de la Sala I y la Sala III de la Corte Suprema de Justicia, en materia de derechos del consumidor, regulados en la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N.º 7472. Este estudio les permitirá a las personas litigantes, las personas juzgadoras y otras personas interesadas en materia jurídica conocer en cuáles casos se puede aplicar este tipo de responsabilidad.

Palabras claves: responsabilidad objetiva, relaciones de consumo, indemnización, daño, jurisprudencia.

ABSTRACT

The objective pursued with the elaboration of this article is to make known part of the content of the final graduation work of the subscribed judges when we opted for the academic degree of Master in Administration of Civil Justice Socio-Legal Approach, in light of the pronouncements of Chamber 1 and Chamber III of the Supreme Court of Justice, in matters of consumer rights, regulated in the Law for the Promotion of Competition and Effective Defense of the Consumer No. 7472. This study will allow the litigants, judging persons and other persons interested in legal matters to know in which cases this type of liability can be applied.

Keywords: strict liability, consumer relations, compensation, damage, jurisprudence.

Recibido 14 de octubre 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en materia civil por la Universidad Nacional de Costa Rica. Actualmente es jueza en el Tribunal Colegiado de Primera Instancia Civil del I Circuito Judicial de Alajuela. Email: avargas@poder-judicial.go.cr

** Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en materia civil por la Universidad Nacional de Costa Rica. Es jueza en el Juzgado de Violencia Doméstica de Turno Extraordinario del II Circuito Judicial de San José. Email: dnunez@poder-judicial.go.cr

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 1045 del Código Civil prescribe que: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. Este artículo recoge el régimen de responsabilidad subjetiva, según el cual, si alguien con su comportamiento u omisión causa una lesión o daño a otra persona, está obligado a reparar ese daño.

En este tipo de responsabilidad, es indispensable que medie la existencia de culpa por parte de la persona autora del ilícito. Se le conoce también como aquiliana y se deriva de una relación de índole extracontractual. Esta clase de responsabilidad civil también puede ser indirecta, como lo es el caso de la responsabilidad que tenemos los padres respecto a los daños causados por nuestros hijos e hijas menores de quince años y que habitan en la misma casa, o la de los jefes o las jefas de colegios o escuelas por los daños ocasionados por sus discípulos también menores de quince años cuando estén bajo su cuidado. La empresa o persona explotadora de una máquina motiva, de un vehículo de un ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo también debe pagar el perjuicio que se ocasione a una persona con dichos medios de transporte.

También existe la responsabilidad contractual. El contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos (personas físicas o jurídicas) con el fin de crear o extinguir una relación jurídica. En virtud de dicho acuerdo, los y las intervinientes establecen cuáles prestaciones se obligan a cumplir.

El artículo 692 del Código Civil establece: “En los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que

ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva con daños y perjuicios”.

Los grandes avances tecnológicos, científicos, médicos, económicos e industriales crean el terreno fértil para que surjan nuevas relaciones que generan un nuevo tipo de responsabilidad: la objetiva. En esta, la existencia de la culpa se presume y, por ende, no debe demostrarse, ya que las diversas actividades en los campos antes señalados llevan implícita la existencia de un riesgo. Los avances en el mercado han servido de catapulta para el desarrollo de una economía de producción en la que se crean e intercambian bienes y servicios dirigidos a una persona consumidora.

Las relaciones de consumo requieren de una regulación distinta y debe ponerse especial atención a los daños que, con ocasión de dichas relaciones, puedan surgir, pues la persona fabricante, empresaria, comerciante siempre estará en una posición de supremacía y dominio respecto a la persona consumidora.

Surge así la responsabilidad objetiva para atender los requerimientos de las características especiales que imperan en las relaciones existentes entre personas consumidoras, empresarias, distribuidoras, comerciantes e importadoras.

La persona consumidora, como la parte más vulnerables de la relación, debe contar con una tutela adecuada de sus derechos, como lo son: la información adecuada, la seguridad, la salud, entre otras.

Es importante determinar cómo los pronunciamientos de la Sala I de la Corte Suprema de Justicia han abordado este tema en aras de verificar si se da una protección efectiva a los derechos de la persona consumidora frente a la persona empresaria.

2.- DESARROLLO

2.1.- Antecedentes

La conciencia de reparar el daño ocasionado a una persona o bienes de otro es tan antigua como el ser humano mismo. En la etapa primitiva, encontramos el Código de Hammurabi (antigua Mesopotamia) y, entre sus capítulos, existe uno referente a los delitos y su composición. Los hebreos tenían leyes sobre daños a personas y a la propiedad. El fundamento de la responsabilidad civil deriva de un proceso evolutivo, cuyo origen se atribuye a la Lex Aquilia romana.

Sin embargo, es en el derecho común, influenciado por los canonistas y, consecuentemente, por el pensamiento cristiano y el concepto de pecado, donde la obligación de resarcir viene a concebirse como consecuencia de un hecho reprochable. Dentro de esta concepción, si el daño no era imputable a un tercero, era atribuido a la voluntad de Dios y, por ende, no era posible su resarcimiento.

Esta ideología unida a la situación económico-social que imperaba durante la transición del siglo XVIII a XIX (revoluciones burguesas que, con su triunfo, crearon el escenario necesario para establecer nuevas instituciones de la sociedad que permitieron el desarrollo del modo de producción capitalista) influyó en el proceso de codificación, comenzando con el Código Napoleónico del que deriva el Código Civil de nuestro país y, de ahí, la existencia de la regla supra indicada.

A pesar de haberse vivido la primera Revolución Industrial, sus efectos apenas si se habían sentido y, ante una economía básicamente agrícola, ganadera y artesanal, el problema de la imputación no era

trascendente. Los sujetos que tomaban sus propias decisiones debían asumir sus consecuencias.

La culpa, como criterio de imputación, tenía lugar cuando el sujeto se excedía en el ejercicio de su libertad, causando a otro un daño. Para que hubiera resarcimiento, era necesario que el agente actuara, al menos, con negligencia o imprudencia. La regla imperante era una responsabilidad civil subjetiva o por culpa, y es la alternativa que originariamente el legislador costarricense asume.

Desde el momento en que los efectos de la Revolución Industrial y, posteriormente, la tecnológica empiezan a manifestarse y como secuela de las grandes guerras mundiales, aquella regla empieza a ser deficitaria frente a la realidad. Surgen teorías desarrolladas por la doctrina científica y luego una normativa especial: el riesgo, cuya doctrina es la fuente de la nueva legislación.

En el caso de que se destruyan vidas humanas o bienes materiales como consecuencia de un daño, la indemnización que podría darse no borra la destrucción ocasionada. No obstante, es una forma de reparar el daño. De esta manera, en la responsabilidad civil extracontractual, las normas cumplen una función indemnizatoria.

2.2.- Evolución: de una responsabilidad subjetiva hacia una objetiva

Desde la época primitiva, existía la noción de responsabilidad ante la producción de un daño, la cual se revelaba a través de la venganza. El hombre primitivo reaccionaba por un sentimiento de cólera donde lo que interesaba era el castigo al ofensor más que obtener una reparación por el daño sufrido.

Con el pasar de los años, la venganza se modera y surge la época de la composición voluntaria de la pena privada: la víctima que tiene derecho a la venganza puede perdonar al ofensor si este entrega una suma de dinero libremente consentida.

Posteriormente, surge la composición legal con la consolidación de las organizaciones políticas, institucionalizándose el sistema de composición, lo que lo hace obligatorio. Así el Estado fija para cada delito una cierta cantidad de dinero, pues asume la función de aplicar las sanciones represivas. También se transforma el concepto de responsabilidad que se desdobra en la penal y en la civil. La primera persigue el castigo del delincuente, y la segunda se encarga de resarcir a la víctima del daño.

En la época del Imperio Romano, se establece la Ley de las Doce Tablas, la cual contenía una transición de la composición voluntaria a la legal. A pesar de que se empieza a hablar de la condena civil indemnizatoria, aún no se logra desprender de la idea de venganza. Esto se logra con la promulgación de la Ley Aquilia, por la que se reprimen los daños ocasionados por los delitos privados sancionados por la ley tras anterior mencionada, como los delitos contra los bienes, la injuria, entendidos como sinónimos de culpa y el robo.

Es durante la época de Justiniano cuando se separa la noción subjetiva de culpa del elemento objetivo; es decir, la ejecución de un acto ilícito.

Con el proceso de codificación en que surge el Código Francés o Napoleónico, se abre una regla conforme a la cual cualquier hecho de una persona que cause a otra un daño obliga a repararlo por cuya culpa ha ocurrido. Se es responsable de un daño por hecho propio y

también del que se causa por el hecho de las personas de las que se deba responder o de las cosas que la persona tiene bajo su guarda. Este precepto implica un compromiso de reparación, aunque no haya habido malicia, sino solamente imprudencia o negligencia. Pues una de las primeras máximas de la sociedad es que todo individuo es garante de sus hechos, de manera que, si causa a otro un daño, está obligado a repararlo.

La llamada responsabilidad objetiva extracontractual contenida en los códigos de corte francés presenta las siguientes características: **1.** Idea extendida de la antigua Ley Aquilia que comprende todo tipo de daño, acción u omisión en donde se encuentre en el comportamiento del causante algún tipo de culpa, negligencia o imprudencia. **2.** Obligación de indemnizar con un carácter individualista, el conflicto se desarrolla entre el perjudicado y el causante del daño. **3.** Se contempló un determinado modo de ser de las relaciones económicas y sociales. Se trataba de un mundo en el que, a pesar de haber pasado la experiencia de la primera Revolución Industrial, no se habían dejado sentir aún todos sus efectos, de manera que la actividad económica continuó siendo agrícola, ganadera y artesanal y, en ella, el número de daños no debió ser muy elevado. Con el pasar del tiempo, se fueron sintiendo de forma extraordinaria los efectos de la primera Revolución Industrial, pues aparecieron los daños causados por ferrocarriles, tanto en sembradíos adyacentes como en las personas. También se empezaron a sentir efectos perjudiciales del manejo de gases y la electricidad. Se dieron accidentes en fábricas y en las minas, y surgió la invasión de los derechos de las personas importantes en la prensa periódica (hoy llamados derechos de la personalidad).

Al evolucionar el fenómeno de codificación, crece el sistema de responsabilidad civil. Aparece la figura del daño moral, es decir, la responsabilidad puede generarse de un daño material y también moral, extendiéndose este último tipo de daño a ámbitos como la fama, el honor, etc. Se empiezan a extender las indemnizaciones por muerte y lesiones corporales que implican un dolor psicológico a raíz del daño.

La negligencia se convierte en el centro de imputación de la responsabilidad. Pero, con el surgimiento de grandes ciudades, la industrialización y el incesante aumento del tráfico, el derecho de daños fue pasando de los daños causados a las tierras e intereses relacionados a ellas, a la reparación de daños a las personas, y el centro de gravedad se fue desplazando de la afectación a derechos e intereses perjudicados, a la clase de conducta que engendra la responsabilidad.

El fundamento de la responsabilidad civil no se replantea hasta el siglo XIX. Es con la Ley Francesa de Accidentes de Trabajo de 1898 cuando se toma conciencia del aumento de accidentes en la industria y la minería, estableciéndose el principio de que el empresario es responsable de pleno derecho, independientemente de la existencia de culpa de su parte, de los accidentes ocurridos con motivo del trabajo a sus obreros y empleados. La víctima solo debe probar el accidente. Estos son los primeros rasgos de lo que posteriormente se vendría a conocer como la doctrina del riesgo, la que es consecuencia de los accidentes de trabajo.

Dicha doctrina formula que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial

hace al autor de tal actividad responsable del daño que, dentro de ese marco de riesgo, se pueda causar, sin que haya que buscar si ha existido o no culpa de su parte. Se justifica en una idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio, es justo que repare los daños que causa¹.

Se abandona la idea de obligación personal de reparación, para dar paso a la citada teoría y va siendo adoptada poco a poco por otros países como Italia.

En síntesis, la persona empresaria debe asumir la responsabilidad del riesgo de empresa, por la actividad que realiza.

Todo este proceso de transición de una responsabilidad subjetiva o de atribución personal hacia una responsabilidad objetiva se fue dando poco a poco y se convirtió en una necesidad por los cambios surgidos a raíz de las revoluciones industriales. La teoría del riesgo ha sido codificada, y se considera que es al legislador a quien le compete introducir los casos en que esta opera, por lo que no se pueden crear situaciones vía interpretativa o jurisprudencial.

Hoy en día, existe una tendencia hacia la objetivación o a la superación fundada exclusivamente en la culpa del causante del daño, para dar paso a un régimen especial típico de responsabilidad civil objetiva que se da en casos, tales como el uso y circulación de vehículos automotores, la navegación aérea, daños nucleares, la protección de las personas consumidoras y usuarias. Este último supuesto es el tema que se va a tratar en esa publicación.

1 Díez Picazo y Ponce de León, Luis. (1999). *Derecho de daños*. Madrid, España: Editorial Civitas Ediciones, SL, p.108.

2.3.- Ubicación normativa de la responsabilidad civil objetiva

En nuestro país, la normativa general en los casos de responsabilidad objetiva está contenida en el Código Civil, artículo 1048, párrafos cuarto y quinto que, en lo que interesa, disponen:

[...] Sin embargo, no podrá excusar con esas excepciones su responsabilidad el que explota una mina, fábrica, establecimiento de electricidad u otro cualquiera industrial, o el empresario de una construcción; y si no le hubiere, el dueño de ella, cuando su mandatario, o representante o persona encargada de dirigir o vigilar la explotación o construcción, o cuando uno de sus obreros causa por su culpa en las funciones en las cuales está empleado, la muerte o lesión de un individuo, pues será entonces obligación suya pagar la reparación del perjuicio”; “Y si una persona muere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de un ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada.

Se podría concluir que, en casos de responsabilidad objetiva, la víctima no está obligada a demostrar la culpa o el dolo, pues basta con acreditar el daño y la relación de causalidad para poder determinar la responsabilidad objetiva de los sujetos obligados a reparar el daño. Únicamente se

establece como eximente de responsabilidad la fuerza mayor o la propia falta de la víctima.

Este tipo de responsabilidad también se encuentra tipificado en la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial, para el caso de los accidentes de esta índole (artículo 197), también en la Ley de Cercas Divisorias y Quemadas (artículo 4°), en la Ley General de Administración Pública, con relación a daños provocados a terceros, al ambiente y la ecología, en los casos de riesgo de trabajo, y el gran avance sobre el tema se aporta con la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N.º 7472 (artículo 35).

En nuestro país, la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias es de rango constitucional, pues el artículo 46 de la Constitución Política consagra en lo que interesa:

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

2.3.1.- Elementos de la responsabilidad objetiva

Los elementos que se han identificado son tres, a saber: **1.** El daño que es una constante en la responsabilidad. **2.** La actividad riesgosa o peligrosa o de la que se deriva propiamente la relación de consumo. **3.** El nexo causal que debe existir entre ambos. Pierde importancia

analizar factores como el dolo o la culpa. Para determinar el sujeto responsable de resarcir el daño producto de la actividad riesgosa, es indispensable que exista un nexo causal entre el daño y la actividad generadora de aquel. El sustento de este tipo de responsabilidad yace en un principio esencial de solidaridad, pues la persona que realiza una actividad peligrosa y que socialmente se valora como útil debe ser solidaria cuando esa actividad genera un perjuicio o lesión a intereses de terceras personas.

En la responsabilidad objetiva, pierde importancia analizar los factores de culpa o dolo. Para determinar el sujeto responsable de resarcir el daño ocasionado producto de la actividad de riesgo, es indispensable que exista un nexo causal entre el daño y la actividad generadora del daño.

Juan Marcos Rivero considera que, para que se dé verdaderamente el salto, lo importante sería demostrar el daño, dejando de lado cualquier criterio de índole subjetivo.

Tanto en sede civil como en penal, se ha determinado que quien crea el riesgo debe además obtener un beneficio lucrativo a su favor; de lo contrario, habría que analizarlo en la esfera de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva.

En este caso, se indica:

“La responsabilidad civil objetiva, sustentada en la teoría del riesgo creado, tiene como fundamento un principio esencial de solidaridad, toda vez que, aquella persona que realiza una actividad peligrosa que, socialmente se valora como útil, pero, además, obtiene de dicha actividad un lucro, se estima

debe ser solidario cuando dicha actividad genera un perjuicio o lesión a intereses de terceros; precisamente, porque el desarrollo de dicha actividad riesgosa le genera ingresos en tal actividad.

En este sentido, se agrega:

La doctrina nacional ha establecido con toda claridad que: “En nuestra jurisprudencia, se ha aclarado que los párrafos 4 y 5 del artículo 1048 del Código Civil no se basan en la responsabilidad por culpa directa o indirecta, sino en la responsabilidad objetiva -es decir sin culpa- que recae sobre los empresarios de establecimientos peligrosos y los que se dedican a la explotación de los medios de transporte; estas dos reglas son reflejo de la teoría del riesgo. En realidad, con esto la ley ha tomado en cuenta dos cosas: de un lado, excitar el celo de los dueños y empresarios de actividades peligrosas, en el sentido de impedir accidentes y, de otro lado, garantizar mejor el pago de la respectiva indemnización, poniéndolo directamente a cargo de los individuos solventes. Como puede observarse, a diferencia de los casos de “responsabilidad por culpa”, la responsabilidad objetiva reside en el hecho de que aquel que para su propio provecho crea una fuente de probables daños y expone a las personas y los bienes ajenos a peligros queda obligado si el daño se verifica. (Ver: Pérez Vargas, V.; Derecho privado; San José; Publitex, 1998, p. 416; ver también: Voto 085-F-99, Tribunal

de Casación Penal, diez de marzo de mil novecientos noventa y nueve). Tribunal de Casación voto 190-1999 de las 12:00 horas del 4 de junio de 1999. En igual sentido, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en votos 1262-97 de las 11:30 horas del 14 de noviembre de 1997 y 345-98 de las 9:25 horas del 3 de abril de 1998, Tribunal de Casación voto número 418-2003 de las 11:56 horas del 15 de mayo de 2003.

Sin embargo, todos los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales al respecto coinciden en el sentido de que se debe tratar de una actividad lucrativa, pues, cuando se trata, como en el presente caso, del desarrollo de una actividad ciertamente riesgosa, como es la conducción de vehículos automotores, pero que no generan un tipo particular de lucro, ya que simplemente se circunscriben al disfrute del transporte automotor, las normas aplicables establecen que la responsabilidad quedará limitada por la derivada de la responsabilidad subjetiva.

Mediante sentencia de las 16 horas del 20 de agosto de 1973, la Sala de Casación coincide con la jurisprudencia penal, en el sentido de la necesidad de que, para obtener un beneficio o lucro, quien crea un riesgo que llega a causar daños y perjuicios a terceros y como no es justo que estos los padezcan, se estima que quien creó el riesgo debe asumir las consecuencias, de modo que, así como toma los beneficios que provienen de esa actividad o del trabajo de otras personas, debe asumir los perjuicios.

3.- MARCO PROBATORIO

En lo que respecta a la carga de la prueba, el artículo 35 de la Ley de Protección al Consumidor establece la presunción de responsabilidad al productor, el proveedor y comerciante, si el consumidor resulta perjudicado por razón de bien o servicio, y solo se libera quien demuestre haber sido ajeno al daño. Es decir, en materia de responsabilidad objetiva en relaciones de consumo, prevalece la inversión de la carga de la prueba como regla general, por lo que coloca a cargo del demandado la prueba de las circunstancias de exoneración que son de observancia de las reglas de la debida diligencia.

Debido al desarrollo de la tesis objetiva del riesgo creado o peligrosidad, se torna más exigente el deber de evitar el daño, de allí que producido este, se impone la inversión de la carga de la prueba. El productor, el proveedor o comerciante deben demostrar el hecho objetivo de que se han tomado todas las medidas técnicas más funcionales para evitar o reducir el peligro de la actividad que desarrollan. Así se establece el principio de que habrá mayores cargas para quien dispone de mejores posibilidades en razón de la posesión de medios idóneos de prueba que es lo que se conoce como la prueba dinámica.

El consumidor dañado debe demostrar: **a.** El perjuicio sufrido. **b.** La vinculación entre el daño y el producto o servicio recibido del proveedor, el productor o comerciante (relación de causalidad). Estos últimos deben convencer a la persona juzgadora acerca de que el daño es extraño al riesgo de empresa o que se origina en el hecho de la víctima o de un tercero extraño, o en un caso de fuerza mayor. La carga de la prueba no puede alterarse en perjuicio del consumidor o usuario, el cual se encuentra además en

una situación de desventaja en la relación de consumo.

En cuanto a este tema, la Sala I de la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto:

[...] IV.- Sobre la carga de la prueba. Con base en lo expuesto hasta este punto, cabe referirse al deber de demostración que le incumbe a cada una de las partes que integran la litis, cuando el objeto del proceso es la declaratoria de un deber de reparar un daño en casos como el presente. En primer término, se advierte que la parte actora se encuentra en una situación donde le resulta muy difícil o prácticamente imposible comprobar algunos de los hechos o presupuestos esenciales para su pretensión, colocándola ante una posible indefensión. Producto de lo anterior, y según lo ha indicado esta Sala con anterioridad, se redistribuye el deber de demostración entre las partes litigantes, en donde el “onus probandi” (deber probatorio) le corresponde a quien se encuentre en mejores condiciones para aportar la prueba al proceso (en este sentido, se puede ver la resolución no. 212 de las 8 horas 15 minutos del 25 de marzo de 2008). Empero, de lo anterior no debe extraerse que la víctima se encuentra exenta del deber probatorio, ya que le corresponde acreditar, en los términos dichos, el daño sufrido y el nexo de causalidad.

Por su parte, corre por cuenta del accionado probar que es ajeno a la producción del daño, es decir, debe demostrar la concurrencia de alguna de las causas eximentes de responsabilidad, ya sea la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor. Asimismo, el demandado puede liberarse de la responsabilidad en el tanto logre comprobar que el régimen establecido en el cardinal 35 de la Ley de Defensa del Consumidor no le es aplicable, ya sea porque no concurren en la especie los presupuestos subjetivos para su aplicación (por ejemplo, si las partes no se encontraran en una relación de consumo), o bien, en el caso específico de la teoría del riesgo que contempla dicha norma, que este no se ubica en un grado de anormalidad. A manera de síntesis, se puede observar que se trata de una redistribución del deber probatorio en atención a las circunstancias específicas de cada uno de las partes y su proximidad a las fuentes probatorias, las cuales, en todo caso, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, a partir de las cuales, los juzgadores deben recurrir, no sólo a las consecuencias que se derivan en forma directa del acervo probatorio, sino también de indicios y su propia experiencia al momento de valorarlo. Resolución n.º 00300 - 2009 del 26 de Marzo de 2009 a las 11:25 a. m.

4. LA APARICIÓN DEL DERECHO DE LA PERSONA CONSUMIDORA

4.1. La persona consumidora

Desde la entrada en vigencia de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en 1994, se introdujo una nueva forma al régimen de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el riesgo creado: la responsabilidad en las relaciones de consumo. A partir de este momento, la persona consumidora cuenta con una nueva forma de protección de sus derechos, tan conculcados por las personas empresarias, comerciantes y, en fin, todos los que forman parte de la cadena de producción, debido a la situación privilegiada en que se encuentran en la relación de consumo.

Según la jurisprudencia emitida por las Salas I y III en materia de relaciones de consumo, se ha ampliado el concepto de lo que es un consumidor, entendiéndolo no solo como el consumidor efectivo, es decir, la persona que adquiere un bien o servicio, sino también como el potencial consumidor o cliente que es quien en realidad no adquiere ese bien o ese servicio, pero que puede llegar a adquirirlo.

Así, mediante el voto número 295-2007 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de abril de dos mil siete, la Sala Primera dispuso lo siguiente:

[...] En criterio de esta Sala, el simple hecho de no adquirir un producto, o requerir un servicio, no es un motivo jurídicamente aceptable para eximir de responsabilidad al productor, proveedor o comerciante, en aquellos supuestos en donde el

usuario resulte lesionado en razón del bien o servicio recibido. El término “consumidor” referido a la situación jurídica del actor cuando ingresó al supermercado, corresponde a un concepto más amplio que el de comprador. En concordancia con el parámetro constitucional, consumidor, debe entenderse en un planteamiento expansivo respecto al ámbito de aplicación de las personas que requieran de una especial protección en esta materia. No se supedita a un “contrato de consumo”, porque significaría aplicarla de forma restringida y limitada a aquella persona que compra, o que contrata. La posición del derecho moderno, según este Órgano decisor, es que se le conciba como cliente, entendido a quien participa en las actividades comerciales en la posición de potencial adquiriente -y no comprador efectivo-, de bienes y servicios con el titular de la oferta. Dependiendo de la etapa del proceso, se puede distinguir entre contratante y cliente. El primero, se denomina consumidor jurídico. Adquiere un bien o servicio mediante una relación jurídica típica, como por ejemplo, la compra. El segundo es el consumidor material, quien no contrata el bien o servicio, puede potencialmente adquirirlo o utilizarlo. Este último es el centro de protección jurídica en el ámbito de la seguridad de los consumidores [...].

Las revoluciones industriales, los avances y cambios científicos, tecnológicos, económicos cimentan el terreno para que surja

el interés por la protección efectiva de las personas consumidoras, pues son estas quienes a fin de cuentas permiten la existencia, el mantenimiento y el desarrollo de la economía, al adquirir o demandar cada vez más bienes o productos y servicios.

4.2. **Ámbito de protección**

Se protege a la persona consumidora no solo en la etapa propiamente del contrato, sino también es necesario tutelar sus derechos en la fase precontractual. **Así, en esta etapa, el bien jurídico protegido es la negociación y la justa distribución de los riesgos económicos. La guía del juez o de la jueza debe ser la ética en las negociaciones.** Pero es necesario tener presente que, en el derecho del consumidor, cambian los bienes tutelados en materia precontractual, ya no se protege la negociación, la correcta negociación, sino que, desde la conciencia de la desigualdad real, se trata de proteger a las personas consumidoras.

Con el surgimiento del derecho del consumidor, se ponen en crisis las teorías e ideas tradicionales, entre ellas, la idea de daños, pues, en esta materia, el principio que impera es que debe procurarse que la persona consumidora acceda efectivamente a los bienes y servicios, para lo cual el derecho tiene la obligación de protegerla.

Los cambios en la sociedad no impactan solo a nivel de las estructuras sociales, sino también, en las formas jurídicas, producen alteraciones en las maneras de contratar, y es así como han surgido los contratos en masa. Pero no solo se da este tipo de cambios, sino también se puede afirmar que nacen nuevas formas jurídicas que crean verdaderos sistemas jurídicos, con principios propios,

como lo es el derecho del consumidor que se encarga de regular la principal actividad que hacen todos: consumir. Todo lo anterior se puede sintetizar en una sola palabra: GLOBALIZACIÓN.

En el derecho de consumo, la forma contractual dominante e imperante en las relaciones es el contrato de adhesión. Pero esto no significa que no puedan darse contratos de consumo en forma individual o negociada, como puede ocurrir, por ejemplo, en una negociación de un pequeño o mediano empresario con su cliente, el cual suele contratar discutiendo las condiciones contractuales dentro del marco clásico de la oferta y la aceptación.

Pero por ser estos casos los de menor existencia, la doctrina se ha dedicado a estudiar cómo funciona la etapa precontractual en los contratos de consumo más comunes; es decir, los contratos con condiciones generales y, a partir de aquí, establecer los casos de responsabilidad precontractual y precisar el alcance de la normativa de esta materia en esta etapa, fundamentalmente a través del tratamiento que se hace de la publicidad.

Tratándose de contratos de adhesión, es necesario determinar si existe una etapa precontractual, pues la fase de negociación previa es mucho más difícil de detectar jurídicamente que tratándose de contratos negociados. En estos se ubica claramente la responsabilidad precontractual. Pero en los contratos de adhesión, se debe recurrir a los mecanismos de control de la publicidad.

Es necesario tener presente que, en derecho de consumo, las figuras tradicionales como la oferta y demanda quedan reemplazadas por otras figuras como la estipulación o preformulación, la adhesión y publicidad.

En los contratos por adhesión a condiciones negociales generales, si bien existe una etapa previa al acuerdo de voluntades, no hay negociación propiamente, sino mera adhesión. Pero, en ocasiones, con posterioridad al primer contacto donde debió haberse producido la incorporación, comienza un período de negociación cuando se está frente a contratos de montos importantes².

Es conveniente agregar un elemento más, como es la **publicidad previa**, la cual se puede dar en algunos contratos de adhesión y en otros no.

En los contratos de adhesión, la parte económicamente fuerte realiza el primer acto, al estipular el clausulado de condiciones generales. Luego se redactan formularios que contienen una selección de cláusulas (envío) y una cláusula de reenvío al clausulado general por la cual aquel queda incorporado. Después continúa la operación adhesiva que genera el vínculo o relación entre el clausulado de condiciones generales y el adherente a partir de la suscripción por el consumidor adherente por la que se incorporan las condiciones negociales generales a la relación contractual concreta.

En todos los casos de contratos de adhesión, como resultado directo de la factibilidad de un aviso publicitario, pese a que no existe en algunos período precontractual (las tres últimas clasificaciones), sí se vislumbra la posibilidad de una disconformidad entre las condiciones generales que se publicitaron y el clausulado completo, por lo que sí cabría una eventual responsabilidad. En este tipo de contratos de adhesión, la faz anterior al

contrato es publicitaria, por lo que la base fáctica de la precontractualidad adhesiva está dada por un lapso de tiempo que va desde la publicidad y prerredacción del clausulado de condiciones generales hasta la operación adhesiva.

En resumen, no puede afirmarse que, en los contratos de adhesión a condiciones negociales generales, no existe una etapa precontractual. No existe en el sentido de la concepción tradicional, pero no por esto se puede asegurar que no existe del todo.

La publicidad es un acto precontractual, pues se trata de un hecho jurídico anterior al perfeccionamiento, aunque diferente a los actos precontractuales clásicos, por lo que debe dársele una valoración diferente.

La publicidad es el primer acto de la contratación masiva, pues, a través de ella, el consumidor recibe el “primer impacto”. Es una ideación unilateral del empresario que decide el producto o servicio que desea publicitar y, cuando emite la publicidad, manifiesta su voluntad. Es decir, existe una etapa previa no como en las tratativas o período de concreción de la oferta, sino que se replantea a instancias de un fenómeno publicitario, por lo que se modifica sensiblemente la teoría general del contrato en torno a la etapa precontractual.

Se puede afirmar que la publicidad es una fuente directa generadora de responsabilidad precontractual, pues la oferta que se promociona con la publicidad va dirigida a un grupo indeterminado de personas consumidoras, lo cual es característico de la contratación en masa.

2 Sozzo, Gonzalo. *Antes del contrato*. Editorial Lexis Nexos, p. 279.

4.3. Oferta y publicidad en los actos precontractuales

En el artículo 32, la Ley N.º 7472 establece como uno de los derechos irrenunciables del consumidor **el acceso a una información veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio.**

Igualmente, se tutelan el derecho a **una protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección.**

Por otro lado, como contraprestación a estos derechos, **la persona comerciante y la productora tienen el deber de brindar información fehaciente, clara y veraz a la persona consumidora, acerca de los elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo.** Se trata de una ley que regula de manera muy general los derechos de información y publicidad segura.

Aunque, en muchas ocasiones, la oferta al público se publicite, puede ocurrir que, en otras ocasiones, esto no ocurra, por lo que la doctrina dispone que, **para que la OFERTA sea considerada como tal en un anuncio publicitario, debe cumplir con un requisito: el de COMPLETIVIDAD o AUTOSUFICIENCIA, por lo que la persona consumidora solo está en condiciones de aceptarla como ha sido formulada.**

Por otro lado, hay publicidad que no es oferta y ello ocurre con la publicidad que tiene un contenido de manera exagerado o no cumple con los requisitos que exige el deber de información y completividad. Esto ocurre

por ejemplo con la publicidad televisiva y periódica.

Cuando la publicidad crea en el consumidor una confianza y expectativa de que, en caso de contratar, se asegura la adquisición del bien o servicio, es decir, el objetivo legítimamente esperado, tal y como se ofreció, esto genera responsabilidad en caso de alguna inconsistencia, o de que a la hora de contratar las condiciones generales, no cumplan con dichas expectativas.

El deber de información constituye uno de los derechos fundamentales y principales de los consumidores, y forma parte de la publicidad y la oferta. Estas deben contener toda la información necesaria, pues, en caso contrario, pueden dar lugar al surgimiento de responsabilidad precontractual.

La Ley de la Promoción y Defensa de los Consumidores dispone en el artículo 37 que **la oferta, promoción o la publicidad de los bienes y servicios deben realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda, utilidad o finalidad, de modo que no induzca a error o engaño al consumidor, y que no pueden omitirse tales informaciones, si de ello pudieran derivarse daños o peligro para la salud o seguridad del consumidor.**

El deber de información abarca la necesidad de informar sobre la oferta en sí (limitaciones, cantidades de producto disponible, condiciones, modalidades, etc.). Comprende también el tipo de contrato de que se trata; la información sobre el servicio o producto que se va a contratar, sus características esenciales, si es usado, reconstruido. Es decir, el requisito de completividad tiene que ver con las condiciones y modalidades de la oferta.

Debido al surgimiento del derecho de consumo, se ha ido recuperando la importancia de la etapa precontractual, lo cual responde a la existencia de un sistema de protección de la persona consumidora donde se pretende evitar o, al menos, disminuir al máximo las desigualdades económico-sociales que conducen a situaciones de imposición.

El consentimiento es desplazado por la adhesión, pero en contraposición a esto, se consagra un nuevo derecho de las personas consumidoras: el derecho a la INFORMACIÓN que es una obligación primordial y principal de quienes ejercen la actividad de comercialización.

Durante el período precontractual, debe imperar la transparencia, la seguridad, la protección de la persona consumidora, la interpretación a favor de esta, pues se encuentra en una posición de debilidad, se coloca la carga de la prueba en cabeza de la persona proveedora, se asegura el acceso a la Justicia, se consagra una verdadera responsabilidad precontractual, diferente de la responsabilidad contractual y extracontractual que, dicho sea de paso, se configuran como un todo.

5. PRINCIPALES CASOS QUE ORIGINAN LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE RELACIONES DE CONSUMO

Los principales casos en los que surge este tipo de responsabilidad son: PUBLICIDAD ENGAÑOSA, PRODUCTOS DEFECTUOSOS, CLÁUSULAS ABUSIVAS E INCUMPLIMIENTO DE VELAR POR LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS CONSUMIDORAS Y SUS BIENES.

5.1. Productos defectuosos

Los primeros antecedentes en materia de responsabilidad objetiva en las relaciones de consumo se dieron en los Estados Unidos, quizá porque los tribunales de ese país se encuentran en una posición que les permite evolucionar más rápidamente, debido al sistema que aplican del *Common Law*.

El caso más antiguo es el de *Mc Pherson vs. Buick* resuelto en 1917 por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York.

En este asunto, se admitió que el fabricante de productos tenía un deber de diligencia frente al público con independencia de los particulares vínculos obligatorios que le unían negocialmente a cualquier persona.

Ya para casos específicos de productos alimenticios o bienes de similar naturaleza, la jurisprudencia norteamericana estableció que el fabricante garantizaba implícitamente la sanidad y la seguridad del producto frente a cualquier persona que lo producía.

La responsabilidad que se trata en materia de personas consumidoras y usuarias es aquella en que el daño es causado por la utilización, ya sea el uso o consumo, o la manipulación de un producto de carácter defectuoso, cuando el daño se encuentra ocasionado por la defectuosidad del producto.

Las causas de exoneración vienen a romper el nexo o unión entre el defecto del producto y la actividad empresarial de comercialización, o el nexo entre el defecto y el control del producto que la persona empresaria debió tener.

Así las causas de exoneración de la responsabilidad y, *a contrario sensu*, los

criterios de imputación de responsabilidad en materia de productos defectuosos son:

1.- Falta del nexo causal entre el defecto del producto y la actividad empresarial de comercialización.

El fabricante o el importador no son responsables si logran demostrar cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Cuando el fabricante y el importador no han puesto en circulación el producto. Para que no exista responsabilidad, es necesario que el producto haya salido de la fábrica sin ninguna decisión empresarial de comercializarlo o bien que la puesta en circulación obedezca a actos de terceras personas no conocidos por el empresario, fabricante o importador. **b)** Que se logre probar que el defecto en el producto no existía en el momento en que se puso en circulación. Es decir que no se trata de un defecto de fabricación, sino que surgió posteriormente. **C)** Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con una finalidad económica, ni fabricado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional empresarial. Es decir, en el primero caso, se trata de una fabricación de ensayo o prueba y no profesional, y, en el segundo caso, se trata de que el producto no haya sido importado o distribuido en el marco de actividades empresariales, sino como una afición o *hobby*.

2.- La responsabilidad del fabricante y del importador queda excluida si se demuestra que el defecto del producto se debió a que este fue elaborado de acuerdo con normas imperativas existentes. En este caso, no se trata de

excluir la responsabilidad en sentido estricto, pues el daño se ha producido como consecuencia de la fabricación de un producto defectuoso, sino que se hace referencia a aquellos casos en que las normas imperativas dictadas por poderes públicos competentes legitiman la actuación del fabricante que, ante dichas normas, carece de libertad para garantizar la fabricación del producto.

3.- Los riesgos de desarrollo. Es necesario indicar que toda actividad o proceso de fabricación supone un determinado nivel de conocimientos científicos y técnicos que deben estar siempre presentes en el momento en que el producto se fabrica. Este nivel de conocimientos impone que el carácter defectuoso de un producto pueda ser detectado por su fabricante; pero cualquier limitación de responsabilidad por esta causa puede reducir o excluir la indemnización del daño. Es decir, solo se puede responder de los defectos controlables, de aquellos que se previeron o debieron prever, por lo que no debe existir responsabilidad por encima del nivel científico o tecnológico que existía en el momento de la fabricación. Se establece un canon de diligencia, con lo cual parte de la doctrina considera que se vuelve a criterios de responsabilidad por culpa. Se indica que, en materia de riesgos de desarrollo, es necesario tener mucho cuidado con los criterios de reparación de los daños, en donde se deben tomar en cuenta no solo criterios técnicos jurídicos, sino también políticos, pues se podría frenar el desarrollo que es tan conveniente para la sociedad. No obstante, se excluyen de este criterio de

atenuación de la imputación los casos en que el daño es producido por el carácter defectuoso de medicamentos o productos alimenticios destinados al consumo humano, pues, en estos casos, los fabricantes y los importadores siempre deben soportar los riesgos de desarrollo.

4.- La intervención de un tercero en la producción del daño. La responsabilidad del fabricante o importador solo queda excluida si el daño es el resultado de la actividad exclusiva de un tercero, por lo que el carácter defectuoso es irrelevante en relación con el daño.

5.- La culpa de la persona perjudicada: Se produce cuando en un acto de la persona perjudicada se ubica la negligencia que, conjuntamente con el defecto del producto, haya causado el daño, lo cual debe valorarse en cada caso concreto.

En el caso de los productos defectuosos, en la sentencia 000646-F-2001, la Sala Primera destaca los derechos de los consumidores o usuarios a la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, seguridad y medio ambiente, y a la reparación del daño producido por la lesión de estos bienes jurídicos.

Para la tutela efectiva de estos derechos, el legislador adoptó un sistema de responsabilidad objetiva, con el claro interés de evitar que, por dificultades probatorias prácticamente insalvables, puedan quedar desamparadas las víctimas de las actividades empresariales de fabricación y comercio producto de las actividades de riesgo, y aplica el artículo 35 de la Ley 7472.

Consecuentemente, la fuente de la obligación, en la responsabilidad objetiva, no es la culpa, la negligencia, etc. del agente. Por eso, para desvirtuar la responsabilidad, ninguna importancia tiene que este logre demostrar que no fue imprudente, negligente o inexperto.

5.2. Publicidad engañosa

La publicidad es un tema complejo en cuanto a la materia de consumo, pues va dirigida a conformar gustos, modas, incita al consumo y promueve la contratación de bienes y servicios en un mercado donde impera la libre competencia. Así la publicidad ha pasado de ser considerada una cuestión de carácter privado para convertirse en una cuestión de interés público, pues la publicidad contempla aspectos de protección de interés público.

Por esto, el ordenamiento jurídico se ha visto en la necesidad de regular la publicidad comercial y la protección de la persona consumidora frente a los posibles efectos nocivos o perjudiciales de la publicidad. De esta manera, el artículo 37 de la Ley de la Competencia y Protección del Consumidor regula lo relativo a la publicidad, la cual no debe hacer incurrir en error o engaño a la persona consumidora. E igualmente, el artículo 43, inciso d) del Reglamento de dicha ley exige la rectitud en la publicidad.

En cuanto al tema de la publicidad, se puede hablar de publicidad ilícita, la engañosa, la desleal, la subliminal. Aunque la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país no hace una clasificación de la publicidad, sí indica de manera muy general las pautas que se deben seguir para considerar cuándo la publicidad es adecuada y correcta.

La publicidad, tal y como se indicó con anterioridad, puede comprender varios

casos que implican la generación de responsabilidad:

- 1) **La publicidad ilícita** es aquella que se elabora en contra de los valores y derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política; por ejemplo, la que es contraria a la dignidad de las personas. La ilicitud se puede encontrar en el contenido del mensaje publicitario, como en la forma que se utilice para comunicar ese mensaje.

Se cita como ejemplo el caso de una campaña publicitaria de ropa juvenil, donde se utiliza la imagen de una persona en condiciones que son denigrantes para el ser humano, cuando el contenido de la publicidad no tiene relación alguna con el producto que se pretende vender (utilización del cuerpo como mercancía), o los casos de campañas publicitarias con contenidos sexistas y discriminatorios.

- 2) **La publicidad engañosa:** Es aquella que induce o puede inducir a error a las personas destinatarias, pudiendo afectar su comportamiento económico, y no importa el medio que se utilice para ser difundida, es decir, si es escrito u oral.

La falsedad puede estar en el contenido del anuncio o bien de la forma en que este se presenta; por ejemplo, cuando se utiliza el idioma inglés para anunciar unos cigarrillos fabricados en Costa Rica, induciendo a la persona destinataria de la publicidad a creer que son de origen inglés.

Otro aspecto relevante de este tipo de publicidad es que no es necesario que se produzca el daño de manera efectiva; es decir, que surja efectivamente el error o engaño, basta con que sea susceptible de engañar.

5.3. Cláusulas abusivas

El empleo de condiciones generales en los contratos de adhesión es un fenómeno propio de empresas y entidades que deben enfrentar un gran volumen de actividad negocial, por lo que deben racionalizar la actividad contractual, lo que les permite ahorrar tiempo y dinero, así como optimizar su organización interna y la utilización de recursos.

Pero, además de estos aspectos que persiguen las personas empresarias con el empleo de contratos con cláusulas predispuestas, en ocasiones también se busca con estos obtener ventajas adicionales e injustificadas, desplazando riesgos y responsabilidades hacia la parte adherente, lo que hace indispensable regular este fenómeno de manera especial.

Así, en el artículo 42 de la Ley de la Promoción y de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, se establece lo referente a las situaciones que se consideran como abusivas en los contratos de adhesión, lo cual es sancionado con nulidad absoluta y relativa y que debe ser reclamado en la vía judicial.

Igualmente, se le garantiza el derecho de que toda modificación, anexo o adenda para que sea eficaz, debe ser puesta en su conocimiento. Pero en cuanto a esta comunicación, no se trata de cualquier tipo, sino que debe ser una puesta en conocimiento efectiva, es decir, que sea realmente conocida por el adherente, o bien mediante cierta forma posible.

En caso de que la persona que se adhiera a un contrato de adhesión considere que este contiene alguna cláusula que sea abusiva de sus derechos, el ordenamiento jurídico lo que dispone es que el adherente pueda acudir a la vía jurisdiccional o

administrativa, para reclamar la anulación de ese contrato de adhesión.

Además de la nulidad, el adherente puede reclamar el pago de los daños y perjuicios que se le podrían haber ocasionado por violación a la Ley 7472, en cuyo caso, solo tienen competencia los órganos jurisdiccionales.

5.4. Incumplimiento con la obligación de la persona empresaria de velar tanto por la seguridad e integridad física de las personas consumidoras y sus bienes

1. Por hecho de un tercero La seguridad es uno de los derechos de las personas consumidoras que está siendo efectivamente tutelado, pues es innovador el hecho de un tercero que, en la responsabilidad civil tradicional, es un eximente de responsabilidad, pues rompe el nexo causal, en materia de relaciones de consumo, el hecho de un tercero que cause un daño a la persona consumidora no exime de responsabilidad a la persona empresaria, entiéndase por esta la persona productora, la proveedora y la comerciante, siempre que el hecho se dé con ocasión del servicio que presta dicha persona empresaria y del riesgo de la empresa que asume. Así lo ha reiterado no solo la Sala Primera, sino también la Sala Tercera, las cuales, en distintas sentencias, han analizado situaciones en donde por causa del hecho de un tercero, se han ocasionado daños a las personas consumidoras.

2. Accidentes en el establecimiento comercial La persona empresaria tiene la obligación de velar por la seguridad de las personas que están dentro del establecimiento comercial. Por ello debe mantener las instalaciones en óptimas condiciones con el fin de evitar accidentes.

6. Casos jurisprudenciales La jurisprudencia de las Salas I y III se refiere a los elementos que necesariamente deben estar presentes para que se configure la responsabilidad civil objetiva, los cuales son la existencia del daño y el nexo causal, eliminando el elemento de la culpa. Es decir, solo interesa analizar si la actividad riesgosa que puso en marcha la persona empresaria produjo o no un daño y, en caso de ser así, lo relevante es la indemnización a la víctima.

Del análisis de la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la responsabilidad objetiva en las relaciones de consumo, se arroja un aspecto relevante que es el cambio de paradigma en cuanto a las causales de interrupción del nexo causal, pues mientras en la tradicional teoría de la responsabilidad civil, la culpa de un tercero constituye un eximente de responsabilidad, en el caso de las relaciones de consumo, existe responsabilidad solidaria y concurrente de la persona empresaria, quien deberá probar que ha sido ajena al daño para eximirse de responder por ella misma, y en cuanto a este aspecto, el hecho de un tercero no implica una exoneración de esa responsabilidad, si se logra determinar que el daño a la víctima se produjo con ocasión del servicio que presta la persona empresaria.

Tanto de la doctrina como del análisis jurisprudencial, se arroja el resultado de que, en materia de responsabilidad objetiva en general y, por ende, también en las relaciones de consumo, se da una inversión de la carga de la prueba, pues al citar el artículo 35 que indica que solo se exime de responsabilidad quien demuestre que es ajeno al daño, a la persona empresaria le corresponde probar que ese daño no se produjo como consecuencia de la actividad desarrollada por ella. Por lo tanto, no es necesario analizar si medió culpa por parte de esta.

El párrafo segundo del artículo 35 de la ley supracitada ha sido interpretado en el sentido de que los eximentes de responsabilidad en cuanto al tema de relaciones de consumo solo operan por fuerza mayor o culpa de la víctima. En materia de consumo, no interesa determinar si existen relaciones contractuales o extracontractuales para atribuir la responsabilidad del causante del daño, precisamente por el interés de proteger de una forma efectiva a la persona consumidora entendido en un sentido amplio.

En la responsabilidad objetiva, el eje central es el deber general de no lesionar a los demás, y, en el caso concreto de las relaciones de consumo, se detallan algunos casos relevantes que aplican el artículo 35 citado en protección de las personas consumidoras de bienes y servicios.

Caso Embotelladora Tica: En el caso de la condena a la Embotelladora Tica, también se resguarda el derecho a la salud tutelado en el artículo 32 de la ley de rito, con ocasión de la existencia de un producto defectuoso. En este caso, al momento de abrir un refresco gaseoso de esa empresa, la botella le estalló a la víctima, y uno de los vidrios se le introdujo en uno de sus ojos ocasionándole una lesión a su integridad física, daño que debió ser resarcido de manera integral. (Sala I, voto 646-F-2001).

Caso Price Smart: En el robo de un vehículo en Price Smart, mediante el voto 655-2007, la Sala I le ordenó a la empresa indemnizar el daño ocasionado al consumidor, argumentando la obligación de este de proteger los bienes de sus clientes.

Caso Monte Verde: Esto se ilustra con la sentencia de la Sala Tercera, voto 1333-2007, en el caso del Banco Nacional de Monteverde

donde se condenó a dicha institución bancaria a indemnizar solidariamente por las muertes de los clientes que se encontraban en el banco el día de los hechos, a pesar de que dicho delito fue cometido por un tercero.

Caso Mc Donalds: La Sala I ordenó a la persona empresaria la reparación del daño, como fue la lesión a la integridad física y a la salud, en el caso de los hechos acaecidos en Mc Donalds donde una joven sufrió una lesión a consecuencia de una caída. En este caso, la Sala Primera aplicó el artículo 35 de la Ley 7472, argumentando que el daño sufrido por la víctima fue por la prestación de un inadecuado servicio por parte de la empresa.

7. CONCLUSIONES

La responsabilidad objetiva es un instituto relativamente nuevo, pues surge a finales del siglo XVIII como respuesta del desarrollo producido durante la Revolución Industrial. El derecho debe buscar la creación de un nuevo régimen de responsabilidad para dar solución a las nuevas necesidades de las personas, pues se pasa de una producción de bienes y servicios de subsistencia, a una producción empresarial en masa, donde se ponen en juego los derechos e intereses de las personas destinatarias de esos nuevos bienes y servicios.

Vemos como el derecho es un instrumento cambiante, dinámico, que trata de adaptarse a la realidad y no se queda estático o rezagado.

La responsabilidad objetiva surge primero en ámbitos como el derecho civil que, en el caso de nuestro país, se encuentra regulada en el artículo 1048 del Código Civil, pero poco a poco se va incorporando a otros

cuerpos normativos para dar respuesta a otras realidades o necesidades sociales, como lo son el caso de la Ley de Quemados y cercas Divisorias, la Ley de Fumigación Aérea, la Ley de Tránsito, la Ley General de la Administración Pública, los riesgos del trabajo y la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, la cual incorpora elementos innovadores que ayudan a resguardar los derechos de las personas consumidoras.

Las relaciones de consumo han sido calificadas por la doctrina y así están plasmadas en la legislación particular, como de tipo especial por la situación vulnerable en la que se encuentra la persona consumidora, frente a las empresas, comerciantes, fabricantes, importadores y, en fin, respecto a todos los sujetos que participan en la comercialización de productos y servicios.

Este carácter especial de que está revertida la materia del consumo no es el resultado de la casualidad, sino de años de esfuerzos y procesos de cambio que han puesto de manifiesto la necesidad de proteger un miembro esencial de la sociedad: la persona consumidora, quien a fin de cuentas permite la existencia del comercio y el mercado tan dinámico que en él interviene.

Pero la existencia de las relaciones de consumo ha hecho necesaria la presencia de una descodificación de las normas que las regulan, pues la objetivación de la responsabilidad solo existe para los supuestos establecidos en el artículo 1048 del Código Civil y, con el pasar de los años, esta norma se ha vuelto insuficiente para regular el sinnúmero de supuestos de responsabilidad objetiva que existen hoy en día.

Es por esto por lo que, desde hace algunos años, se han elaborado leyes especiales

que protegen los derechos de las personas consumidoras y velan porque los sujetos que participan de ese proceso de comercialización cumplan con sus deberes y obligaciones.

Así se han creado leyes en países como España, Brasil, Argentina, Costa Rica, Estados Unidos, cuyo norte fue brindar una protección eficaz y dar seguridad a las personas consumidoras que cada día se ven más bombardeadas por la publicidad, las ofertas, los contratos de adhesión, lo que las hace merecedoras de una tutela especial.

En virtud de esta necesidad de proteger de forma diferente y especial los derechos de las personas consumidoras, surgió la idea de aplicar la teoría del riesgo creado o de la responsabilidad objetiva, en materia de las relaciones de consumo, con el fin de hacer la situación de la persona consumidora más fácil.

¿Y por qué el legislador decidió que, en dichas relaciones, se aplicara una teoría de riesgo? La respuesta parece muy simple, pero es mucho más compleja de lo que se podría imaginar: con esta teoría, significa que la persona productora, la proveedora y la comerciante, por el solo hecho de poner en el mercado o dentro del giro comercial una actividad riesgosa que podría causar eventuales daños a las personas consumidoras, es responsable de dichos daños y debe responder por ellos.

Esta posición de protección de la persona consumidora se aparta de la teoría tradicional de la responsabilidad subjetiva donde la culpa (antijuridicidad) es el elemento esencial, pues en la objetivación de la responsabilidad en las relaciones de consumo, la persona empresaria debe responder por el daño que cause independientemente de la existencia de la culpa o de dolo, con lo cual se facilita la labor

probatoria de las personas consumidoras, debido a que se da la inversión de la carga de la prueba, siendo la persona empresaria quien debe demostrar que no fue la causante del daño, todo esto atendiendo a un principio moderno de pruebas dinámicas.

Pero el tema de la aplicación de la teoría del riesgo creado en las relaciones de consumo no solo ha adquirido importancia a nivel doctrinal y de legislación, sino también a nivel jurisprudencial. Tanto la Sala Primera como la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia han reconocido, a través de distintos pronunciamientos, la importancia que tiene la persona consumidora dentro de la sociedad, máxime en sociedades de consumo como en las que vivimos en la actualidad y que, por tanto, debe dársele una protección especial, atendiendo a los cambios existentes en un mundo globalizado, donde la persona empresaria se encuentra en una posición de mayor poder económico frente a la consumidora.

Así se puede concluir que nuestros tribunales de justicia reconocen y tutelan de manera efectiva los derechos de las personas consumidoras, cuando con ocasión de la existencia de una relación de consumo, ya sea principal o conexa, se le cause un daño, el cual debe ser reparado.

Incluso, se rompe con uno de los paradigmas de la responsabilidad objetiva tradicional, en cuanto a uno de los supuestos de inimputabilidad, el cual es el hecho de un tercero. Pues a diferencia de lo establecido por la teoría tradicional de la responsabilidad objetiva, en materia de consumo, el hecho de un tercero no exime a la persona empresaria,

entiéndase la persona productora, la proveedora y la comerciante, de responder frente a la persona consumidora por el daño que le cause un tercero ajeno a la empresa, cuando el hecho ocurre con ocasión del bien o servicio que ofrece o presta.

8. BIBLIOGRAFÍA

Díez Picazo y Ponce de León, Luis. (1999). *Derecho de daños*. Madrid, España: Editorial Civitas Ediciones, SL.

Farina. Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario*. Editorial Astrea: 2^{da}. edición actualizada y ampliada.

Mosset iturraspe, Jorge. (1980). *Responsabilidad civil por daños*. Volumen 3. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.
Sozzo, Gonzalo. *Antes del contrato*. Editorial Lexis Nexis.

Gema Botana García y otros. *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Editorial Mc Graw Hill.

Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Ley de Tránsito.

Ley de Fumigación aérea.

Ley de Cercas Divisoria y Quemadas.

Código Civil.

Código Procesal Civil.

DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS INVESTIGACIONES BIOMÉDICAS Y SU REGULACIÓN NORMATIVA

MSc. Yamileth Alvarado Mejías*
MSc. Ethel Chinchilla Sánchez**

RESUMEN

A partir de la investigación realizada para la Maestría en Administración de Justicia con Énfasis en Derecho Penal de la Universidad Nacional, se plantea el presente artículo con fin de retomar el tema de los derechos fundamentales que podrían resultar vulnerados en toda investigación biomédica; entre ellos, el derecho a la vida, como esencia misma del ser humano, el derecho a la salud y a la dignidad. Lo anterior nos lleva a valorar la evolución del marco de protección sobre el tema en la legislación costarricense, desde la jurisprudencia que le dio origen hasta la actualidad.

Palabras claves: derechos fundamentales, investigación biomédica, jurisprudencia, normativa vigente, ser humano.

ABSTRACT

Based on the research conducted for the Master's degree in Administration of Justice with emphasis in Criminal Law of the Universidad Nacional, this article is proposed to revisit the issue of the fundamental rights that could be vulnerable in any biomedical research, among them the right to life, as the very essence of the human being, the right to health and dignity. This leads us to evaluate the evolution of the protection framework on the subject in Costa Rican legislation, from the jurisprudence that gave origin to it up to the present time.

Keywords: fundamental rights, biomedical investigation, jurisprudence, current regulations, human being.

Recibido: 22 de agosto de 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* Máster en Administración de Justicia, Enfoque Socio Jurídico, Énfasis en Área Penal de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Jueza penal de la República de Costa Rica. Correo electrónico: yalvarado02@yahoo.com

** Máster en Administración de Justicia, Enfoque Socio Jurídico, Énfasis en Área Penal de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Jueza penal de la República de Costa Rica. Correo electrónico: echinchilla@poder-judicial.go.cr

INTRODUCCIÓN

En Costa Rica y, a nivel internacional, se realizan experimentos en seres humanos, pues, en este país, se encuentran asentadas compañías farmacéuticas de renombre.

Los ensayos que resultan de relevante interés para el ser humano ante la constante aparición de virus que producen enfermedades mortales, tal y como se experimentó de manera reciente con la enfermedad del COVID-19 y, por ende, la ciencia requieren de investigaciones que les permitan la creación de nuevos medicamentos o vacunas a fin de combatir las enfermedades.

Para ello, se requiere necesariamente la intervención del ser humano como elemento esencial sobre el cual recae la experimentación, a fin de conocer los efectos positivos o negativos que los nuevos medicamentos podrían producir en el cuerpo humano. Ante esta innegable realidad, resulta de interés analizar la jurisprudencia y la normativa existente en nuestro país sobre el tema, para identificar si resultan suficientes para proteger los derechos fundamentales de los sujetos pasivos inmersos en toda investigación biomédica.

I. DERECHOS FUNDAMENTALES

a.- Concepto y evolución

Los derechos humanos son aquellos inherentes al ser humano, los cuales están por encima de todo, no son negociables y se refieren a todas aquellas necesidades relacionadas con la vida humana. Pero no se encuentran positivizados en el ordenamiento jurídico interno de un país, sino que, como tales, son reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

“Son aquellos que protegen la dignidad de la persona humana, y sus valores derivados libertad e igualdad, a través de la efectiva y plena satisfacción de sus necesidades, tanto físicas, psíquicas como morales, y, que derivan en características y principios propios, de carácter general y normas jurídicas básicas de protección”. (Wlasic, 2006).

Los derechos fundamentales, por el contrario, se encuentran reconocidos en los instrumentos internacionales y en el bloque de constitucionalidad de la mayoría de los países para garantizar su aplicación efectiva, ante una eventual violación que le permitiría a la persona afectada ejercer reclamo a través de los mecanismos legales y procesales.

Los derechos fundamentales son definidos como el conjunto de valores y principios universales que orientan la actividad del Estado para alcanzar su cumplimiento, así como el estatus jurídico de la ciudadanía en ejercicio de sus libertades en relación con el Estado y con los demás particulares, propiciando la protección de sus derechos en aras de una convivencia pacífica y justa.

En el voto 2771-2003, la Sala Constitucional se ha pronunciado sobre el tema conceptualizando los derechos humanos:

Estos últimos se pueden entender, como el conjunto de institutos que, con el desarrollo histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, en un amplio contexto geográfico que desborda a un Estado o una región y que tiene vocación universal. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se alude a aquellos derechos humanos garantizados

expresamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular; y que se caracterizan por una tutela reforzada.

En sentido similar, Gilbert Armijo ha diferenciado los derechos fundamentales de los seres humanos, indicando:

derechos fundamentales son aquellos con los que se denomina a los derechos positivos a nivel interno en nuestra Constitución. Estos son los garantizados constitucionalmente a los ciudadanos en cuanto miembros de un determinado Estado, en tanto que la fórmula “derechos humanos” es la usual para denominar a los derechos naturales que recogen las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de las personas, que, en algunos casos, no han alcanzado un estatuto jurídico positivo. (Gilbert Armijo. La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica, p. 44).

La doctrina ha enfocado los derechos fundamentales desde una doble dimensión, un **elemento objetivo** en tanto imponen límites al poder público; pero además como el conjunto de valores o fines que se deben alcanzar con la acción positiva del Estado, y un **elemento subjetivo** que constituye una garantía para la ciudadanía en el marco individual, social y colectivo frente al poder del Estado y frente a los y las demás miembros de la sociedad.

El **elemento objetivo** de los derechos fundamentales, en su concepción inicial, era entendido como los meros límites al ejercicio

del Poder estatal; es decir, como garantías negativas de los intereses individuales. En la actualidad, se han desarrollado, conformando, también, un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva del Estado y todas sus instituciones. Con esta evolución, los derechos fundamentales han venido a informar todo el contenido del ordenamiento infraconstitucional. (Hernández Valle, 1994).

El **elemento subjetivo** de los derechos fundamentales implica una actuación libre y voluntaria por parte de la ciudadanía en sus relaciones con el Estado y los y las demás miembros de la sociedad. Este aspecto relevante viene a determinar el estatus jurídico de la ciudadanía. Los derechos fundamentales en su aspecto subjetivo “tienden a proteger la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder público, sino también frente a los demás miembros de la comunidad” (*ibidem*).

En nuestro país, los derechos fundamentales encuentran acogida en la Constitución Política en el artículo 48, cuya efectividad se puede lograr a través de los recursos de *habeas corpus* y amparo, acciones de inconstitucionalidad, consulta judicial preceptiva, según sea el caso, ejecutables a través de la Sala Constitucional como jurisdicción especializada que vela por el cumplimiento, preservación o restablecimiento de un derecho.

En el citado voto, la Sala Constitucional ha señalado que, en casos en que la norma internacional reconozca derechos fundamentales en forma más favorable que la propia Constitución, debe ser aplicada la norma internacional y no la interna. Por ello, los derechos fundamentales se encuentran garantizados, tanto por el derecho constitucional interno, como por el derecho internacional de los derechos humanos (voto 2771-2003).

b.- Derechos fundamentales inmersos en las investigaciones biomédicas

La investigación en seres humanos tiene como campo de acción la persona misma y, por ello, resulta de suma importancia identificar los derechos fundamentales que podrían estar implicados y resultar lesionados con las investigaciones biomédicas.

Esto permitiría delimitar las acciones investigativas que se realizan directamente sobre el ser humano, bajo un bloque de legalidad que proteja al ser humano sujeto de investigación de cualquier violación a sus derechos fundamentales.

b.1. La vida

Como primer derecho fundamental que podría verse afectado con las investigaciones biomédicas, está la vida, pues este tipo de investigaciones se realizan directamente sobre el cuerpo de la persona, a fin de analizar sus efectos, tanto positivos como negativos, en busca de un bienestar para la salud del paciente y de la población en general.

Pero tampoco podemos dejar de lado los beneficios económicos que persiguen las transnacionales con la invención de nuevos medicamentos o vacunas que permitan paliar enfermedades mortales o virus epidemiológicos. Surge entonces la pregunta: ¿Cuál podría llegar a tener mayor peso, la vida de los seres humanos involucrados en investigaciones médicas o el recurso económico que se obtiene de las investigaciones? Ante esta interrogante, se debe analizar este derecho a la vida que goza todo ser humano.

La vida es el bien máspreciado, es inherente a la persona humana, sin la cual sería un

contrasentido la protección de derechos y libertades fundamentales, y, por ello, está recogida en los diferentes instrumentos internacionales.

En el artículo 3, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone: “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parte III, artículo 6.1, señala: “*El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos protege este derecho a la vida en el artículo 4.1, al disponer: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la protección a este derecho está dispuesta en el artículo I: “*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”.

En el ordenamiento costarricense, la protección del derecho a la vida está consagrado en la Constitución Política, artículo 21: “*La vida humana es inviolable*”.

b. 2. La salud

El derecho a la salud es de gran relevancia ante los avances de la ciencia médica en busca de nuevos medicamentos en la lucha contra las enfermedades graves, bien sea como tratamiento o para prevenir o evitar su aparición.

Este es un derecho muy relacionado con el derecho a la vida ya comentado. En ese sentido, la Sala Constitucional ha indicado al respecto:

La Constitución Política en el artículo 21 establece que la vida humana es inviolable, y es a partir de dicho enunciado que se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva el Estado el encargado de velar por la salud pública. Voto 17657-2208.

El derecho a la vida reconocido en el numeral 21 de la Constitución es la piedra angular sobre la cual descansan el resto de los derechos fundamentales de los habitantes de la república. De igual forma, en ese ordinal de la carta política encuentra asidero el derecho a la salud, puesto que, la vida resulta inconcebible si no se le garantizan a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental. Voto 2581-2009.

La Organización Mundial de la Salud ha definido el término salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no es solamente la ausencia de enfermedad. <http://www.colegiogirgendeeuropa.com/PDFs/apuntes%20maria%20jesus/segundaev/SALUD%20Y%20ENFERMEDAD.pdf> (3 de agosto de 2010).

Se trata de un bien personalísimo y, por tanto, toda persona ciudadana está facultada para reclamar su aplicación; pero también se trata de un bien difuso, ya que también puede ser ejercido en beneficio de la colectividad.

“El derecho a la salud comprende la facultad que tiene toda persona

de requerir una respuesta sanitaria, tanto en el aspecto preventivo como en el asistencial, cuando pueda hallarse en peligro o se encuentre afectada su salud”. (Peyrano et al., 2007).

Este derecho se encuentra regulado en la Constitución Política, artículos 21 y 73, de donde se extrae la obligación del Estado de velar por su cumplimiento; pero también por encontrarse incluido en los instrumentos internacionales, donde además se establecen las medidas que deben adoptar los Estados para asegurar su plena efectividad.

Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en el artículo 25.1:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone en el artículo XI: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica en el artículo:

12. 1. *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: [...]

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Para una tutela jurídica y efectiva de este derecho por parte del Estado, se ha creado la Caja Costarricense del Seguro Social, la cual tiene rango constitucional, mediante el artículo 73. Además, se cuenta con la Ley de Salud, la cual establece que la salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado, y que es función esencial del Estado velar por la salud de la población. Por ende, le corresponde la definición de la política nacional de salud, la normación, planificación y coordinación de todas las actividades públicas y privadas relativas a salud, así como la ejecución de aquellas actividades que le competen conforme a la ley. Dicha ley, además, autoriza al Ministerio de Salud para tomar las medidas sanitarias correspondientes e imponer las sanciones, con el fin de proteger el medio ambiente y el derecho a la salud de las personas.

Este derecho ha sido ampliamente analizado y protegido por la Sala Constitucional, la cual, en diversos votos, ha establecido esa obligación del Estado de velar por la salud

pública, y que no resultan admisibles las excusas económicas de falta de presupuesto, puesto que una sociedad saludable resulta más productiva.

siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella, no sólo por ser una obligación Constitucional, sino por derivarse de los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica en materia de Derechos Humanos. 3085-2009.

sin que la carencia de recursos humanos y materiales sean argumentos jurídicamente válidos para eximirlos del cumplimiento de tal obligación. Desde esta perspectiva, los servicios de las clínicas y hospitales de la Caja Costarricense de Seguro Social están en el deber de adoptar e implementar los cambios organizacionales, de contratar el personal médico o auxiliar y de adquirir los materiales y equipo técnico que sean requeridos para brindar prestaciones eficientes, eficaces y rápidas. Los jerarcas de las Clínicas y Hospitales no pueden invocar, para justificar una atención deficiente y precaria de los pacientes, el problema de las “listas de espera” para las intervenciones quirúrgicas y aplicación de ciertos exámenes especializados o de la carencia de recursos financieros, humanos y técnicos, puesto que, es un imperativo constitucional que los servicios de salud pública sean prestados de forma eficiente, eficaz, continua, regular y célere. Voto 3087-2009.

b. 3. La dignidad

El respeto a la dignidad es el muro que impide que la persona sujeta a investigaciones científicas deje de ser sujeto de derechos, para convertirse en un simple objeto sin posibilidades de reaccionar ante los errores o abusos que se puedan cometer.

Este es un derecho que se encuentra unido al principio de autonomía personal y constituye el fundamento esencial de los derechos humanos. La dignidad es propia de la condición humana y, como tal, merece reconocimiento absoluto y, por ende, esto es regulado en los instrumentos internacionales.

En ese sentido, la Sala Constitucional ha indicado que es, a partir del reconocimiento de la dignidad intrínseca al ser humano, que los instrumentos internacionales de derechos humanos y las constituciones le otorgan una serie de libertades y derechos indiscutibles y universalmente aceptados (voto 4555-2009).

Así, en su artículo 11, la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege la honra y la dignidad de toda persona, al declarar:

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*
2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*
3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cita en el artículo 7:

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos. El artículo 17 señala: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos no hace una explícita referencia al principio de dignidad en su articulado; pero del numeral 12, se puede extraer una referencia a dicho principio en aras de su protección: “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques*”.

No obstante, en el preámbulo, encontramos una clara referencia al principio de dignidad al señalar: “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...]”.

Javier Llobet, al referirse a este principio, sostiene que todos los seres humanos tienen la misma dignidad y debe garantizárseles un mínimo de derechos como consecuencia de ello. (Llobet, 2008).

Ahora bien, en Díaz Revorio, encontramos una definición de este principio, al señalar:

“el concepto “dignidad de la persona” hace referencia a la cualidad que distingue al ser humano y lo hace a la vez único e igual a todos sus semejantes. Agrega que la dignidad “no se pierde” nunca, pues la misma condición de persona permanece toda la vida. Sin embargo, ello no quiere decir que no pueda ser objeto de lesión o injerencia, pues tanto poderes públicos como otras personas pueden vulnerar la dignidad cuando dan a las personas un trato no acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad implica una exigencia ineludible como es la prohibición de utilizar a la persona como medio al servicio de otros fines, de instrumentalizar o “cosificar” al ser humano”. (Díaz Revorio, 2009).

En materia de experimentación en seres humanos, se debe tener mucho cuidado a fin de no lesionar la dignidad de la persona enferma, ya que, en tal condición, podría estar siendo sometida a ensayos clínicos sobre una nueva técnica de terapia genética, sin que exista en ella una conciencia clara de los beneficios y riesgos. Al paciente le interesa la cura de su enfermedad, por lo que podría encontrarse en una posición de vulnerabilidad, existiendo la posibilidad de que la capacidad de decisión se encuentre alterada por las circunstancias en que se encuentra.

Es claro que los riesgos no deben ser mayores que los beneficios esperados, pero quizá el o la paciente, ante el sufrimiento que enfrenta, no tiene la capacidad de valorar qué es lo mejor para su salud. Por ello, aun cuando el resultado esperado represente un gran avance para la ciencia y la humanidad, la dignidad

del paciente debe ser respetada, pues, de lo contrario, simplemente se estaría haciendo uso de la persona como un instrumento para fin determinado.

Se debe valorar entonces si frente a situaciones como la expresada, podría requerirse de una amplia regulación legal que permita minimizar tales riesgos potenciales, ya que los derechos de las personas no pueden quedar subordinados a los intereses de la ciencia.

La falta de consentimiento por parte del sujeto de investigación sería violatoria de este principio, pues se trataría de un acto de intromisión en clara violación a la autonomía individual, rebasando los límites constitucionales y las disposiciones internacionales.

Le corresponde al Estado la obligación de proteger a la ciudadanía frente a eventuales vulneraciones, al igual que los demás valores. Pero también está en manos de la persona misma su protección, pues, de lo contrario, se convertiría en un objeto de la ley.

Por ello, el sujeto activo de una investigación biomédica debe estar en absoluta libertad y en pleno uso de sus facultades para decidir si se involucra o no en una investigación científica.

Si bien le corresponde al Estado crear los mecanismos necesarios para la protección de este derecho, es la persona como tal la única que puede autorizar cualquier injerencia física, claro está luego de haber sido debidamente informada de los riesgos y beneficios que toda investigación clínica conlleva.

Cualquier injerencia forzada sobre un ser humano, aun bajo el pretexto de un

bienestar colectivo, para que se someta a un determinado experimento, acarrearía una lesión a este principio, pues se convierte a la persona en una cosa o instrumento útil para un fin determinado.

La persona como posible sujeto de investigación resulta ser la titular de este derecho y, por tanto, es la única llamada a consentir cualquier injerencia en su cuerpo en busca de un eventual beneficio, así como un límite infranqueable ante prácticas médicas que resulten degradantes o atenten contra su condición humana.

c.- Garantía legal para la aplicación de los derechos fundamentales

En el tema de experimentación en seres humanos, la posible violación o afectación a un derecho fundamental podría encontrar amparo en la normativa actual del Código Penal, propiamente en los artículos referentes a las lesiones.

Pero es importante cuestionarnos si dicha normativa resulta suficiente para salvaguardar los derechos fundamentales que, como hemos analizado, podrían llegar a ser vulnerados en el desarrollo de una investigación clínica, como también debemos preguntarnos si esos tipos penales recogen en sentido amplio estos derechos fundamentales tal y como están consagrados en los instrumentos internacionales, o si se requiere de otros tipos penales que permitan una aplicación efectiva de los convenios internacionales.

Es claro que, por la gravedad de sus sanciones, ya que, por lo general, afectan directamente la libertad individual, el derecho penal debe ser utilizado como la *ultima ratio*. Esto implica que los bienes jurídicos en peligro de lesión no puedan ser resguardados a través de otras instancias no penales.

es de suma importancia mantenerse fiel al principio de que el derecho penal le sigue correspondiendo la exclusiva tarea de protección de bienes jurídicos, es decir, de los bienes, situaciones y relaciones fundamentales del individuo y del a comunidad, frente a las conductas que los lesionen o pongan en peligro, siempre que impliquen al mismo tiempo una infracción grave de las normas ético-sociales o del orden político o económico vigentes en la sociedad en un momento determinado. Asimismo, el recurso al derecho penal debe reservarse frente a los ataques más intolerables a los +bienes jurídicos. (Romero Casabona, 2009).

En este caso, los bienes jurídicos en juego son de gran relevancia y, por tanto, son dignos de una mayor protección. Si bien no se podría garantizar una solución definitiva con la creación de nuevos tipos penales, pues no se conocen aun los resultados a los que podrían llegar a aplicarse, el avance de la ciencia no se detendrá y, por ello, para el derecho penal constituye un reto, ya que no solo debe ser de aplicación al presente, sino también se debe actuar de manera preventiva en el futuro.

Nuestro Código Penal ha venido regulando las acciones lesivas del valor salud y de la vida, tal y como se expuso líneas atrás. Parece entonces que no deben existir mayores obstáculos para que el derecho penal se extienda a otras actividades relacionadas con la investigación en seres humanos, pues se trata de acciones que, de igual modo, presentan una injerencia directa en el cuerpo que, en alguna medida, está latente la posibilidad de lesión en la salud, vida e integridad física, ya que se podría llegar a cosificar al ser humano en la búsqueda del conocimiento médico.

El derecho penal es el llamado a regular y prevenir acciones en detrimento de los valores esenciales inherentes a toda persona, en resguardo de la raza humana, ante los riesgos potenciales derivados de las investigaciones biomédicas.

No debe entenderse que con ello se pretende restringir las investigaciones en seres humanos, ni mucho menos desanimar o expulsar a las compañías transnacionales que facilitan el recurso económico que el Estado costarricense no está en la capacidad de proveer, ya que, como hemos indicado en reiteradas ocasiones, este tipo de investigaciones no se puede detener, pues resulta de suma importancia para el bienestar individual y colectivo.

Son muchas las personas que se han visto beneficiadas con este tipo de actividades por tratamientos específicos para la existencia de determinadas enfermedades. Pero también la ciudadanía en general ha sido favorecida por la invención de nuevos medicamentos o vacunas que permiten prevenir ciertas enfermedades.

La expansión del derecho penal pretende proveer no solo los mecanismos necesarios para salvaguardar los bienes jurídicos que, de manera potencial, se podrían ver afectados con este tipo de actividad, sino también para fijar las pautas bajo las cuales se podrían llevar a cabo investigaciones de manera seria, responsable y transparente, estableciendo límites, principios y controles, para dejar en el pasado la incertidumbre científica sobre posibles consecuencias y generar confianza en la ciudadanía, debido al respeto que se otorga a todo ser humano.

II. NORMATIVA

a.- Análisis de normativa

En el ámbito nacional, hasta hace algunos años, se encontraba vigente el Decreto Ejecutivo N.º 31078-S, “Reglamento para las investigaciones en que participan seres humanos”, dictado el cinco de marzo de dos mil tres, el cual venía a regular todo lo concerniente a las investigaciones en que participaban seres humanos, así como el reglamento del cual se desprendían los principios que regían la materia.

Con este decreto, se creó el Consejo Nacional de Investigación en Salud (CONIS) como un órgano asesor y de consulta adscrito al Ministerio de Salud en materia de investigación en que participaran seres humanos. Así mismo, regulaba las funciones del CONIS, lo relativo a su conformación y, de suma importancia, que todo proyecto de investigación debía contar con la aprobación escrita del CONIS, según el caso, o con la aprobación de un Comité de Ética Científico (CEC).

En el citado decreto, también se regulaban las funciones de un Comité Ético Científico, las formalidades que debía contener la solicitud de aprobación de proyectos de investigación y, por último, regulaba las formalidades que debía contener el consentimiento informado.

Sin embargo, este decreto fue declarado inconstitucional según el voto número 2010-1668 de la Sala Constitucional de las quince horas con doce minutos del veintisiete de enero de dos mil diez. Se desprendió de este voto que también se declaró la inconstitucionalidad de los reglamentos para la investigación clínica en los servicios asistenciales de la Caja Costarricense del

Seguro Social adoptados en la sesión de la Junta Directiva los días 16 de enero de 2003 y 17 de noviembre de 2005. Analizaremos dicho fallo más adelante.

Ante el fallo de la Sala Constitucional citado, la única regulación vigente para ese momento era la contenida en la Ley General de Salud N.º 5395 del 30 de octubre de 1973, concretamente en ocho artículos. Esta normativa establecía que ninguna persona podía ser objeto de experimentación de medicamentos o técnicas sin ser debidamente informada de la condición experimental, así como de los riesgos y sin que mediara su consentimiento previo o el de la persona que debía darlo. No se permitía ninguna investigación peligrosa para la salud de los seres humanos. Además los y las profesionales que participaban en estos experimentos debían inscribirse en el Ministerio de Salud y debían declarar la naturaleza y fines de la investigación, así como el establecimiento en que se realizaría. La investigación científica solo podía ser elaborada por profesionales especialmente calificados y estos debían sujetarse a las normas del Código de Moral Médica.

Esta ley también regulaba el consentimiento informado que correspondía a toda la información que debía suministrarse al sujeto de la investigación, concretamente en qué consistía el proyecto y los riesgos que conllevaba.

A partir del fallo constitucional, no existía ninguna institución u organismo encargado de aprobar, supervisar y controlar la experimentación en seres humanos, lo anterior ante la resolución de la Sala Constitucional n.º 1668-2010 donde se declaraba inconstitucional el Decreto Ejecutivo N.º 31078-S, el cual creaba al CONIS que era

el Consejo Nacional de Investigación en Salud, como un órgano asesor y de consulta del Ministerio de Salud en materia de investigaciones en que participaran seres humanos.

Las funciones otorgadas al CONIS por el citado reglamento eran vitales para un control efectivo de las experimentaciones que se practicaran en el país. En ese sentido, el CONIS tenía como funciones principales promover, acreditar y supervisar el funcionamiento de los Comités Éticos Científicos (CEC), así como autorizar los protocolos de investigación en fase I y en fase II aprobados por un Comité Ético Científico y los de fases III y IV que no contaban con la aprobación de un CEC.

Así también, ese decreto creó los Comités Éticos Científicos, los regulaba y establecía sus funciones, siendo éstas muy importantes para la investigación por cuanto entre las funciones de los CEC, se debía conocer, aprobar o rechazar los proyectos de investigación en que participaran seres humanos en todas sus fases.

La carencia de los CEC y del CONIS dejaba la experimentación en seres humanos sin ningún tipo de regulación, ni de control que permitiera verificar que las personas encargadas cumplieran con los requerimientos legales y que, en todo momento, se respetaran los derechos fundamentales de las personas participantes.

Este vacío legal no se lograba solventar a través de la Ley General de Salud, la cual era totalmente omisa en atribuir funciones de aprobación, supervisión y control de las experimentaciones en seres humanos, a alguna institución o ente, debido a que para ese momento tal instrumento legal era insuficiente

para regular la experimentación biomédica. La laguna legal que presentaba en ese momento nuestro ordenamiento jurídico no permitía aprobar nuevos proyectos de investigación donde participaran seres humanos.

Aunado a lo anterior, la Ley General de Salud era omisa en establecer sanciones a nivel administrativo o penal por las irregularidades o incumplimientos a la ley que podían darse en estos casos y que podrían dar como resultado la afectación de los derechos fundamentales de los sujetos que se sometían a experimentación.

b.- Resolución 2010-1668 de la Sala Constitucional

En la resolución número 2010-1668 de las quince horas con doce minutos del veintisiete de enero de dos mil diez, la Sala Constitucional declaró inconstitucional, por violentar el principio de reserva legal, el Decreto Ejecutivo N.º 31078-S dictado el cinco de marzo de dos mil tres, el cual regulaba las investigaciones biomédicas.

Se desprendió de este voto que también se declaró la inconstitucionalidad de los Reglamentos para la Investigación Clínica en los servicios asistenciales de la Caja Costarricense del Seguro Social adoptados en la sesión de la Junta Directiva del 16 de enero de 2003 y por conexidad el Reglamento para la Investigación Biomédica en los servicios asistenciales de la Caja Costarricense del Seguro Social adoptado en la sesión de la Junta Directiva del 17 de noviembre de 2005.

En esta resolución, la Sala Constitucional planteó una serie de principios muy importantes en la experimentación con los seres humanos que, a criterio de ese honorable tribunal,

requerían un reconocimiento específico en el plano legislativo, destacándose, entre otros, los siguientes:

1. El respeto a las personas, reconociendo la autonomía del individuo, protegiendo igualmente, a los que tienen una autonomía disminuida.
2. El principio de justicia que exige la imparcialidad en la distribución de riesgos y beneficios; la selección equitativa de los sujetos incluidos en la investigación. Se requiere la supervisión de autoridades con garantías de independencia, para que valoren los temas de riesgos, beneficios y la selección. Diversos comités deben controlar y supervisar los experimentos, debiendo garantizarse su imparcialidad, independencia, capacidad técnica y competencia profesional.
3. Principio de respeto de la confidencialidad y protección de datos en la investigación con muestras biológicas, especialmente en la realización de análisis genéticos.
4. Principio de previo y preceptivo informe favorable de un comité de ética y control en la investigación para la autorización y desarrollo de proyectos de investigación con seres humanos. Los comités de ética deben tener una función de protección del sujeto sometido a investigación. En este sentido, su actuación es determinante respecto de la información que se brinda a las personas sometidas a la investigación, evaluando la calidad de su consentimiento. Es trascendental que los comités no dependan de la institución en la que trabajan.
5. Principio de evaluación de la actividad investigadora.

6. Principio de gratuidad en las investigaciones biomédicas y sus excepciones. La gratuidad se vincula con el principio de no comercialización del cuerpo humano.
7. Es importante definir ciertas condiciones de la experimentación, por ejemplo, que no exista un método alternativo al experimento con seres humanos de eficacia comparable.
8. El principio de beneficencia que recoge una regla básica que siempre ha inspirado la profesión médica y que se convierte en una regla para el investigador, al requerir mecanismos de supervisión y control para cumplir dos objetivos básicos: que la investigación no sea dañina para el sujeto sometido al experimento y, por otra parte, que una vez iniciada la investigación, se deben maximizar los posibles beneficios, minimizando, al mismo tiempo, los riesgos.

c.- Legislación actual

Luego de algunos años de vacío legal, la Asamblea Legislativa decreta la Ley Reguladora de Investigación Biomédica, N.º 9234, del veintidós de abril de dos mil catorce, la cual tiene por objeto regular la investigación biomédica con seres humanos en materia de salud, en los sectores público y privado.

Resulta relevante para el tema en estudio realizar un breve análisis de esta ley, no solo para verificar si cumple con los principios evidenciados por la Sala Constitucional, sino también para determinar si esta brinda efectiva protección a los derechos fundamentales de los que goza todo ser humano y mayormente expuestos en la población sometida a cualquier tipo de investigación en la que se encuentren inmersos tales derechos.

La ley en referencia contempla como ámbito de protección al ser humano la vida, la salud, el interés, el bienestar y la dignidad de las personas participantes en una investigación en salud, los cuales deberán prevalecer sobre el interés de la ciencia, de los intereses económicos o comerciales, dando así un reconocimiento especial a los derechos fundamentales.

En el capítulo II, se regula el consentimiento informado, el cual constituye una garantía al respeto a la libertad de decisión de las personas que, en forma voluntaria, deseen participar de una investigación biomédica, y cuyo objetivo siempre deberá ser la protección de la persona participante. Además, contiene un ámbito de protección amplio al incluir a individuos en situaciones de vulnerabilidad.

Por su parte, en el capítulo IV, se regula lo concerniente a los derechos y obligaciones de los y las participantes; el derecho a retractarse de su participación en cualquier momento sin que ello conlleve ningún perjuicio para la persona o su salud; el derecho a la confidencialidad de todos los datos relativos a la salud de las personas con fines distintos de aquellos para los que se prestó el consentimiento, lo que implica un respeto al derecho constitucional y legal con que cuenta toda persona en relación con la privacidad de la información en el ámbito de la salud y que, solo en casos legalmente establecidos, es posible levantar dicha privacidad, aunado al derecho a la información sobre los resultados generados de la investigación, sean estos positivos o adversos; así como el derecho a disfrutar de manera gratuita de los beneficios que resulten de la investigación; el derecho a la atención en salud antes, durante o después de su participación en una investigación; el derecho a ser compensados por daños a la salud que hayan sufrido como consecuencia de su participación en una investigación.

Es importante resaltar que la ley de interés también crea el Consejo Nacional de Investigación en Salud, por sus siglas CONIS, como un órgano independiente, multidisciplinario, de carácter ético, técnico y científico, adscrito al Ministerio de Salud con un grado de desconcentración máxima y con personalidad jurídica instrumental, cuya finalidad es garantizar la calidad de las investigaciones y su estricto apego a los derechos humanos. Sus integrantes deberán actuar con absoluta independencia de criterio, evitando en sus decisiones la influencia de intereses políticos y comerciales.

Asimismo, se regula la constitución de Comités Éticos Científicos (CEC) con independencia de criterio, capacitados en bioética de la investigación, los cuales deberán estar acreditados por el CONIS.

De tal forma, toda investigación a cargo de personas investigadoras independientes y/o entidades públicas o privadas que no cuenten con un CEC tienen la posibilidad de someter sus proyectos de investigación ante cualquier CEC debidamente acreditado por el CONIS.

La ley en comentario contiene además en el capítulo X lo referente a las sanciones, tanto a nivel administrativo, civil como penal. Se contempla de manera suficiente lo relativo a las obligaciones y responsabilidades del investigador, del patrocinador o del CEC, de la OIC o de la OAC.

Se observa que esta ley presenta un contenido amplio en cuanto a la protección a los derechos fundamentales que podrían resultar afectados. Establece regulaciones y controles necesarios para dar continuidad a las investigaciones biomédicas, de tanta relevancia por el interés individual y colectivo que representan para la salud y la continuidad de la vida humana.

Pero también amplía el rango de protección de los derechos que podrían verse vulnerados, tanto a nivel administrativo con la imposición de sanciones económicas ante eventuales incumplimientos a la ley, creando nuevos tipos penales para violaciones a los derechos de las personas involucradas en una investigación de esta naturaleza y poniendo límite a la posible corrupción de personas funcionarias de instituciones públicas y privadas, ante las influencias del poder económico que se derivan de las investigaciones biomédicas.

Así, esta ley estaría solventando la ausencia normativa que ha existido sobre el tema desde antes y posterior a la resolución de la Sala Constitucional de comentario.

CONCLUSIÓN

Luego de este análisis, se estima que la normativa actual viene a llenar el vacío legal que se originó a partir de la resolución 2010-1668 de la Sala Constitucional, dando la preeminencia a los derechos fundamentales sobre los intereses económicos. Lo anterior evidencia un respeto a la autonomía del individuo, tal como lo evidenció la Sala Constitucional en su momento.

La ley es inclusiva en tanto abarca el respeto de diferentes poblaciones o grupos vulnerables, constituyendo así una garantía de protección para los individuos sometidos a una investigación biomédica. Las investigaciones biomédicas con seres humanos requieren de largos procesos de investigación, dadas las diferentes etapas que deben cumplirse, de tal forma que, en este momento, no es posible determinar de manera fehaciente que esta nueva legislación surta la eficacia que se requiere, para lo cual será necesario seguir recabando información desde los diferentes

sectores involucrados en esta práctica y determinar el resultado de la aplicación de este instrumento legal en la práctica médica.

Aun así, es posible concluir que este instrumento legal cumple con las exigencias formales que la Sala Constitucional resaltó en el citado voto, y deviene en un avance importante en la protección de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

Armijo, Gilbert. *La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica*.

(1949). *La Constitución Política de Costa Rica*.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Díaz Revorio, Francisco Javier. (2009). *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e internet ante la Constitución*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Hernández Valle, Rubén. (1994). *El derecho de la Constitución*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Ley General de Salud N.º 5395 del 30 de octubre de 1973.

Llobet Rodríguez, Javier. (2008). *Derechos humanos en la justicia penal*. 1ª. Ed. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Peyrano Guillermo F. *et al.* (2007). *Derecho a la salud*. Buenos Aires: Universitas.

Resolución 2771-2003 de las 11:50 horas del 4 de abril de 2003. Sala Constitucional.

Resolución 4555 de las 8:23 horas del 20 de marzo de 2009. Sala Constitucional.

Resolución 2306-2000 de las 15:21 horas del 15 de marzo de 2000. Sala Constitucional.

Resolución 17657 de las 12:30 horas del 5 de diciembre de 2008. Sala Constitucional

Resolución 2581 de las 12:30 horas del 17 de febrero de 2009. Sala Constitucional.

Resolución 3085 de las 14:31 horas del 25 de febrero de 2009. Sala Constitucional.

Resolución 3087 de las 14:33 horas del 25 de febrero de 2009. Sala Constitucional.

Resolución 1668 de las 15:12 horas del 27 de enero del 2010. Sala Constitucional.

Romero Casabona, Carlos María. (2009). *Genética biotecnología y ciencias penales*. 1ª ed. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Romero Casabona, Carlos María. (2009). *Genética biotecnología y ciencias penales*. 1ª ed. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Wlasic, Juan C. (2006). *Manual crítico de derechos humano*. 1ª Ed. Buenos Aires: La Ley.

Ley Reguladora de Investigación Biomédica, N.º 9234 del 22 de abril de 2014.

<http://www.colegiovirgendeeuropa.com/PDFs/apuntes%20maria%20jesus/segundaev/SALUD%20Y%20ENFERMEDAD.pdf>, 3 de agosto de 2010.

ASISTENCIA LEGAL GRATUITA A TRAVÉS DE LA DEFENSA PÚBLICA Y SU REGULACIÓN ACTUAL

MSc. Emi Lorena Guevara Guevara *

RESUMEN

En este artículo, se expone la importancia del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita como componente indisoluble del derecho a la tutela judicial efectiva. El planteamiento del tema y el estudio de las normativas que lo regulan en las diferentes materias revelaron que los servicios legales gratuitos proporcionados a través de la Defensa Pública para las personas de escasos recursos económicos tendían a ser restringidos en ciertos campos inexistentes, y se planteó la necesidad de expansión del instituto. También del estudio de las nuevas legislaciones procesales se evidenciaron esfuerzos y avances para garantizar un reconocimiento integral y efectivo del beneficio de la asistencia legal gratuita brindada por la Oficina de la Defensa Pública, con la implementación de métodos de recaudación de fondos por costas personales para garantizar la sostenibilidad del sistema, la optimización, eficacia y eficiencia del servicio, así como la cobertura a nivel nacional.

Palabras clave: asistencia legal gratuita, acceso a la Justicia, Defensa Pública, escasos recursos económicos, reformas procesales.

ABSTRACT

This article exposes the importance of recognizing the right to free legal assistance as an inseparable component of the right to effective judicial wardship. The approach of the subject and study of the normatives that regulate it in the different subjects revealed that the free legal services provided through the Public Defense, for people with limited economic resources, tend to be restricted, and in certain fields non-existent, which leads to considering a need for expansion of the institute. Also, from the study of the new procedural legislation, efforts and advances were evidenced, to guarantee a comprehensive and effective recognition of the benefit of free legal assistance provided by the Office of the Public Defender, with the implementation of methods of collecting funds of personal costs to guarantee the sustainability of the system, the optimization, Effectiveness and efficiency of the service, as well as coverage at the national level.

Keywords: free legal assistance, access to justice, Public Defense, scarce economic resources, procedural reforms.

Recibido: 4 de octubre de 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* Máster en Administración de Justicia con énfasis en Derecho Civil; jueza 3 del Juzgado Civil y Laboral de Grecia. Correo electrónico institucional: eguevarag@poder-judicial.go.cr.

INTRODUCCIÓN

Uno de los principales logros de las sociedades democráticas es haber conseguido que se consagre como derecho fundamental la tutela judicial efectiva. El hecho de que toda persona, con independencia de su origen, estatus social, condición económica, pueda acceder a la Justicia supone un salto cualitativo democráticamente hablando, pues si todas las personas somos iguales ante la ley, también debemos ser iguales en la posibilidad de hacer valer nuestros derechos ante la jurisdicción de cualquier Estado.

Sin embargo, en la mayoría de los países de América Latina, existe una gran brecha entre el conjunto de derechos teóricos que, de una u otra manera, el sistema legal reconoce a las personas y grupos sociales, y la posibilidad de ejercicio efectivo de estos para sectores importantes de la población.

En la práctica, muchos sectores no tienen acceso a la ley ni a la Justicia, y existe un alto porcentaje de la población que vive una marginalidad jurídica relativa. Diversos factores contribuyen a explicar esta lamentable realidad; entre ellos, se podría citar el económico, la falta de políticas estables para equilibrar las posiciones de las partes en un proceso, la complejidad y duración de los procesos, etc.

Es indudable que una precaria situación económica coloca a un sujeto en desventaja en cuanto a sus vinculaciones con el sistema legal. Y la ausencia de una asistencia legal adecuada contribuye a agravar las situaciones de deficiente integración social con consecuencias delicadas y, obviamente, perjudiciales para el éxito de un proceso de desarrollo.

Para nadie es un secreto que el acceso a la Justicia enfrenta una problemática que afecta en mayor medida a los sectores más desfavorables, entendidos como aquellos de menores ingresos económicos, al igual que su capacidad para interactuar socialmente con el resto de la sociedad.

La experiencia en la judicatura ha permitido palpar el vacío que queda por llenar, para lograr equilibrar la situación desfavorable que un sector de la población enfrenta a la hora de acceder a los servicios de Justicia. También se puede asegurar que la falta de asistencia legal gratuita en las materias no penales no es un problema solamente económico, su análisis desde ese exclusivo punto de vista lo simplifica y sirve de justificación. Pero no quita que la figura de la asistencia legal gratuita sea un tema insuficientemente estudiado, y que muchos de los aspectos y problemáticas que la rodean no se solucionen debido a la falta de conocimiento y ausencia de propuestas creativas para lograrlo.

En este trabajo, se tratará el tema de la asistencia legal gratuita en Costa Rica, como un derecho que debe reconocerse a la ciudadanía que, por su condición económica o especial, la coloca en situación de desigualdad procesal ante una contienda judicial. En estos casos, el Estado debe garantizarle la igualdad, el acceso a la Justicia, el derecho de defensa, dotándola de una persona profesional en Derecho pagada por el Estado que la asista legalmente y le procure la obtención del derecho pretendido en juicio.

Se plantea la importancia del tema en primer orden, se repasan los principios que lo integran, se desarrolla la regulación del beneficio de asistencia legal gratuita a través de la Defensa Pública en las diferentes materias donde se reconoce y se reflexiona acerca de

los avances, estancamientos y retrocesos que ha sufrido la figura hasta la actualidad y luego de varias reformas procesales importantes que se han experimentado. Por último, se plantean las conclusiones que se perciben luego del planteamiento del tema.

1.- CONCEPTO

La asistencia legal gratuita se concibe como: “El servicio social que los abogados prestan a los necesitados del patrocinio letrado, con el objeto de obtener un derecho a ser defendidos en Justicia¹.

Desde esta concepción, la asistencia legal gratuita es considerada como un beneficio procesal que la ley les otorga a las personas que, según un estudio previo, se encuentran en una situación especial de desventaja, para que puedan ser asistidas por una abogada o un abogado en juicio. Sin embargo, esa concepción debe ampliarse para ser concebida, más como un derecho, un instrumento esencial para la promoción y defensa de los derechos fundamentales de los individuos de escasos recursos económicos.

El derecho a la asistencia legal gratuita pretende establecer la igualdad de las partes en el proceso, la cual podría verse afectada ante la desigualdad económica entre las personas intervinientes en un proceso, pues una de ellas se encontraría en una situación donde no puede hacer valer sus derechos por la carencia de bienes o recursos económicos para solventar los costos que genera la intervención procesal.

Las personas que recurren a la solicitud del beneficio de la asistencia legal gratuita precisamente acuden a ello por cuanto se

encuentran en una situación jurídica especial, la cual se manifiesta en el factor económico con una carencia que les impide acceder a la tutela judicial efectiva y que, por dicho factor, se ve obstaculizada, encontrándose en evidente desventaja en relación con la otra parte.

Una vez que el beneficio le es otorgado a la parte que se encuentra en desventaja, esta queda protegida legalmente, equiparando su situación procesal con su contraparte. Se evidencia con ello que el propósito del beneficio es brindar a la persona usuaria que se encuentra en una situación jurídica especial de la asistencia técnica-legal otorgándole una abogada o un abogado y eximiéndola del pago de los gastos que se van produciendo en el proceso. Sin embargo, si bien la asistencia legal gratuita constituye un instrumento para la defensa de los derechos fundamentales de las personas carentes de recursos económicos, su otorgamiento se ha visto restringido a ciertas materias o tipos de procesos.

2.- IMPORTANCIA DEL TEMA

Desde el punto de vista de lo social, se evidencia que las personas de escasos recursos económicos son quienes se ven imposibilitadas de ejercer su derecho de acción ante los tribunales de justicia, pues necesitan del auxilio profesional de una persona defensora a la que no le pueden pagar los honorarios requeridos o, incluso, no pueden asumir los gastos procesales que pueda generar el proceso.

Íntimamente ligado al anterior, se presenta el aspecto jurídico que desemboca en un problema de equidad, de conocimiento y de

1 Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Volumen 1. Edición 21. Argentina.

acceso a los derechos. Es una cuestión de poder ejercer las libertades y los derechos que están consagrados en las leyes y, por tanto, es algo que les interesa directamente a las personas que construyen los procesos democráticos.

La experiencia en la judicatura permite palpar el vacío que queda por llenar, para lograr equilibrar la situación desfavorable que un sector de la población enfrenta a la hora de acceder a los servicios de Justicia.

Desde esa perspectiva, no cabe duda de que la asistencia legal gratuita bien instaurada se constituye en un instrumento de equilibrio social, en un tema de interés público que se encuentra ligado con la superación de la pobreza. Para resaltar la importancia que reviste, se transcribe el pensamiento de los señores Facundo Roldán Bulnes y Gastón Vidal Queta, acerca del tema:

El hombre humilde de nuestro país está quebrado en muchos aspectos de su persona, económica, psicológica, humana, familiar y socialmente [...]. Ha perdido la dignidad de ser humano. El que pueda defender sus derechos o hacerlos valer ante un Juez, o bien el poder ser atendido por un letrado como cualquier hombre se merece, -sin engaños y sin presiones hace indudablemente más digno a ese hombre. Si existe una posibilidad de no dejarlo excluido también de la Justicia, un gran avance hemos hecho.²

3.- PRINCIPIOS QUE LO FUNDAMENTAN

El beneficio de asistencia legal gratuita se fundamenta en tres principios primordiales:

IGUALDAD DE LAS PARTES: Frente a la desigualdad económica, constituye un medio para aproximarse a la igualdad jurídica. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política.

Asimismo, es reconocido en los principales instrumentos internacionales de los cuales Costa Rica es parte; entre ellos: el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

DEFENSA EN JUICIO: Constituye un presupuesto para un debido proceso que no puede ver vulnerado por el mezquino efecto de la pobreza. Este principio se encuentra consagrado en los artículos 39 y 41 de la Carta Magna.

ACCESO A LA JUSTICIA: La gratuidad de la justicia tiene como fundamento el principio de la tutela judicial efectiva, cuyo contenido esencial es el acceso a la actividad jurisdiccional que permite insertarse a los órganos de la Administración de la Justicia como una manifestación de la tutela judicial efectiva, y se materializa y ejerce a través del derecho de accionar. El derecho a la tutela judicial efectiva que se traduce en el derecho a la acción se encuentra consagrado en los artículos 27 y 41 de la Constitución Política, el artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el 14 del Pacto

2 Roldán Bulnes, Facundo y Gastón Vidal Queta. (2001). *Acceso a la Justicia: propuesta para su optimización*. Buenos Aires: Editores del Puerto S. A, p. 13.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

A través del otorgamiento del beneficio de la asistencia legal gratuita, se elimina un obstáculo formal –onerosidad del proceso– para acceder en amparo de justicia. La participación de las abogadas y los abogados a través de la asesoría legal asegura la tutela judicial efectiva y contribuye para que el sistema judicial trabaje eficientemente para todas las personas, equiparándolas y tratando de igualarlas para que enfrenten y usen el sistema satisfactoriamente.

4.- REGULACIÓN DEL INSTITUTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

No cabe duda de que es obligación del Estado procurar que cualquier persona pueda acceder libremente a los órganos jurisdiccionales para poder dirimir sus conflictos, lo cual implica un acceso libre e igualitario a la Justicia impartida por el Poder Judicial. Asimismo, la pobreza no debe constituir un elemento de vulneración de estos derechos consagrados constitucionalmente.

Sin embargo, las experiencias en Costa Rica demuestran que los servicios legales gratuitos a través de la Defensa Pública para las personas de escasos recursos económicos tienden a ser restringidos y, en ciertos campos, son inexistentes, sin que las políticas públicas hayan sido capaces de equilibrar realmente esta desigual distribución de servicios legales gratuitos. En efecto, salvo en lo que se refiere a materia penal, en el resto de las materias, los beneficios suministrados por la Defensa Pública no abarcan de forma integral todas las materias, en donde el factor económico

pueda afectar a una de las partes provocando desigualdad.

Es importante mencionar que, para el desarrollo de la figura de la asistencia legal gratuita en una materia, siempre ha privado el criterio de “carácter social” y esto ha permitido que se implemente en otras materias, tales como agraria, pensiones alimentarias y actualmente en laboral, entre otras, las cuales se han considerado igualmente con ese carácter.

Pero lo mismo no ha sucedido en materia civil, donde solo se ha implementado por medio de la Oficina de la Defensa Civil de la Víctima, la cual es una dependencia del Ministerio Público por imperio de ley, donde se brinda la protección del derecho de la víctima a ser compensada económicamente por los daños y perjuicios que le causó el delito mediante la interposición y el ejercicio de la acción civil resarcitoria.

Pero esta asistencia legal gratuita en materia civil se encuentra restringida al ámbito penal, pues el beneficio solo se brinda con ocasión de una acción civil resarcitoria. Desgraciadamente no se prevé a personas defensoras especializadas para la rama civil ni la de familia generalizada y otras, donde los sujetos involucrados también podrían estar en una posición de desigualdad procesal, debido a sus escasos recursos económicos que les impiden costarse una asistencia legal privada, con el compromiso que ello conlleva al ejercicio de su derecho de defensa y, por ende, del acceso a la Justicia.

La necesidad de expansión del instituto es latente, pero ya se notan esfuerzos y resultados. En efecto, hay que reconocer que, en los últimos años, se ha concientizado sobre el tema y se han realizados esfuerzos para

romper con las barreras que coartan el acceso a la Justicia de este sector de la población vulnerable por razones económicas.

En ese sentido, hay que resaltar que se han promulgado reformas procesales importantes que, en algunas materias, han significado un reconocimiento integral y efectivo del beneficio de la asistencia legal gratuita institucionalizada a través de Oficina de la Defensa Pública y en pro de la población meta. Pero no se puede dejar de mencionar que, en otros casos, lamentablemente la legislación promulgada ha marcado un retroceso o no ha brindado ningún aporte, como se verá de seguido.

4.1- Regulación en la materia penal

Está prevista y contemplada principalmente en el artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 13, 82, 93, 104, 265, 293, 294 y 318 del Código Procesal Penal. De acuerdo con la historia de la Defensa Pública y con las diferentes normas que la regulan, esta dependencia se encuentra encargada de brindar asesoría, representación y defensa a toda persona imputada o prevenida en un proceso penal. En esta materia, la asistencia legal gratuita que se brinda a través de la Defensa Pública permite la intervención en todas las fases del proceso, desde el primer acto hasta la finalización de la ejecución de la sanción impuesta.

La Defensa Pública se encuentra en la obligación de proveer de defensora o defensor público a la persona imputada que no pueda costearse una defensa particular. Pero previene la posibilidad de cobrar los servicios en caso de solvencia económica. Lo anterior así se encuentra contemplado en el artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

“La Defensa Pública proveerá defensor público a todo imputado o prevenido que solicite sus servicios. La autoridad que tramite la causa le advertirá que, si se demuestra que tiene solvencia económica, deberá designar un abogado particular o pagar al Poder Judicial los servicios del defensor público, según la fijación que hará el juzgador.

También, referente a este punto, el artículo 265 del Código Procesal Penal prevé que, en todo proceso, el Estado cubrirá los gastos en relación con el imputado y las demás partes que gocen del beneficio de litigar sin el cobro de ellos. Pero cuando el imputado tenga solvencia económica, deberá pagar al Poder Judicial los servicios de defensor público o cualquier otro que haya recibido.

Para ello, se seguirá el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto al defensor público. Para el cobro de los honorarios por los servicios prestados por la Defensa Pública, en estos casos, el artículo 153 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es el que establece el procedimiento para el cobro, para lo cual dispone que el jefe de la Defensa Pública o a quien este designe gestionará la fijación y cobro ante la autoridad correspondiente, y una vez reconocidos y fijados los honorarios en sentencia firme, se emitirá una certificación con carácter de título ejecutivo que expresará el monto de los honorarios a cargo del imputado.

Para ejercer el cobro por la vía de apremio, la autoridad que conoce del proceso ordenará el embargo de bienes del deudor, en cantidad suficiente para garantizar el pago de los honorarios. Los fondos provenientes de

honorarios se depositarán en una cuenta bancaria especial y se emplearán para adquirir bienes y servicios tendientes a mejorar la Defensa Pública. Sin embargo, por la materia que se trata en la práctica, este tipo de cobros es inexistente.

Por último, la asesoría técnica en esta materia se extiende desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, así se expresa el artículo 13 del Código de Procesal Penal: “Defensa técnica. Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público.”

Los deberes de la Defensa Pública de brindar asesoría jurídica gratuita en materia penal trascienden la fase de juicio o debate, así como las que le proceden, teniendo que extenderse hasta la fase de ejecución o de cumplimiento de la pena, incluyéndose hasta la posibilidad de plantear e impulsar un proceso de revisión de la sentencia condenatoria. La participación de la Defensa Pública en el procedimiento de revisión se encuentra prevista en el artículo 410 del Código Procesal Penal, el cual señala que:

La revisión será interpuesta, por escrito, ante el tribunal de casación penal correspondiente. Contendrá, bajo pena de inadmisibilidad, la concreta referencia de los motivos en que se basa y las disposiciones legales aplicables [...]. Mientras que la asistencia legal gratuita con participación de la Defensa Pública en la fase de ejecución de la pena, la regula el artículo 480 del mismo cuerpo normativo al señalar que la

labor del defensor culminará con la sentencia firme, sin perjuicio de que continúe en el ejercicio de la defensa técnica durante la ejecución de la pena. Asimismo, el condenado podrá nombrar un nuevo defensor, en su defecto, se le nombrará un defensor público.

Otra competencia donde interviene la Defensa Pública dentro del proceso penal brindando la asesoría legal gratuita a las personas imputadas es cuando han sido demandadas civilmente; esto es, cuando la acción civil resarcitoria es planteada dentro del proceso penal. Sin embargo, cuando el demandado civil es una persona diferente al imputado, la Defensa Pública proveerá de defensor público solo cuando se encuentre en situación de ausencia. Lo anterior así se encuentra previsto en el artículo 120 del Código Procesal Penal.

4.2. En materia penal juvenil

En la Ley de Justicia Penal Juvenil, vigente desde 1996, también se asegura la asistencia legal gratuita por medio de la Defensa Pública, para la representación y defensa de los derechos de los adolescentes sometidos a un proceso penal juvenil. En este campo, al igual que, en la materia penal de adultos, la participación del defensor debe cubrir todas las fases de este proceso, incluida la fase de juicio y las anteriores a esta, así como la fase de ejecución o cumplimiento de la sanción impuesta.

En esta ley, se instauró el deber de la institución de crear y mantener un grupo de defensores especializados en la materia. Este derecho se encuentra establecido en el artículo 37 de Ley de Justicia Penal Juvenil, al señalar que:

Desde el inicio de la investigación y durante todo el proceso, los menores de edad deberán ser asistidos por defensores y no podrá recibírseles ninguna declaración sin la asistencia de éstos. El acusado o cualquiera de sus padres, tutores o responsables podrán nombrar un defensor particular. Si no cuentan con recursos económicos, el Estado les brindará un defensor público. Para tal efecto, el Departamento de Defensores Públicos deberá tener una sección o grupo de defensores especializados en la materia”.

4.3. En procesos de extradición

De la misma forma, la Ley de Extradición contempla expresamente en su artículo 9, inciso e), el beneficio a la asistencia legal gratuita con la participación de defensores públicos que asesoren a aquellas personas que sean sometidas a un proceso de extradición y que carezcan de defensor. Este artículo cita expresamente: “Cuando la extradición sea solicitada, se observarán los siguientes trámites: [...] e) terminado este trámite el tribunal nombrará defensor público al indicado si no lo tuviere y dará audiencia a este y al Ministerio Público hasta por veinte días, de los cuales diez días serán para proponer pruebas y los restantes para evacuarlas”.

4.4. En procesos de pensiones alimentarias

Con la entrada en vigor de la Ley de Pensiones Alimentarias, en 1998, se determinó la obligación de brindar la asistencia técnica gratuita en estos procesos. A partir de ese

momento, la Defensa Pública, por medio de los defensores especializados, brindan la asesoría y realizan las gestiones necesarias para que el o la solicitante y su familia reciban una cuota alimentaria que cubra sus necesidades básicas.

Propiamente, este derecho a la asistencia legal gratuita se encuentra consagrado en el artículo 13 de la Ley de Pensiones Alimentarias:

Con el fin de hacer valer los derechos aquí consignados, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tendrán derecho a que el Estado se la suministre gratuitamente. Para este efecto, el Poder Judicial creará una sección especializada dentro del Departamento de Defensores Públicos.

Para hacer valer los derechos consignados en dicha normativa, a través del Poder Judicial, se designa al Estado para la creación de una sección especializada dentro del departamento de defensoras y defensores públicos, a fin de que brinden a las personas de escasos recursos la asistencia técnica gratuita.

Resulta importante resaltar que, en esta materia, el beneficio se vio limitado, pues, en un principio, la Defensa Pública asumió la asesoría jurídica de ambas partes (actores y personas demandadas), pero posteriormente se restringió para reconocer el beneficio únicamente a la parte actora, esto de acuerdo con una interpretación realizada por la Corte Plena del artículo 13 de dicha ley, donde se dispuso en lo que interesa: “Interpretar la disposición del artículo 13 de la ley de pensiones alimentarias [...] de tal forma que la

asistencia letrada en pensiones alimentarias, únicamente se brinde a la acreedora o acreedor”³.

Esta interpretación fue confirmada mediante resolución de la Sala Constitucional, cuando dispuso:

“La ley en cuestión pretende que el acreedor alimentario tenga efectivamente acceso a la justicia para poder exigir la pensión alimentaria que será destinada a cubrir sus necesidades, y en este sentido, cuando el artículo 13 de la Ley de estudio señala que:

Con el fin de hacer valer los derechos aquí consignados, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tendrán derecho a que el Estado se la suministre gratuitamente, los beneficiarios de esta asesoría jurídica serán aquellos para los cuales se decretó la ley, entiéndase acreedores alimentarios, que son los que se presentan ante los estrados judiciales a hacer valer sus derechos, o sea, exigir la pensión alimentaria que les corresponde por ley para cubrir las necesidades familiares, que como ya se indicó, son deberes que nacen del núcleo familiar, de lazos de parentesco. Para estos efectos, hay que señalar además que la asistencia judicial gratuita debe considerarse como un privilegio procesal que la ley le otorga a las personas que se encuentran ante una situación

especial, para que pueda ser asistido por abogado y exonerado de todos los gastos del proceso ante los órganos jurisdiccionales [...]”⁴

Luego la Sala Constitucional reiteró el criterio en un nuevo voto que, en lo que interesa, señala:

[...] Se señala además que el hecho de que no se otorgue en todos los supuestos la asistencia gratuita por parte del estado, no implica que se esté violentando el derecho de defensa consagrado en el artículo 39 de la constitución política, pues la ley de pensiones alimentarias, desarrolla en su normativa, el principio del contradictorio y de bilateralidad de las partes que le permite al demandado, oponerse en el proceso, aportar la prueba y oponer las excepciones que estime pertinentes, así como impugnar las resoluciones que estime convenientes [...]., ASIMISMO HA SEÑALADO ESTA SALA, QUE TAMPOCO PODRÍA hacerse la equiparación de la defensa gratuita que por parte del estado se da en el sistema penal, al proceso alimentario, toda vez que su naturaleza es muy distinta. Si bien es cierto una consecuencia del incumplimiento de la obligación alimentaria es el apremio corporal, ello no convierte en forma alguna dicho proceso en materia penal, pues el objetivo de la ley es dotar a la parte familiar más

3 Resolución de Corte Plena. Tomada en la sección n.º 23-01 del 4 de julio de 2001, propiamente en su artículo V. A nivel interno de la Defensa Pública, esta resolución se comunicó mediante circular n.º 24-2001 del 20 de agosto de 2001.

4 Voto n.º 6610-01 de las 15: 59 del 10 de julio de 2001. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

*débil y necesitada, de los medios idóneos para exigir un derecho de subsistencia y con relación a este objeto se dirime la defensa del demandado, a diferencia de los procesos penales, en los cuales el derecho de defensa va encaminado a proteger esencialmente la libertad de las personas [...]*⁵

De esta forma, el derecho a la asistencia legal gratuita consagrado en el artículo 13 de la Ley de Pensiones Alimenticias empezó siendo genérico tanto para la persona acreedora como para la obligada alimentaria. Pero por la vía de la interpretativa, se dirigió solo a proteger los derechos de las personas acreedoras alimentarias, lo anterior, atendiendo a que el objetivo de la ley es dotar a la parte más débil y necesitada, de los medios idóneos para exigir y procurarse un derecho de subsistencia prioritario.

4.5. En procesos disciplinarios del poder judicial

Por disposición de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Defensa Pública debe asesorar de forma gratuita a los servidores que se encuentren sometidos a un proceso disciplinario o sean llevados ante los tribunales, siempre que se trate de asuntos directamente relacionados con el ejercicio de sus funciones, y que el funcionario se encuentre laborando para el Poder Judicial. De acuerdo con lo establecido en el artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pueden tener acceso al servicio de la Defensa Pública los funcionarios del Organismo de Investigación Judicial, de la misma Defensa Pública, del Ministerio Público, así como los demás servidores del Poder Judicial, por

lo que los defensores que se dedican a esta materia disciplinaria participan en diferentes procesos ante la Inspección Judicial, la Inspección de la Defensa Pública, asuntos internos del Organismo de Investigación Judicial y la Inspección Fiscal.

4.6. En procesos seguidos contra notarios y notarias

El Código de Notariado contempla la participación de defensores públicos en los procesos disciplinarios que se siguen contra notarios, pero solo cuando estos se encuentran ausentes. En consecuencia, en estos casos, las personas defensoras públicas cumplen también con la función de curadoras procesales del o de la ausente. El artículo 153 del Código Notarial establece: “[...] Para efectos de la notificación del traslado y notificaciones posteriores, se estará a lo previsto para los procesos civiles. En los casos de ausencia del notario sin apoderado inscrito, la notificación se realizará por medio de un edicto que se publicará en el boletín judicial y el proceso seguirá con un defensor público”.

4.7.- En proceso de contravenciones y tránsito

En lo que se refiere a estas materias, no se localizaron normas legales expresas que regularan el beneficio de asistencia legal gratuita con la intervención de la Defensa Pública. Sin embargo, debido a que el proceso contravenacional es un proceso penal especial, se aplican a este las normas generales contempladas en el Código Procesal Penal, dentro de las cuales se encuentra la participación de la Defensa Pública, como se señaló.

5 Resolución n.º 2001-8926 de la Sala Constitucional, de las quince horas con cinco minutos de septiembre de dos mil uno.

No obstante, debido a la imposibilidad de satisfacer la demanda de servicios en esta materia, se han restringido el otorgamiento del beneficio y la designación de la persona defensora pública, al menos en la fase de juicio, y en casos que podría implicar directamente una pena de prisión o cuando, durante la ejecución de la sanción impuesta, la pena de multa se convierta a prisión.

Para los demás casos, la Defensa Pública designa a las personas defensoras dependiendo de su capacidad institucional, otorgándoles prioridad a aquellos casos que tienen un efecto más gravoso sobre los derechos de las personas.

La intervención de la Defensa Pública en el proceso contravencional se estableció vía circular n.º 3-2003 de la Corte Suprema de Justicia, denominada “Reglas prácticas en relación con indagación situación económica del imputado, para determinar cuantía del día multa y con la asignación de defensor público en materia contravencional”, en la cual se dispuso:

La corte plena, en sección N° 54-02, celebrada el 2 de diciembre de 2002, artículo XVII, dispuso comunicarles que [...] 2.- En relación con la asignación de Defensor Público en materia contravencional se recomienda lo siguiente: a- Tratándose de contravenciones sancionadas directamente con pena de prisión, porque el imputado es reincidente y en los casos en que el imputado esté sometido a prisión preventiva, deberá asignarse un defensor al menos para la realización del juicio oral; así como también en la fase de ejecución cuando la

multa se convierta a prisión. En estos casos deberá prevenirse la designación de un defensor privado y se asignará el defensor público cuando el primero no sea designado conforme a la normativa vigente. b. Para los demás casos en materia contravencional los servicios de Defensa Pública se asignarán conforme a la ley a los lineamientos de la Sala Constitucional sobre esa materia y a las directrices emanadas por la Jefatura de la Defensa Pública, como ha venido funcionando hasta la fecha, en los casos que corresponda y siempre que no sea asignado un defensor particular.

En igual sentido, los deberes de la Defensa Pública de asignar a una persona defensora pública en procesos de tránsito se encuentra limitada por las posibilidades reales de la institución y en la medida en que otras áreas prioritarias no se vean afectadas, según se extrae de la circular del consejo superior que se cita a continuación. Propiamente en los procesos de tránsito, la participación de la Defensa Pública se encuentra descrita en la circular 102-2002 del Consejo Superior:

El Consejo Superior en sección N° 73-2000 celebrada el 14 de setiembre del 2000, artículo LXVII, acordó ponerles en conocimiento el informe del Magistrado González, presidente de la Comisión de Asuntos Penales, que en lo que interesa literalmente dice: “3. Conclusiones. La Defensa Pública en la medida de sus posibilidades reales, ha dotado de defensor público a aquellas personas que han solicitado sus servicios en

materia de tránsito, pero sin que ello signifique el descuido de áreas prioritarias como la penal, en que la falta de atención si acarrea vulneraciones a derechos fundamentales establecidos en la constitución política, pactos y tratados internacionales y la ley. Es decir, la defensa en vista de las limitaciones evidenciadas ha tenido que establecer prioridades en el servicio, siendo la primera de ellas el atender aquellos asuntos en que se peligra la libertad personal de los usuarios. Siendo la materia de tránsito una materia en la que no ocurre esa situación y, además, como bien lo reconoce el mismo usuario consultante, pudiendo ejercer el imputado en forma personal su defensa sin que esto le traiga como consecuencia alguna vulneración a sus derechos como bien lo ha decidido la Sala Constitucional, la participación de la defensa pública se limita a la medida en que otras áreas prioritarias no se vean afectadas.

Por tanto, en esta materia de tránsito, queda el otorgamiento del beneficio de asistencia legal por medio de una persona defensora pública a criterio y valoración de la Oficina de la Defensa Pública de cada región y supeditado a la disponibilidad del recurso en el momento y caso concreto.

4.8.- Como curadores procesales

De conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Consultorios Jurídicos y en el 68 del Código Civil, la Defensa Pública

también debe designar a defensores públicos para que cumplan con la función de curadores conforme lo establece la Consultorios Ley Jurídicos, en defecto de las personas a las que, según el artículo 68 del Código Civil, debe darse preferencia.

El artículo 3 de la Ley de Consultorios Jurídicos establece que, cuando en algún juicio atendido por los consultorios jurídicos, se deba designar un curador *ad litem*, a falta de alguna de las personas referidas en el artículo 68 del Código Civil, el juez hará la elección en un defensor público. Igual regla se seguirá cuando haya que nombrar un juez ejecutor para realizar alguna diligencia judicial. El designado no podrá cobrar honorarios, el cargo es obligatorio y estará sujeto a las obligaciones que le fija la Ley de Defensores Públicos.

Por su parte, el artículo 68 del Código Civil establece el orden de preferencia en el nombramiento de curador, propiamente señala este artículo: “En la elección del curador se dará preferencia: • Al cónyuge presente, siempre que no esté separado de hecho o de derecho; • A los herederos presuntivos; • A los que mayor interés tengan en la conservación de los bienes. A falta de las anteriores personas, el juez designará curador”.

Interpretando literalmente dichos artículos, debe concluirse la asistencia legal gratuita a través de la Defensa Pública y, para el cumplimiento de estas funciones, se encuentra limitada básicamente a aquellos procesos en los que intervienen los consultorios jurídicos y que, además, se haya agotado la posibilidad de nombrar a alguna de las personas enumeradas en el artículo 68 del Código Civil.

4.9. Asistencia legal gratuita en materia laboral

La asistencia laboral gratuita es reconocida en materia laboral de forma novedosa a partir de la entrada en vigor, el 25 de julio de 2017, de la Reforma Procesal Laboral, según Ley 9343, concibiendo a este servicio como un beneficio para las personas trabajadoras de escasos recursos económicos o en condiciones de vulnerabilidad, con la finalidad clara de garantizar el acceso a la justicia laboral sin poner en grave riesgo el principio de irrenunciabilidad de sus derechos.

La primera manifestación del reconocimiento de este beneficio en esta materia, pero a cargo de los abogados del Patronato Nacional de la Infancia, surge del contenido del artículo 453 del Código de Trabajo, cuando establece que el Patronato Nacional de la Infancia (PANI) suministrará asistencia legal gratuita a las personas trabajadoras menores de edad que necesiten ejercitar acciones en los tribunales de trabajo, así como a las madres para el reclamo de sus derechos laborales relacionados con la maternidad.

La novedad es que esa entidad debe brindar también ese tipo de asistencia a las madres, pero únicamente cuando su pretensión verse sobre reclamos vinculados con la maternidad. Al respecto, hay que manifestar que, en la práctica, siempre es una persona defensora pública la que brinda la asistencia legal en los casos de personas menores trabajadoras y las madres, pues esta normativa no es excluyente, y rara vez cuando se le da participación al PANI, se apersonan al proceso.

La segunda manifestación y reconocimiento de este derecho surgen del contenido del artículo 454 *ibidem*, en el cual se establece que las personas trabajadoras, cuyo ingreso

mensual último o actual no supere dos salarios base del cargo de auxiliar administrativo (en este momento corresponde a la suma de 806 800 00 colones), tienen derecho a asistencia legal gratuita, costeadas por el Estado para la tutela de sus derechos en conflictos jurídicos individuales.

Pero esta limitación económica indicada no rige para las madres ni las personas menores de edad respecto a la asistencia especial del Estado a que tienen derecho ni para casos de discriminación.

Para el cumplimiento del propósito de garantizar la asistencia legal gratuita, se contempló que, en el Departamento de Defensores Públicos del Poder Judicial, funcionará una sección especializada totalmente independiente de las otras áreas jurídicas, con profesionales en Derecho denominados abogados o abogadas de asistencia social, encargados de brindar gratuitamente el patrocinio letrado a las personas trabajadoras que cumplan el requisito indicado en el párrafo primero de esa norma.

Asimismo, de forma novedosa, se instauró un sistema que denominó de autosubsistencia de la sección especializada creada, pues se dispuso que de los dineros por costas personales que se generen a favor de la parte patrocinada por la asistencia social recibida, se distribuirá un cincuenta por ciento (50%) del total recaudado para la sección especializada del Departamento de Defensores Públicos del Poder Judicial que se crea en este artículo, y que se destinará a la universalización de su cobertura en todo el territorio nacional. El otro cincuenta por ciento (50%) restante fue destinado para el Fondo de Apoyo a la Solución Alterna de Conflictos que se crea en esta ley.

Ahora, se considera que, por la gran cantidad de procesos que se tramitan a nivel nacional de donde en un porcentaje alto se obtiene la victoria, esta sección especializada de abogados y abogadas de asistencia social tiene garantizados la permanencia y su financiamiento.

Por ello, lo que me parece desafortunado en esta reforma es que, del contexto del numeral 454 citado, se pretenda garantizar el derecho a una asistencia social gratuita, sujeto a parámetros relacionados con los ingresos mensuales de la persona usuaria, pues se previó el sostén económico de la sección especializada para garantizar los servicios y, en esas condiciones, la selección de casos con el parámetro de ingresos de la persona usuaria lesiona el derecho fundamental de tutela judicial efectiva para los casos no seleccionados.

Por lo demás, me parece que, en esta materia, la reforma vino a marcar importantes avances en el desarrollo de la figura de la asistencia legal gratuita a través de la defensoría pública. Sobre todo, si se considera que, aunque esta materia siempre ha sido considerada de “carácter social”, antes de la reforma, la persona trabajadora tenía que presentar la demanda *apud acta* y litigar sin patrocinio letrado, lo cual siempre fue cuestionado desde el punto de vista del compromiso del principio del juez imparcial y de la indefensión de la persona trabajadora.

4.10. Asistencia legal gratuita en agrario

En esta materia, el acceso a la Justicia es muestra de la “democratización” y “socialización” del proceso agrario. Se pensó en su momento que el acceso a la Justicia

agraria podía ser utópica, si no se contaba con los recursos necesarios para pagar un abogado o una abogada litigante.

Por eso, en esta disciplina, se ha logrado una mayor democratización al crearse la figura del defensor público agrario o de los procuradores agrarios, a favor de los campesinos de escasos recursos económicos. La aplicación del instituto en esta materia se extiende a la asesoría en los asuntos derivados por el uso de las tierras, según lo contemplado en la Ley de Jurisdicción Agraria, tal y como lo establece el artículo 25 de dicha legislación:

Tratándose de personas de escasos recursos, a juicio del tribunal, contra quienes se establezca cualquiera de las acciones, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción agraria, el juez podrá, a solicitud del accionado, delegar la defensa de éste en un miembro del cuerpo de defensores públicos. Análoga medida deberá acordar el tribunal cuando el demandado se encuentre en cualquier otra de las situaciones previstas en el artículo 133 de Ley Orgánica del Poder Judicial ⁶

Con esta norma, se logra, al menos, una asesoría de un letrado para campesinos de escasos recursos económicos. La ley no indica qué se entiende por campesinos de escasos recursos económicos; pero se ha estimado que por tal debe entenderse “al campesino que no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos”.

6 Zeledón, Ricardo. (1999). Código Agrario. 9^{ed.} San José, Costa Rica: Porvenir. Artículo 25.

Y queda a criterio del juez o de la jueza disponer si otorga ese beneficio o no. Asimismo, se tomó en cuenta que, para que realmente se logre un equilibrio entre las partes, esos profesionales de la Defensa Pública deberían ser especialistas en derecho agrario y, para tal efecto, la Corte dispuso crear, dentro del Departamento de Defensores Públicos, una sección especializada para conflictos agrarios. La asesoría es gratuita y técnica. La norma tuvo al principio una limitación, pues, como se ha visto únicamente, se refiere a la persona demandada o accionada en un proceso agrario, sin solucionar el problema de campesinos de escasos recursos que desean plantear una demanda y no tienen dinero para pagar a un abogado o una abogada.

Pero esa limitación dichosamente fue solventada con la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo artículo 152, se dispuso la defensa pública en procesos agrarios para la parte que lo solicite y reúna los requisitos que establezca la ley. Con ello tanto actores como demandados, campesinos de escasos recursos pueden acogerse a ese beneficio, siempre y cuando demuestren esa condición ante el juzgado agrario correspondiente. La jueza o el juez queda facultado para, atendiendo las probanzas y manifestaciones de la persona interesada, otorgar el beneficio o bien revocarlo en el momento en que constate que no califica para concederlo. Por otra parte, las personas defensoras públicas agrarias tienen también un fuerte deber dentro del proceso agrario, el cual es lograr equilibrar en la relación procesal a su representado.

También, en esta materia, existe aprobado el Código Procesal Agrario, Ley N.º 9609 del 27 de septiembre de 2018, el cual deroga la Ley de Jurisdicción Agraria y tiene previsto entrar a regir a partir del 28 de febrero de

2023. Y resulta importante señalar que, en su artículo 44, esta normativa regula el beneficio de asistencia legal gratuita a través de la Defensa Pública, cuando se señala que: “Las partes deberán actuar con patrocinio letrado, salvo que sean profesionales en derecho. Se otorgará el patrocinio letrado gratuito, conforme lo establece esta ley [...]”.

Asimismo, en el numeral 47 de ese mismo cuerpo normativo establece que “Las defensoras y los defensores públicos agrarios tendrán las facultades de directores del proceso, en los procesos en que intervengan, salvo que la parte amplíe sus atribuciones a las de un apoderado especial judicial, lo cual deberá indicar expresamente [...]”. Los dineros por costas personales que se generen a favor de la parte patrocinada por la Defensa Pública agraria se distribuirán de la siguiente manera:

- a) Un cincuenta por ciento (50%) del total recaudado será asignado al Fondo de Apoyo a la Defensa Pública Agraria, para optimizar el servicio y la cobertura en el territorio nacional.
- b) Un cincuenta por ciento (50%) restante será depositado en el Fondo de Apoyo a la Administración de Justicia Agraria para garantizar la eficacia y la eficiencia del servicio público agrario. La administración de esos recursos se regirá conforme a la normativa, ambos fondos serán administrados por el Poder Judicial.

Vemos cómo esta nueva normativa procesal agraria implementa el mismo mecanismo de recaudación de los dineros obtenidos por costas personales que se generen a favor del patrocinado por la defensa para ser invertidos en la optimización de los servicios, así como la

cobertura en el territorio nacional y garantizar la eficacia y la eficiencia del servicio público agrario. Lo anterior constituye un gran avance en el desarrollo del instituto de la asistencia legal gratuita.

Sin embargo, en el artículo 51 del Código Procesal Agrario, también se sujeta el otorgamiento del derecho a la asistencia social gratuita al parámetro de ingresos mensuales de la persona usuaria. En ese sentido, este último artículo citado señala:

Defensa técnica gratuita. Las partes tendrán acceso a la defensa técnica gratuita especializada, siempre y cuando acrediten plenamente que carecen de recursos económicos suficientes, para lo cual deben emitir una declaración jurada ante la Defensa Pública, cuyos datos serán verificados por esta. Las partes interesadas deberán pedir directamente este beneficio en las oficinas de la Defensa Pública de cada circuito judicial y se acreditará su aceptación en la primera resolución que dé curso al proceso. Si se acredita que quien solicita la defensa técnica tiene recursos económicos suficientes para sufragar el costo de la asesoría legal, dicha dependencia requerirá su pago, mediante de los mecanismos legales pertinentes.

4.11. En materia de familia

En esta materia, sucede algo muy particular dado que el derecho a la asistencia legal gratuita se encuentra contemplado en el artículo 7 del Código de Familia, al estipular que, para hacer valer los derechos

consignados en el Código, quienes carecen de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla tienen derecho a que el Estado se la suministre conforme a la ley.

No obstante, en la práctica, este derecho solo ha tenido eficacia para pensiones alimentarias y violencia doméstica. De esta manera, el acceso a la Justicia en materia de familia, aunque considerada de “carácter social”, es muy relativa y cuestionable. Y en ese campo, también existe una reforma procesal con la promulgación del Código Procesal de Familia, Ley N.º 9747 del 23 de octubre de 2019. Sin embargo, esta normativa no entra a regir hasta el 1 de octubre de 2024 y, en ella, no se contempla el instituto de la asistencia legal gratuita, lo que constituye un retroceso. La jurisprudencia de la Sala Constitucional lo que ha considerado es que se trata de una mera falla legislativa, ya que, aunque regulado el derecho, no se dispuso con claridad en el Código de Familia la forma en la cual se brindaría dicha asistencia gratuita. Tampoco en los fallos, ha contribuido con la materia, pues, mediante sentencia 7693 de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del siete de agosto de dos mil dos, externó el siguiente criterio:

De conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, la asistencia letrada gratuita, -como parte del derecho de defensa -, es exigible en materia penal y no se extiende a todas las materias, tampoco a la de familia [...] De ahí que no pueda concluirse otra cosa que el reparo formulado no constituye una infracción constitucional y es una omisión de técnica legislativa.

Lo transcrito pone de manifiesto que, al momento de emitir este fallo, la Sala

Constitucional no consideró la falta de asistencia legal gratuita en los procesos de familia como un acto inconstitucional o como una acto que viniera a violentar los derechos humanos de los individuos, sino como una mera falla legislativa.

Si bien es cierto, existe esa falla legislativa, ya que no se dispone con claridad en el Código de Familia la forma en la cual se brindará dicha asistencia gratuita, sí constituye una flagrante violación de los derechos humanos individuales, porque la persona que no cuente con los medios necesarios para procurarse los servicios de un abogado o una abogada verá directamente denegado su derecho de acceder a la Justicia, siendo lo más preocupante que este es un problema de índole cotidiano, pues, en un país como Costa Rica, muchas personas no pueden contratar esta clase de servicios y, a su vez, no comprenden por qué razón no pueden ejercer su derecho de defensa en los diferentes procesos de familia a pesar de que tienen todo el derecho de hacerlo.

5. CONCLUSIONES

- - Al concluirse el estudio, resulta claro que la situación económica de las partes sí viene a desequilibrar su posición en el contradictorio, vulnerando el principio constitucional de acceso a la Justicia. Por ello se considera que es una obligación del Estado procurar que cualquier persona pueda acceder libremente a los órganos jurisdiccionales para poder dirimir sus conflictos, lo cual implica un acceso libre e igualitario a la Justicia impartida por el Poder Judicial.
- - Así, la asistencia legal gratuita debe ser concebida más que como un beneficio,

como un derecho, un instrumento esencial para la promoción y defensa de los derechos fundamentales de los individuos, y sustancialmente como un mecanismo que pugne por ese amplio sector de la población que ve vulnerados sus derechos por el factor monetario.

- - De esta forma, el derecho a la asistencia legal gratuita consagrado en el artículo 13 de la Ley de Pensiones Alimenticias empezó siendo genérico tanto para la persona acreedora como para la obligada alimentaria, pero por la vía de la interpretativa, se dirigió solo a proteger los derechos de las personas acreedoras alimentarias, lo anterior, atendiendo a que el objetivo de la ley era dotar a la parte más débil y necesitada de los medios idóneos para exigir y procurarse un derecho de subsistencia prioritario.
- - En nuestro país, en la asistencia legal gratuita en ciertas materias como en la penal, se encuentra estructurado bien el derecho, y su reconocimiento se ha mantenido estable, mientras que, en otras como la civil, no se presenta ningún reconocimiento, salvo en el caso de la acción civil resarcitoria que se tramita en un proceso penal.
- - También en otras materias, el derecho se ha visto limitado o restringido, como es el caso de contravencional, tránsito y pensiones alimenticias, en las que se ha supeditado el derecho a las posibilidades reales de la institución o se ha negado el derecho a una de las partes. Y en el caso especial de la materia de familia, aunque regulado el derecho, no se dispuso con claridad en

el Código de Familia la forma en la cual se brindaría dicha asistencia gratuita, por lo que su reconocimiento ha sido nulo por una mera falla legislativa. Más preocupante es que, en la materia de familia, también se promulgó una reforma procesal, pero en esta nada se contempló respecto a este instituto.

- - Sí hay que reconocer que, en los últimos años, se ha concientizado sobre el tema y se han realizados esfuerzos para romper con las barreras que coartan el acceso a la Justicia a un sector de la población vulnerable por razones económicas. En ese sentido, hay que resaltar que se han promulgado reformas procesales importantes como la laboral y agraria, en cuya normativa, se contempla un reconocimiento integral y efectivo del beneficio de la asistencia legal gratuita institucionalizada a través de Oficina de la Defensa Pública y en pro de la población meta.
- - Solo me parece desafortunado que, en estas reformas, se pretenda garantizar el derecho a una asistencia social gratuita, sujeto a parámetros relacionados con los ingresos mensuales de la persona usuaria, ya que se previó el sostén económico de la sección especializada para garantizar los servicios y, en esas condiciones, la selección de casos con el parámetro de ingresos de la persona usuaria lesiona el derecho fundamental de tutela judicial efectiva para los casos no seleccionados. Por lo demás, me parece que, en estas materias, la reforma vino a marcar importantes avances en el desarrollo de la figura de

la asistencia legal gratuita a través de la defensoría pública.

Para concluir estas reflexiones, queremos enfatizar, como nos enseña el eminente jurista Antonio Celso Alves Pereira⁷, que el acceso a la Justicia constituye una de las formas más eficientes de materializar los derechos humanos. Y, en caso de las poblaciones integrantes de los estratos sociales y económicos menos favorecidos, es indispensable contar con la asistencia jurídica integral y gratuita a ser prestada por el Estado a través de la defensoría pública, bajo pena de afrontar los principios de la no discriminación que es parte integrante de la idea de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Artavia Barrantes, Sergio. *Derecho procesal civil*. Tomo II. Editorial Jurídica Dupas.
- Couture Eduardo. (1993). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Herrera Castro, Luis Guillermo. (2004). *Un nuevo modelo de administración de justicia. Democracia, justicia y dignidad humana*. Comp. Juan Marcos Rivero Sánchez, Javier Llobet Rodríguez. 1.^a Edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Roldán Bulnes, Facundo y Gastón Vidal Queta. (2001). *Acceso a la Justicia: propuesta para su optimización*. Buenos Aires: Editores del Puerto. S.A.

7 Pereira, Antonio Celso Alves. (Julio-diciembre de 1994). El acceso a la justicia y los derechos humanos en el Brasil. En *Revista IIDH*. N.º 20. San José, Costa Rica. IIDH, p. 23.

- Pereira, Antonio Celso Alves. (Julio-diciembre de 1994). El acceso a la Justicia y los derechos humanos en el Brasil. En *Revista IIDH*. N.º 20. San José de Costa Rica, IIDH, p. 23.
- Solano, Fernando. La asistencia legal universitaria. *Revista de Ciencias Jurídicas*. N.º 46, pp. 59 y sig. 13.

Diccionarios

- Cabanellas, Guillermo. (1989). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Volumen 1. Edición 21. Argentina, Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. (1994). *Diccionario jurídico elemental*. Editorial Heliasta. S.R.L. Revistas
- López Velásquez, Delfina Lucrecia. (1990). La necesidad de crear defensores públicos en la asistencia judicial gratuita. Guatemala: Editorial Universidad Mariano Gálvez de Guatemala.
- Montón Redondo, Alberto. (1985). El derecho a litigar sin gastos ante los tribunales civiles. (Los presupuestos para su concesión y utilización). *Revista Justicia*. N.º 85. España. Volumen 2.
- Muñoz Cascante, Marta Iris. (Octubre de 2003). Trayectoria de la defensa pública costarricense. *Revista Defensa Pública*. Primer Congreso Interamericano de Defensorías Públicas. San José, Costa Rica, pp. 23-34.
- Zeledón Zeledón, Ricardo. (Mayo 19-23 de 1997). *Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario*. 1.º Liberia, Costa Rica.

(1998). *Justicia Agraria y Ambiental en América: Memorias. La modernización de la justicia agraria y ambiental*. Costa Rica, Editorial Guayacán, Tesis 97.

- Derecho a justicia gratuita en España. Justicia gratuita en España. *Boletín* n.º 54. <http://www.peritaje.com/portal/Boletín/boletin.asp?Boletín=54>

Códigos

- (2002). *Código Procesal Penal*. Concordado, índice alfabético y con espacios para anotaciones en cada artículo. Ulises Zuñiga Morales. 6.ª ed. San José, Costa Rica: Editorial IJSA.
- (1999). *Código Agrario*. Compilado por Ricardo Zeledón. 9.ª ed. San José, Costa Rica: Porvenir.
- (2016). *Código de Trabajo. Ley 9343*. Actualizado y concordado por Fernando Bolaños Céspedes.
- (2018). *Código Procesal Civil. Ley 9342*. Jorge López González.
- (27/09/2018). *Código Procesal Agrario. Ley 9606*.
- (23/10/2019). *Código Procesal de Familia. Ley 9747*.

Leyes

- (1994). *Ley Orgánica del Poder Judicial N.º 7333*. Publicaciones Jurídicas.
- (2000). *Ley de Justicia Penal Juvenil*. 2.ª ed. San José, Costa Rica. Editorial IJSA.
- Ley de Extradición*.

Ley de Pensiones Alimentarias.

Ley N.º 7442 del Ministerio Público, San José, Costa Rica.

Circulares de la Corte Suprema de Justicia

Circular 3-2003 de la Corte Suprema de Justicia.

Circular 102-2002 del Consejo Superior. Documentos Especiales. 1. Centro Virtual del Poder Judicial.



Entrevista



ENTREVISTA

Entrevista al MSc. Rodrigo Alberto Campos Hidalgo, director jurídico del Poder Judicial



¿Don Rodrigo podría contarnos cual fue su camino para llegar a ocupar el cargo de director jurídico del Poder Judicial?

Mis primeras actividades laborales las desarrollé en el Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS), como abogado. En diciembre de 1998 ascendí a Director Jurídico de esa institución. Posteriormente ocupé otros cargos dentro del IMAS ya no como abogado, sino en actividades de apoyo a la microempresa y titulación de tierras. Fui Gerente General de la Institución, tuve el recargo de las empresas comerciales del IMAS (las tiendas libres) y un día durante una capacitación que nos estaba dando don Hubert Fernández, nos dijo que iba a entrar en vigencia el Código Contencioso Administrativo y me llamó la atención participar de juez y cambiar de aires. Participé en un concurso de Juez Contencioso, me fue muy bien e ingresé al Juzgado Contencioso como juez tramitador y un par de años después participé en un concurso para juez de juicio e integré varias secciones de juicio en el Tribunal Contencioso Administrativo, también he sido juez conciliador.

Un buen día en diciembre del 2017, me llamaron para ver si quería asumir el cargo de Director Jurídico del Poder Judicial, lo vi como una oportunidad interesante y acepté y desde entonces ejerzo el cargo. También he sido docente universitario, en la UCR y en universidades privadas impartiendo los cursos de derecho administrativo, laboral y constitucional.

Hay gran preocupación en relación a la Ley de empleo público y usted forma parte de la comisión en el Poder Judicial que trata este tema y unas de las personas que conoce más el contexto e implicaciones de esta ley. En primer lugar, nos gustaría saber ¿qué es la Ley de empleo público?

Lo primero es que no podemos ver desmarcada la Ley de Empleo Público de dos consideraciones importantes: Por una parte, un proceso de recentralización del Estado costarricense en temas estratégicos del país. El constituyente de 1949 pensó en un estado descentralizado. Hasta el 49 había unas instituciones descentralizadas, pero eran muy poquitas y no tenía una visión constitucional de ello, estamos hablando en su momento del PANI, del Banco de Seguros en tiempos de don Ricardo Jiménez Oreamuno y de la Caja Costarricense del Seguro Social en el gobierno del doctor Calderón Guardia, pero eran instituciones aisladas en ese proceso de descentralización.

Cuando uno lee a don Rodrigo Facio y analiza lo que escribía en el 49, se puede notar la claridad de pensamiento que tenía en ese momento, dice vamos a un modelo de Estado descentralizado, vamos a crear un estado muy complejo con una gran cantidad de facetas y necesitamos descentralizarlo, entonces se crean instituciones autónomas con autonomía de gobierno y de administración. Y así se empieza a avanzar en el modelo de país y el Estado social de derecho, entre finales de los años cuarenta y finales de los años sesenta.

A finales de los años sesenta se empieza a ver que ese modelo tan descentralizado tan intenso tampoco es bueno, porque como yo les digo a mis alumnos ese modelo es como una manada de gatos en la sabana, cada uno agarraba por su lado. Le quitaron la autonomía de gobierno,

ya para el año 69, con excepción de la Caja, las municipalidades y las universidades que, si se podían auto gobernar, la mayoría de entes públicos no se podían auto gobernar solo se podían auto administrar.

Aun así, se siguió con ese modelo descentralizado y se siguieron creando una serie de instituciones autónomas en las décadas de los sesenta, setentas y ochentas, con autonomía administrativa para administrar sus recursos.

Pero ¿qué es lo que sucede? En algún momento con todas estas políticas económicas en el país, se ve que es necesario terminar de amarrar las instituciones, y no es casualidad que en el gobierno de don Miguel Ángel Rodríguez Echeverría se apruebe la Ley de la Administración Financiera y de Presupuestos Públicos siendo la primera pista en ese intento. Es así como todo el tema de la administración financiera y de presupuestos públicos va a estar sin decirlo de manera expresa, en una rectoría del Ministerio de Hacienda, entonces muchas cosas que los entes públicos podían hacer sin tanto control, comienzan a articularse de esa forma. Con esta ley se va fortaleciendo la recentralización del Estado, proceso que continua en estos últimos años. ¿En qué forma? Primero la Ley de Fortalecimiento de la Finanzas Públicas, recentraliza otra serie de decisiones en el Ministerio de Hacienda y un poquito en Mideplan, ya los entes autónomos no tienen tanto músculo empiezan a verse más amarrados y se aprueba también en su momento la Ley de Contratación Pública, que empezó a regir en diciembre con un modelo centralizado en una Dirección del Ministerio de Hacienda.

El tema de los contratos públicos ya no va a ser materia de la Contraloría, sino que la

definición e interpretación de la ley, la tendrá el Ministerio de Hacienda centralizadamente. La ley de empleo público va en la misma línea, ya que el tema del empleo público que se veía que estaba con regulaciones muy diferentes, con poca homogeneidad, por diferentes motivos históricos, ya que desde los años cincuenta-sesentas, cada institución tenía su reglamento autónomo, su régimen salarial propio, su propia organización, ahora se busca con la Ley Marco de Empleo público recentralizar en Mideplan, esta es la primera consideración que hacemos. Es un proceso de recentralización de una serie de aspectos que se ven estratégicos para el país.

Lo segundo es el tema fiscal. Hay una percepción de que hay que atacar el problema fiscal paralelo a la vía de ingresos por la vía del gasto y al aplicar este modelo de recentralización la finalidad es ver como cortamos gastos.

Igual no se puede ver aislado. Yo no puedo ver la Ley marco de empleo público aislada de la Ley de fortalecimiento financiero, son gemelas, solo que, en este proceso, una primera gemela nació antes que la otra, duró mucho para parir la segunda gemela, pero son gemelas, la idea es el control de gastos, de hecho, la ley de fortalecimiento de finanzas públicas prohíbe la creación de componentes salariales como lo hacíamos acá y en todo lado. Lo hacíamos por reglamento o por simple acuerdo, si es una institución por una junta directiva, un consejo o en nuestro caso con un acuerdo de Corte. Se creaban componentes salariales, ahora no, ahora es reserva de ley. Entonces los dos marcos generales son recentralización y control de gastos y obviamente ordenamiento.

Hay algo indudable, el empleo público se había vuelto una selva donde se regulaba de

manera muy diversa, los temas salariales, los componentes salariales y otros aspectos. Quien quiera tapar eso pretende tapar el sol con un dedo, porque realmente se crearon situaciones injustas, no hay duda y ahora busca un reordenamiento.

Talvez el problema en el empleo público no es el qué sino el cómo. Como lo plantea la ley y no tanto que lo planteé, la necesidad de hacerla es importante para atacar el problema.

¿Qué consecuencias o cambios trae la aplicación de esta ley en el Poder Judicial?

Un elemento importante antes de entrar en los cambios es la definición que hubo que hacer en el mes de diciembre del año pasado, por parte de la Corte Suprema de Justicia. La ley abre un espacio para una definición en determinados sujetos públicos, cuando la ley sale en sus primeras versiones, tenía una concepción de todo para dentro. Yo a mis alumnos les explico con una alegoría, le pongo una imagen de un montón de gatos en una caja, que es la versión de la ley: todos los gatos dentro de la caja. Todos tratados como iguales. Sin embargo, los gatos son diferentes y tienen diferentes tratamientos. Yo no voy a meter al Poder Judicial a la par del Icoder, porque el Poder Judicial maneja doce mil y pico de personas, porque tiene una independencia judicial, una independencia que es mucho más que una autonomía y a la par del Icoder, que debe tener menos personas. Ante esto, es que se hace la consulta de constitucionalidad a la Sala Constitucional sobre el proyecto de ley aprobado en primer debate, y para salvar un proyecto muy malito, la Sala hizo una lista gigantesca de vicios de constitucionalidad que arreglar y en el caso de los poderes y aquellos entes con autonomía de gobierno que mencioné hace

un rato, dijo dejen que ellos decidan quienes son exclusivos y excluyentes, para excluirlos de la rectoría de Mideplan.

Cuando dije que el problema no es el qué sino el cómo es precisamente eso. Mideplan tiene una serie de competencias tan espeluznantes, que siempre he pensado cómo va a asumirlas, porque humanamente uno no concibe como un Ministerio tan chiquitito pueda asumirlas para todos los cargos públicos del país que no estén excluidos, desde los contadores en el Ministerio de Hacienda hasta todos los maestros del país, hasta el empleado del Ministerio de Salud que está en la isla de Chira, o cualquiera que esté en la función pública, salvo los que están excluidos. Entonces el problema no es el qué sino el cómo lo van a plantear. La definición de exclusivo y excluyente es quienes no están en la rectoría de Mideplan, pero no excluidos de la ley que salvo unas pocas excepciones todos estamos dentro de la que estipula. De lo que estamos excluidos es de la Rectoría de Mideplan, y esto es importante para poder delimitarnos del discurso político que es que el Poder Judicial se salió de la ley y eso no es cierto porque el 90% de la ley se nos aplica 100%, lo que no se nos aplica vuelvo a repetir es lo de la Rectoría de Mideplan.

¿Y cómo surge la comisión dentro del Poder Judicial que está trabando el tema de la implementación de la Ley de empleo Público?

Bueno, en ese proceso de definir a las personas servidoras judiciales excluidas de la Rectoría, fue que surgió esa Comisión de la que habló don Orlando Aguirre en la entrevista que aparece en el número anterior de esta Revista. Acudir a una comisión que perfilara técnicamente quienes están en esa concepción de exclusiva y excluyente. Esto

fue terriblemente complejo, fue muy difícil, sobre todo porque toca intereses y toca las pequeñas tribus que somos. Había una concepción que yo la llamé orgánica, es decir que hay que excluirlos por órganos. Entonces llegó por ejemplo el Ministerio Público y dijo a mí me tienen que excluir todo porque todos nosotros somos exclusivos y excluyentes, desde el fiscal hasta la secretaria, y el de la Defensa también tenemos que salir todos, el OIJ por consiguiente, las oficinas administrativas dijeron ¿cómo los van a excluir a ellos y a nosotros no? Nosotros somos muy importantes a nosotros también. Las primeras batallas fueron la *visión orgánica* frente a una visión que yo llamé funcional que es que hay que ver puesto por puesto a ver quién sí y quien no. Trabajo muy arduo. Eso fue en la primera etapa. En algún momento en las discusiones entre los órganos técnicos que rectoramos eso, Gestión Humana y la Dirección Jurídica, hablamos de que el proceso sería bueno hacerlo muy participativo, muy abierto, entonces escuchamos a los directores de las oficinas a los directores de los gremios, al Tribunal Supremo de Elecciones que estaba en nuestro mismo predicamento, a la Asamblea Legislativa, entre otros. Entonces avanzamos a una siguiente visión que le puse *visión ecléctica*. Veamos. Digamos que todos por órganos son exclusivos y excluyentes, pero no podemos verlo así per se, sino que hay que ver las funciones dentro de ese órgano. ¿Cómo se aplica esto? Si se dice que todos son conserjes son iguales, entonces que los conserjes del Poder Judicial son los mismos que los conserjes del PANI por ejemplo, no es necesariamente cierto, porque el perfil de conserje en el Poder Judicial dice que ellos acarrean evidencia, es decir tienen que trasladar cajas con pruebas, con evidencia, entonces somos parecidos pero no iguales. Para mis alumnos les puse

el ejemplo de un gato blanco y un gato negro y les dije ¿qué es la diferencia entre los exclusivos y excluyentes para entender la conceptualización Poder Judicial? Los dos son gatos, pero son diferentes, de ahí avanzamos a una concepción diferente: los puestos del Poder Judicial tienden a ser exclusivos y excluyentes porque todos tienen una característica consustancial a lo que hace. Entonces avanzamos a una nueva concepción todo dentro de un proceso de muchos meses, que es algo importante en relación a lo que dijo Sala Constitucional con la Ley de fortalecimiento de finanzas públicas. La Sala dijo que nosotros tenemos un régimen legal propio diferenciado el resto de regímenes legales porque nosotros tenemos el Estatuto del Servicio Judicial, la ley de salarios del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial, régimen legal propio que no ha sido derogado, entonces somos aparte, porque el legislador así lo conceptualizó.

Con base en eso en diciembre del año pasado, dijimos todos estamos excluidos de la rectoría de Mideplan, fuimos los primeros que lo hicimos, después otros nos siguieron, nos pidieron los criterios y se excluyeron las municipalidades, las universidades y el Tribunal Supremos de Elecciones también. Entonces la primera premisa es la ley se nos aplica en todo, menos en cuanto a la rectoría de Mideplan.

¿Y don Rodrigo, qué implica excluirnos de la rectoría de Mideplan?

Lo primero es que Mideplan decidiría nuestras columnas salariales globales. Es decir, que una persona que viene entrando al Poder Judicial no tendría un régimen salarial por componentes, sino un salario global para

el puesto que tiene. Si dependieramos de la rectoría de Mideplan el que nos fija esto es Mideplan. En cambio, fuera de esta rectoría, la Corte puede aprobar una propuesta de columna salarial para los empleados del Poder Judicial, que no se aparta del todo lo que propone la ley, y que, por supuesto no implica que nos vamos a disparar, pero no es la misma que tiene Mideplan, la cual tiene salarios irrisorios para la administración.

¿Qué otros impactos tiene la aplicación de esta ley?

Bueno, dependiendo de cómo se haga la columna salarial podría ser un desmotivante de la carrera judicial, es decir el pasar de juez, dos, tres, cuatro y cinco, podría ser que ya no le sirva. Ya no le sirva seguir ascendiendo por la sencilla razón porque dependiendo de diferentes escenarios a mí me sirva seguir con mi salario por componentes que pasar a otro puesto sin que se aumente mi salario. Por ejemplo, a partir de estos cambios va a suceder que una persona que tenga 8 o 10 años de ser juez gana X cantidad de dinero de salario, entra una persona que ganó el examen para ingreso a juez y como es cero kilómetros entra con salario global, esta persona en el mismo despacho va a ganar más que el que tiene 10 años.

Ese tema va a afectar la carrera judicial sensiblemente, porque para mucha gente no va a ser un estímulo seguir ascendiendo en la carrera, va a congelar los salarios sensiblemente, es decir si ahora fijaran un salario global para mi puesto en tres millones de colones y mi salario es mayor a eso ¿qué va a pasar? Que va a quedar congelado. Algún día cuando ese global siga subiendo se va a equiparar, pero mientras tanto yo estoy congelado.

La Ley de empleo público tiene otra serie de contenidos, como temas de evaluación de desempeño, capacitación y otras, pero lo medular es el tema de salarios, los límites al salario y la fijación que es muy complicado. Hay otros campos que nos preocupan como el caso de los informáticos, los forenses, los policías donde nosotros gastamos en formación y que pueden trasladarse al sector privado. Hay mucho trabajo por hacer todavía y temas en los que hay que profundizar.

¿Qué mensaje final le podría dar a las personas funcionarias judiciales que están inquietos con esta situación?

Lo primero es que es un proceso que no podemos evitar, no podemos excluirnos de la ley, ya lo dijo la Sala Constitucional y lo establece la ley. Dos, que lo que estamos buscando los órganos técnicos es reducir los impactos, que la implementación de la ley no afecte la gestión de las personas servidoras judiciales, tres que hay una serie de espacios en que las personas servidoras judiciales tienen que proyectar en sus inquietudes, es importante un servidor judicial activo y proactivo, individual o colectivamente porque estamos en una época de cambios muy complejos. Es sano que la persona servidora judicial, participe se informe y proponga. Estamos dentro de un Estado social de derecho y es bueno debatir, cuestionar y estar bien informado.

*Personas que
colaboraron
en este número*

PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTA EDICIÓN

MSc. ADÁN CARMONA PÉREZ. 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 y coordinador de proyectos de cooperación internacional de la Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres del Poder Judicial. Correo electrónico: acarmonap@poder-judicial.go.cr

MSc. PATRICIA MÉNDEZ GÓMEZ. Máster en Administración de Justicia UNA, énfasis relaciones familiares. Jueza en el Juzgado Primero de Familia de San José. Correo electrónico: amendezg@poder-judicial.go.cr

MSc. HELLEN SEGURA GODÍNEZ. Máster en Administración de Justicia UNA, énfasis relaciones familiares. Abogada-notaria, con una carrera judicial de 18 años en cargos como Jueza contravencional, Tránsito penal, civil, laboral, violencia doméstica, pensiones, familia, penal en si todas las materias que abarca juez genérico. Correo electrónico:hsegura@poder-judicial.go.cr

MSc. WILLIAM BOLAÑOS GAMBOA. Licenciado en Derecho y máster en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica; abogado y notario público; máster en Derecho Notarial y Registral; docente universitario con más de 20 años de experiencia en derecho romano, notarial y registral; exmiembro del Consejo Superior Notarial de la Dirección Nacional de Notariado; exdirector de la Oficina Jurídica de la Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: wbolanosg@gmail.com

DR. ALEX ROJAS ORTEGA. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con diplomas en técnica legislativa y control parlamentario por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y el Congreso de los Diputados de España. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Escuela Libre de Derecho; especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla – La Mancha; juez del Tribunal Contencioso Administrativo; profesor universitario. Correo electrónico: arojaso@poder-judicial.go.cr

LIC. ALINA GUADAMUZ FLORES. Licenciada en Derecho; especialista en derecho comercial; estudiante de maestría académica en desarrollo sostenible en la Universidad de Costa Rica; docente de derecho ambiental en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología; asesora en el Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones de Costa Rica. Correo electrónico: alinaguadamuzflores@gmail.com

MSc. 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. CARLOS MORALES CHINCHILLA. Master en Administración de Justicia Penal, Enfoque Sociojurídico, Universidad Nacional de Costa Rica. Labora como Juez de Juicio Penal en el Poder Judicial de Costa Rica. Correo electrónico: carlmorach@yahoo.com

MSc. CARLOS ROBERTO RODRÍGUEZ SOLÍS. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla, España; máster en Administración de Justicia –enfoque socio jurídico- con énfasis en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica; especialidad en derecho penal por la Escuela Judicial “Édgar Cervantes Villalta”, Poder Judicial de Costa Rica; juez penal del Juzgado Penal de Turno Extraordinario de I Circuito Judicial de San José. Correo electrónico: _crodriguez@poder-judicial.go.cr

MSc. LAURA SÁNCHEZ SÁNCHEZ. Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. Master en Administración de Justicia de la Universidad Nacional, con enfoque sociojurídico, y con énfasis en la pena. Juez del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José. Amplia trayectoria como jueza de tránsito y en materia penal. Correo electrónico: lsanchezsa@poder-judicial.go.cr

MSc. MINOR SOTO FALLAS. Juez penal 4, Tribunal Penal de Desamparados. Máster en Administración de Justicia. Correo electrónico msotof@poder-judicial.go.cr

MSc. LISSETTE CÓRDOBA QUIRÓS. Jueza y máster en Administración de Justicia con énfasis en material civil. Correo electrónico: lcordobaq@poder-judicial.go.cr

MSc. ALEJANDRA VARGAS CRUZ. Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en materia civil por la Universidad Nacional de Costa Rica. Actualmente es jueza en el Tribunal Colegiado de Primera Instancia Civil del 1 Circuito Judicial de Alajuela. Email: _avargas@poder-judicial.go.cr

MSc. DALIA ISELA NÚÑEZ ALFARO. Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en materia civil por la Universidad Nacional de Costa Rica. Es jueza en el Juzgado de Violencia Doméstica de Turno Extraordinario del II Circuito Judicial de San José. Email: dnunez@poder-judicial.go.cr

MSc. YAMILETH ALVARADO MEJÍAS. Máster en Administración de Justicia, Enfoque Socio Jurídico, Énfasis en Área Penal de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Jueza penal de la República de Costa Rica. Correo electrónico: yalvarado02@yahoo.com

MSc. ETHEL CHINCHILLA SÁNCHEZ. Máster en Administración de Justicia, Enfoque Socio Jurídico, Énfasis en Área Penal de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Jueza penal de la República de Costa Rica. Correo electrónico: echinchilla@poder-judicial.go.cr

MSc. EMI LORENA GUEVARA GUEVARA. Máster en Administración de Justicia con énfasis en Derecho Civil; jueza 3 del Juzgado Civil y Laboral de Grecia. Correo electrónico institucional: eguevarag@poder-judicial.go.cr.

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.

A. ASPECTOS GENERALES

Se reciben artículos escritos en español y el archivo electrónico del artículo a evaluarse, debe ser remitido en versión Word o compatible (rtf) al correo electrónico **revistajudicial@poderjudicial.go.cr** de la Revista Judicial, con las siguientes características formales:

Deben presentarse los textos con interlineado 1.5

El tipo de letra utilizado debe ser times o times new roman 12.

El tamaño de la página (márgenes) será el utilizado en word tamaño carta. Los márgenes estándar que debe tener el papel de carta son los siguientes: Margen superior e inferior de 2,5 cm, Margen izquierdo y derecho de 3 cm

El artículo tendrá una extensión entre **15 y 30 páginas de texto**. Excepcionalmente se podrá publicar artículos de mayor extensión, pero deberá mediar una justificación de la dirección de la Revista ante el Consejo Editorial por dicha decisión

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).

La persona autora podrá elegir al momento de escribir su artículo entre el modelo Apa o Chicago (sistema notas al pie) según le resulte más cómodo; pero en **ninguna forma** podrá mezclar ambas normas.

B. FORMATO DEL ARTICULO

A. Partes del artículo:

- **Título:** claro y conciso.
- **Autor:** escribir el nombre completo sin títulos académicos y el correo electrónico
- **Resumen:** En un solo párrafo, se deben redactar el objetivo del trabajo y las conclusiones en menos de **120** palabras en letra times 11 minúscula. Debe ser claro y explicativo.
- **Palabras clave:** 5-7 palabras clave separadas por punto y coma.
- **Título:** en inglés
- **Abstract:** Debe ser exacto al resumen en inglés.
- **Keywords:** palabras clave en inglés.
- **Introducción**
- **Desarrollo**
- **Conclusiones**
- **Bibliografía**

EJEMPLO DE FORMATO

RESUMEN

Este artículo analiza dos pronunciamientos de la Sala Constitucional, donde se denota una solución del conflicto a partir del contenido con que se “lleen” las normas jurídicas, para mostrar que el ejercicio hermenéutico propio de la función jurisdiccional no tiene recetas, ni pautas unívocas, solo un sujeto que interpreta. Además, se defiende el “juicio” como punto de convergencia de factores técnicos, convicciones personales, “pre-juicios” y “pre-concepciones”; como el resultado de una exégesis favorablemente “viciada” por elementos ajenos a lo jurídico.

Palabras claves: Realismo jurídico / interpretación judicial / juez constitucional / concepto de familia / interpretación evolutiva / interpretación creativa.

ABSTRACT

This article analyzes two pronouncements by the Constitutional Court, providing a conflict solution based on the content that “fills” the legal rules, just to reflect that hermeneutic practice pertaining to the legal function has no recipes, no univocal patterns, but just one subject who judges. Furthermore, it defends “judicio” as the common ground of technical factors, personal convictions, “prejudice” and “pre-conceptions”, as a result of an interpretation of the law propitiously “flawed” by external non-juridical elements.

Keywords: Legal realism / judicial interpretation / constitutional judge family concept / evolutionary interpretation / creative interpretation

C. MODELO APA O CHICAGO

Al momento de escribir su artículo, la persona autora podrá elegir entre el modelo Apa o Chicago (sistema notas al pie) según le resulte más amigable; pero en **ninguna forma** podrá mezclar ambas normas.

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 evaluadoras dictaminarán sobre los siguientes aspectos:
- Un alto contenido académico.
- El aporte de tesis o conocimientos nuevos sobre el tema.

- Las afirmaciones respaldadas con argumentos, teoría o por investigación fáctica.
- La relevancia del trabajo en su campo.
- Un buen uso del idioma.
- Uso de lenguaje inclusivo.
- Una exposición clara.
- Una buena organización de las ideas.
- **El empleo de las normas de publicación de artículos científicos avaladas por el Consejo Editorial**

La recepción del artículo de las personas autoras postulantes, no implica el compromiso de publicación automática por parte de la Revista Judicial. El artículo deberá ser original e inédito. La persona autora deberá enviar conjuntamente con su trabajo la carta de presentación una pequeña reseña biográfica.