



**Poder Judicial**

**N° 137**

ISSN 2215-2385

# *Revista Judicial*



# REVISTA JUDICIAL

ISSN 2215-2385

N° 137

Junio 2024

## DIRECTORA

Licda. Ruth Alemán Sánchez

Revista Judicial. Escuela Judicial. Poder Judicial

## CONSEJO EDITORIAL

Licda. Rebeca Guardia Morales

*Directora a.i. de la Escuela Judicial*

MSc. Ileana Sánchez Navarro

*Jueza del Tribunal Contencioso Administrativo*

MSc. María Ester Brenes Villalobos

*Jueza contra la Violencia Doméstica, Heredia*

MSc. Raymond Porter Aguilar

*Juez del Tribunal Penal de San José*

Vacante

M.B.A. Xinia Fernández Vargas

*Secretaría Técnica de Género*

M.B.A. Magdalena Aguilar Álvarez

*Coordinadora Área de Servicios Técnicos de la  
Escuela Judicial*

## SUPLENTES

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*

MSc. Julieta Barboza Cordero

*Jueza Conciliadora, Centro de Conciliación*

Dra. Marcela Moreno Buján

*Docente universitaria. Facultad de Derecho,  
Universidad de Costa Rica*

MPs. Rafael León Hernández

*Secretaría Técnica de Ética y Valores*



## **REVISTA JUDICIAL**

**N°137**

**Fundada en 1976**

**ISSN: 2215-2385**

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

**Publicación semestral**

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

**DIRECTORA/EDITORIA**

Licda. Ruth Alemán Sánchez

**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**

<https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/revista-judicial>

**CORREO ELECTRÓNICO:**

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

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

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

# SUMARIO

<b>I. PRESENTACIÓN</b> .....	7
<b>II. ARTÍCULOS</b> .....	9
<b>REFORMAS DE GÉNERO EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE. POR EL RESPETO A LAS DIFERENCIAS</b> Dra. Ligia Jeannette Jiménez Zamora.....	11
<b>EL DECOMISO DE DROGAS DE USO NO AUTORIZADO QUE SON POSEÍDAS PARA EL CONSUMO PERSONAL</b> MSc. Álvaro Antonio Montoya Martínez .....	23
<b>EL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y SOCIEDAD ANÓNIMA (UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO REGISTRAL MERCANTIL)</b> MSc. Luis Eduardo Argüello Maradiaga .....	37
<b>TUTELA DEL DERECHO AL HONOR DE LAS PERSONAS SERVIDORAS PÚBLICAS</b> MSc. Adrián Molina Elizondo .....	61
<b>LA PLURALIDAD DE OBLIGACIONES DE DISTINTOS ACREEDORES COMO REQUISITO NECESARIO PARA LA APERTURA DEL CONCURSO</b> Dr. Farith Suárez Valverde.....	83
<b>FAMILIA DE CRIANZA, REALIDAD SOCIAL VISIBILIZADA EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE</b> MSc. Karla Leiva Canales .....	97
<b>EL COMISO DE PIEZAS ARQUEOLÓGICAS EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE</b> MSc. Paúl Fuentes Sing .....	113
<b>LA INFLUENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LOS PROCESOS JUDICIALES</b> MSc. Ana Carolina Lizano Salazar .....	125
<b>EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL ¿UNIDAD AXIOLÓGICA O COLECCIÓN HERMENÉUTICA?</b> MSc. Javier Madrigal Navarro.....	139

<b>EL LENGUAJE DE QUIENES JUZGAMOS DEBE SER INCLUSIVO Y NO DISCRIMINATORIO</b>	
MSc. Gabriela Morera Guerrero .....	153
<b>LA RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA GARANTÍA MOBILIARIA: UN ANÁLISIS DE DIEZ PRECEDENTES RELEVANTES</b>	
Dr. Luis Mariano Argüello Rojas .....	163
<b>III. ENTREVISTA .....</b>	<b>187</b>
<b>ENTREVISTA AL M.SC. RAYMOND PORTER AGUILAR</b>	
Consejo Editorial de la Escuela Judicial .....	189
<b>IV. RESEÑA DE LIBROS .....</b>	<b>197</b>
<b>V. PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO .....</b>	<b>201</b>
<b>VI. NORMAS DE PUBLICACIÓN .....</b>	<b>207</b>

---

# PRESENTACIÓN

La Escuela Judicial y la Dirección de su Revista agradecen profundamente la extraordinaria labor realizada por la Dra. Vilma Alpizar Matamoros, quien se comprometió por más de seis años en mantener activa una revista que, durante casi cinco décadas ha transmitido, a través de cada edición, las experiencias, las investigaciones y el conocimiento de personas profesionales que han decidido ser un eslabón para el mejoramiento de la Administración de Justicia.

Escribir es un acto de legado que requiere un compromiso de constante estudio, actualización y análisis. Es un súper poder que nos recuerda el antiguo adagio que indica: *“Un gran poder conlleva una gran responsabilidad”*.

En esta edición, podrán encontrar temas relacionados con derecho penal, comercial, registral, familiar y civil. Además, se expone el impacto de los medios de comunicación que, en muchas oportunidades, es invisibilizado en nuestro quehacer, así como la importancia de que el personal judicial se comprometa más allá de la cotidianidad laboral a implementar un lenguaje inclusivo y no discriminatorio.

Espero que esta edición al igual que las anteriores sea de su agrado y les invito a seguir escribiendo y formar parte de este legado que, sin duda, trascenderá generaciones.

**Licda. Ruth Alemán Sánchez**  
Directora





---



---

# *Articulos*

---



---



# REFORMAS DE GÉNERO EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE. POR EL RESPETO A LAS DIFERENCIAS

Dra. Ligia Jeannette Jiménez Zamora\*

## RESUMEN

Reconocer la heterogeneidad de las mujeres implica generar acciones afirmativas a favor de ellas. Sin duda, a nivel jurídico, involucra la promulgación de leyes, no solo que disminuyan penas, sino también que consideren las inequidades sociales, económicas, políticas y culturales en su aplicación. En Costa Rica, se han publicado varias reformas penales que, por su importancia a nivel de género y proporcionalidad, son trascendentales en la progresividad de los derechos humanos.

**Palabras claves:** derechos humanos, género, heterogeneidad, interseccionalidad, igualdad, mujeres.

## ABSTRACT

Recognizing the heterogeneity of women implies generating affirmative actions in their favor. Without a doubt, at a legal level, it involves the promulgation of laws, not only that reduce penalties, but also that consider social, economic, political and cultural inequities in their application. In Costa Rica, several penal reforms have been published that, due to their importance at the level of gender and proportionality, are transcendental in the progressivity of human rights.

**Keywords:** human rights, gender, heterogeneity, intersectionality, equality, women.

Aprobado: 10 de abril de 2024

---

\* Actualmente, se destaca como defensora pública. Es doctora en Derecho y máster en Derechos Humanos y en Administración de Justicia Enfoque Socio-Jurídico con énfasis en Administración de Justicia Penal. Está certificada como conciliadora y mediadora. Correos electrónicos: [jjabril03@hotmail.com](mailto:jjabril03@hotmail.com) y [ljimenez@poder-judicial.go.cr](mailto:ljimenez@poder-judicial.go.cr).

En la legislación costarricense, se conoce la existencia de normas con perspectiva de género que, sin duda, son notables. Sin embargo, en el derecho penal, han sido excepcionales, y su importancia reside en que están dirigidas a mujeres imputadas y sentenciadas, a quienes históricamente nunca se les había disminuido la sanción por ningún delito, lo que ha permitido cambios progresivos en términos de derechos humanos, no solo a nivel procesal, sino también penal.

### **El artículo 77 bis de la Ley 8204. Reforma de la Ley 9161**

La primera reforma penal en Costa Rica, que genera una mirada hacia la mujer considerando sus interseccionalidades, es la Ley 9161 del 13 de agosto de 2013, la cual entró en vigencia el 23 de septiembre de 2013 y adicionó el artículo 77 bis a la Ley 8204, denominada *Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento terrorismo*, para introducir la proporcionalidad y especificidad de género, siendo la primera norma penal que evidencia un cambio positivo, porque disminuye la pena con relación a un delito en particular, en una población específica: mujeres que introducen droga a centros penitenciarios.

Al respecto, el numeral indica:

*Artículo 77 bis. - La pena prevista en el artículo anterior será de tres a ocho años de prisión, cuando una mujer sea autora o participe en la introducción en establecimientos penitenciarios de sustancias tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y cumpla una o varias de las siguientes condiciones:*

- a) Se encuentre en condición de pobreza.*
- b) Sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad.*

*c) Tenga bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad, que amerite la dependencia de la persona que la tiene a su cargo.*

*d) Sea una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad.*

*En caso de que se determine alguna de las condiciones anteriores, el juez competente o el juez de ejecución de la pena podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta, en modalidad de detención domiciliaria, libertad asistida, centros de confianza, libertad restringida con dispositivos electrónicos no estigmatizantes o cualquier tipo de medida alternativa a la prisión". Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2013).*

Desde el punto de vista del derecho sustantivo, la norma penal representó un giro en la política criminal en materia de narcotráfico, al disminuir el monto de la sanción y brindar la posibilidad de otorgar el beneficio de ejecución condicional cuando corresponde, además de establecer la aplicación de penas sustitutivas a la privación de libertad. En este aspecto, es básico considerar que varió tanto la pena mínima de 8 a 3 años, como el *quantum* máximo de 20 a 8 años de prisión.

Desde un punto de vista del derecho procesal, la reforma les representó la posibilidad a quienes son imputadas por este delito, de acogerse a la medida alterna al juicio, de la suspensión del proceso a prueba, así como a procedimientos abreviados más beneficiosos que incluso pueden implicar la libertad. Además, actualmente puede aplicarse la metodología de justicia restaurativa como una respuesta más acorde a las realidades de cada mujer.

El análisis que se realiza del concepto de mujer, desde la perspectiva del género, implica un abanico de interpretaciones, lo que se complementa con los términos de condición de pobreza, jefatura en condición de vulnerabilidad, personas menores

dependientes, personas con cualquier tipo de discapacidad que amerite dependencia y personas adultas mayores con condiciones o situaciones de vulnerabilidad, todo desde una mirada de los derechos humanos, pues la práctica judicial los considera en muchas oportunidades con una visión limitada que afecta su aplicación, ya que, en último caso, será la persona juzgadora la que hace la interpretación.

Sumado a lo anterior, el estudio jurídico penal del artículo permitió concluir que se podría estar ante una norma penal en blanco, a partir de lo establecido en su último párrafo, ya que admitió una interpretación amplia a favor de las mujeres, pues incluía sanciones que no estaban en el Código Penal, y otras que podían integrarse a través de la frase “cualquier tipo de medida alternativa a la prisión” a partir de lo establecido en las Reglas de Brasilia, las Reglas de Tokio y las Reglas de Bangkok.

El impacto que causó a nivel de género y proporcionalidad, y el beneficio que trasciende el nivel personal para afectar el familiar, el social y el cultural nos permiten pensar en las acciones afirmativas que se enumeran a la luz de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), ratificada en la Ley 6968 del 2 de octubre de 1984, así como en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994), publicada en Costa Rica mediante la Ley 7499 del 2 de mayo de 1995.

### **Principales leyes posteriores a la Ley 9161 que tienen relación con mujeres y con su (re) inserción social**

Las principales normas que se emitieron luego de la reforma de la Ley 9161, es decir, de la promulgación del artículo 77 bis de la Ley 8204

y que tienen una relación directa con esta, ya sea porque se complementan o porque tienen un enfoque de género en materia penal son las siguientes:

#### **El numeral 11 de la Ley de Registro y Archivos Judiciales, Ley 9361**

En su redacción original, el artículo 11 de la Ley de Registro y Archivos Judiciales indicaba:

*Artículo 11.- El jefe del Registro cancelará los asientos de los convictos, cuando transcurrieren diez años desde el cumplimiento de la condena sin efectuarse nueva inscripción. Asamblea Legislativa de Costa Rica (1992).*

De tal forma, se cancelaban los asientos de Registro una vez que transcurrieran diez (10) años después del cumplimiento de la pena. En el caso de que una persona cometiera delito antes del transcurso de los 10 años de cumplida la sanción y resultara condenada, se le mantenía el asiento anterior y se le agregaba el nuevo, de forma tal que la caducidad de los diez años era interminable para el caso de personas que cometían varios delitos.

Además, podía haber penas de tres o seis meses que permanecían inscritas por diez años, lo cual perjudicaba, entre otros derechos, el del trabajo. Incluso delitos como una violación de domicilio o un hurto simple permanecían en el tiempo y estereotipaban como delincuente a una persona a través del tiempo.

La Ley 6723, Ley de Registro y Archivos Judiciales, fue objeto de una reforma importante mediante la Ley 9361 del 16 de junio de 2016, la cual fue publicada en *La Gaceta* 135 del 13 de julio de 2016 y generó una caducidad escalonada en el siguiente sentido:

Artículo Único. - Se reforma el artículo 11 de la Ley N. 6723, Ley del Registro y Archivos Judiciales, de 10 de marzo de 1982. El texto dirá:

*Artículo 11.- El Registro Judicial cancelará los asientos de las personas sentenciadas luego del cumplimiento de la pena, atendiendo los siguientes parámetros:*

- a) Inmediatamente después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea inferior a tres años o por delitos culposos.*
- b) Un año después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea entre tres y cinco años.*
- c) Tres años después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea entre cinco y diez años.*
- d) Cinco años después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea de diez años en adelante.*
- e) Diez años después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea por delitos tramitados bajo el procedimiento especial de crimen organizado, según el artículo 2 de la Ley N. 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada, terrorismo, delitos sexuales contra menores de edad, homicidio calificado, feminicidio y delitos contra los deberes de la función pública.*
- f) En los casos de delitos cometidos por una persona en condición de vulnerabilidad y con familiares dependientes, el juez o la jueza de ejecución de la pena valorará la cancelación de los asientos una vez cumplida la pena impuesta, con excepción de los delitos tramitados o bajo la tramitación del procedimiento especial de crimen organizado, según los términos de la Ley contrala delincuencia organizada, terrorismo, delitos sexuales contra menores de edad, homicidio calificado, feminicidio y delitos contra los deberes de la función pública.*

*Si la solicitud de certificación de juzgamientos se hace para fines laborales, de conformidad con los incisos e) y ñ) del artículo 13 de esta ley, el Registro Judicial de Delinquentes del Poder Judicial únicamente consignará en dicha certificación las existencias de los juzgamientos referidos en el inciso e) del presente artículo. Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2016).*

Antes de la reforma del numeral 77 bis de la Ley 8204, las mujeres que introducían droga a centros penitenciarios debían descontar una pena de 8 a 20 años de prisión, de forma tal que la pena mínima que debían permanecer privadas de libertad era de ocho años por ese delito. Incluso, si aceptaban un procedimiento especial abreviado, la pena mínima era por cinco años y cuatro meses y, en el mejor de los casos, debían esperar 10 años después de cumplida la pena para que su hoja de delincuencia estuviera “limpia” o sin anotaciones.

Lo anterior provocaba que, a través del tiempo, se siguiera considerando a la mujer como una delincuente, pues no era suficiente con haber cumplido la pena, era necesario que por diez años una certificación recordara que había delinuido, sin derecho al olvido, lo que, sin duda, afectaba a las personas, sus familias y la posibilidad de (re) insertarse en una sociedad cada vez más heterogénea.

En este sentido, como se ha indicado, se requiere un enfoque desde los derechos humanos y, desde este, se está de acuerdo con el párrafo final del artículo de Molina y Cortés (2017), en el que indican que resulta necesario que las reformas legales sigan acompañadas de programas de integración social y laboral, tanto durante la ejecución de la pena, como posterior a esta, atendiendo las necesidades de cada persona en particular y tomando en cuenta los enfoques de

género, generacional y cultural, produciendo respuestas articuladas de instituciones, organizaciones de la sociedad civil y otros actores que brinden las oportunidades y herramientas necesarias para mejorar su condición de vida a largo plazo y que trasciendan a sus familias, la comunidad y la sociedad en general (s. p.)

Esta reforma de ley constituye una acción para prevenir la discriminación social de las personas que tienen procesos penales y que resultan condenadas, de tal forma que los plazos de cancelación de los asientos judiciales de las certificaciones “las hojas de delincuencia” tengan relación directa con los montos de las sanciones impuestas para los delitos, y que haya incluso razones políticas y jurídicas para cancelar o mantener un asiento, justamente en relación con la gravedad del hecho y su proporcionalidad con respecto a la pena.

Posterior a la reforma del numeral 11 de la Ley de Registro y Archivos Judiciales, pueden ocurrir varias situaciones que, sin duda, ayudan a una inserción social de las mujeres sentenciadas por introducción de droga a centros penitenciarios, según la reforma penal que redujo los montos de la sanción. Algunos efectos positivos son los siguientes:

1. Si se le impone una pena menor de tres años de prisión por la aplicación del procedimiento especial abreviado que permite el rebajo de hasta un tercio del mínimo legal tipificado para el delito de introducción de drogas, serían dos años de prisión que admiten que, aun con el beneficio de ejecución de la pena, una vez cumplido este, se cancele de forma inmediata el asiento. Lo mismo pasaría incluso cuando se dan penas sustitutivas.
2. Otro aspecto es que ya no hay dependencia entre la cancelación de los asientos de las

sanciones, sino que se cancela de forma individual, por lo menos, según se deriva de la lectura de la norma.

3. Las causas acumuladas en un solo proceso penal por introducción de droga a centro penitenciario generarían una sola sanción, por lo que habría que esperar de un año o tres años, dependiendo del caso y de la o las sanciones impuestas. Sin embargo, es poco si se compara con lo señalado en el artículo 11 antes de la reforma de ley.
4. Permite el acceso a una mayor cantidad de medidas alternas, entre ellas, suspensiones del proceso a prueba y, en otros delitos, reparaciones integrales del daño y conciliaciones.
5. El inciso f) del numeral 11 se considera del todo novedoso y, sin duda, refleja una perspectiva de género y de humanidad ante dos situaciones claves que se pueden determinar a través de pericias sociales u otros elementos probatorios y en el caso de las mujeres y de muchos de los hombres sentenciados por infracción al numeral 77 bis u otros delitos. Según se expone en la norma, habría que realizar el trámite ante el juzgado de ejecución de la pena.

*f) En los casos de delitos cometidos por una persona en condición de vulnerabilidad y con familiares dependientes, el juez o la jueza de ejecución de la pena valorará la cancelación de los asientos una vez cumplida la pena impuesta, con excepción de los delitos tramitados o bajo la tramitación del procedimiento especial de crimen organizado, según los términos de la Ley contra la delincuencia organizada, terrorismo, delitos sexuales contra menores de edad, homicidio calificado,*

*feminicidio y delitos contra los deberes de la función pública [...]. (La cursiva no es del original).*

6. Permite que se emitan certificaciones de juzgamientos para fines laborales, sin indicar ningún asiento delictivo, con una única excepción en el inciso e) para las cuales sí se debe indicar el delito:

*e) Diez años después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea por delitos tramitados bajo el procedimiento especial de crimen organizado, según el artículo 2 de la Ley N.º 8754, Ley contra la delincuencia organizada, terrorismo, delitos sexuales contra menores de edad, homicidio calificado, feminicidio y delitos contra los deberes de la función pública.*

Antes de publicarse este artículo, hubo una nueva reforma mediante la Ley 10453, el 4 de marzo de 2024, por lo que se incluye esta, ya que, sin duda, las políticas represivas se imponen nuevamente. Es así como, mediante el artículo único de la Ley para Fortalecer el Registro Judicial, se modifica el numeral 11 de la Ley de Registro y Archivos Judiciales, leyéndose actualmente:

*Artículo 11- El Registro Judicial cancelará los asientos de las personas sentenciadas luego del cumplimiento de la pena, atendiendo los siguientes parámetros:*

- a) Inmediatamente después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea de días multa.*  
*b) Cuando la pena sea inferior a tres años, la cancelación de los asientos se efectuará cuando transcurra el mismo plazo de la pena señalada en la sentencia condenatoria.*  
*c) Tres años después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea entre tres y cinco años y en delitos culposos.*

*d) Cinco años después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea entre cinco y no mayor a diez años.*

*e) Diez años después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea igual o mayor a diez años. Igual plazo deberá transcurrir cuando sea por delitos tramitados bajo el procedimiento especial de crimen organizado, terrorismo, delitos sexuales contra menores de edad, homicidio calificado, feminicidio y delitos contra los deberes de la función pública.*

*f) En los casos de delitos cometidos por una persona en condición de vulnerabilidad y con familiares dependientes, el juez o la jueza de ejecución de la pena valorará la cancelación de los asientos, una vez cumplida la pena impuesta, con excepción de los delitos tramitados o bajo la tramitación del procedimiento especial de crimen organizado, terrorismo, delitos sexuales contra menores de edad, homicidio calificado, feminicidio y delitos contra los deberes de la función pública.*

*Si la solicitud de certificación de juzgamiento se hace para fines laborales, de conformidad con los incisos e) y ñ) del artículo 13 de esta ley, el Registro Judicial de Delincuentes del Poder Judicial consignará, en dicha certificación, las existencias de los juzgamientos vigentes referidos en los incisos d), e) y f) del presente artículo.*

Entre las variaciones más significativas, se encuentran las siguientes:

1. Se anota en el Registro Judicial la pena de multa que anteriormente no se inscribía.
2. Se aumenta el plazo de la cancelación de los asientos para penas más bajas que en la reforma anterior.



3. En delitos culposos, se realiza la cancelación del asiento tres años después de cumplida la condena impuesta.
4. El inciso f) se mantiene igual.
5. Se establece que, en la emisión de certificaciones de juzgamientos para fines laborales, se consigne la existencia de estos, refiriéndose a lo dispuesto en los incisos d), e) y f) del artículo 11 de la Ley de Registro y Archivos Judiciales.

Por tanto, es necesario que se establezca la condición de vulnerabilidad de las mujeres, así como que tengan familiares dependientes, para que la persona juzgadora en ejecución de la pena valore la cancelación del asiento una vez cumplida la sanción; de lo contrario, se mantendrán los asientos según lo dispuesto en los incisos a) al e) de este artículo. Lo anterior tiene repercusión en la aplicación de las medidas alternativas, así como en justicia restaurativa y la posibilidad de negociar e imponer penas alternativas.

Sumado a lo expuesto, véase el efecto directo en las certificaciones de juzgamientos para fines laborales, pues se anotarán ahora los asientos por cinco años, a partir del cumplimiento de la sanción mayor a cinco años.

### **Reforma del artículo 56 bis de la Ley 4573, Código Penal de 1970, Ley 9525**

Mediante la Ley 9525, publicada en *La Gaceta* 74, el 27 de abril de 2018, la cual empezó a regir un mes después, el 27 de mayo de 2018, se estableció lo siguiente:

*Artículo Único - Se reforma el artículo 56 bis de la Ley N.º 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970. El texto es el siguiente:  
Artículo 56 bis- Prestación de servicios de utilidad pública. La prestación de servicios de utilidad pública consiste en el*

*servicio gratuito con fines comunitarios y socioeducativos que ha de prestar la persona condenada a favor de las instituciones públicas y las asociaciones o fundaciones que conformen la red creada para los efectos del cumplimiento de este artículo. Puede imponerse como pena principal o, en su defecto, como pena sustitutiva a la prisión, cuando se cumplan los requisitos de este artículo.*

*El Ministerio de Justicia y Paz promoverá la articulación de redes institucionales y con la sociedad civil para garantizar el control, el seguimiento y la disponibilidad de lugares donde se podrán realizar los servicios de utilidad pública. Asimismo, llevará un registro de las entidades autorizadas para tales efectos y lo informará periódicamente al Poder Judicial. En caso de que estas favorezcan el incumplimiento de la pena o dificulten el control de su ejecución, serán excluidas de la red de beneficiarios del servicio de utilidad pública y del registro. En caso de haber sido impuesta una pena de prisión, y cuando no proceda la ejecución condicional de la pena, el tribunal sentenciador podrá reemplazarla por la prestación de servicios de utilidad pública, cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

- a) Que la pena de prisión impuesta no sea superior a cinco años.*
- b) Que en la comisión del delito no se hayan utilizado armas en sentido propio, a excepción de lo dispuesto en la Ley N.º 7530, Ley de Armas y Explosivos, de 10 de julio de 1995.*
- c) Que la comisión del delito no se haya realizado con grave violencia física sobre la víctima.*
- d) Que el sentenciado no tenga antecedentes penales por delitos dolosos con pena superior a seis meses.*

e) *Que no se trate de delitos tramitados con procedimiento de crimen organizado, delitos contra los deberes de la función pública, delitos sexuales, homicidio doloso o feminicidio.*

f) *Que la persona sentenciada tenga la disposición de restaurar el daño causado a la víctima o comunidad, a través del trabajo de utilidad pública para fines socioeducativos o comunitarios, la voluntad de continuar un proyecto de vida al margen del delito y el compromiso de ajustarse a las condiciones que impongan la autoridad judicial y penitenciaria para el cumplimiento.*

*El servicio se prestará por la cantidad de horas y dentro del plazo que determine el juez de sentencia, considerando el daño causado y las circunstancias personales de la persona condenada. Esta pena no podrá ser superior a mil horas por año.*

*Corresponderá a la autoridad penitenciaria, a través del programa en comunidad, definir el lugar, el horario y el plan de cumplimiento, sin interferir con la jornada laboral o educativa de la persona condenada. Además, deberá informar trimestralmente, al juzgado de ejecución de la pena, sobre el cumplimiento de la sanción.*

*En caso de presentar algún incumplimiento, la autoridad penitenciaria lo informará de manera inmediata al juzgado de ejecución de la pena, quien dará audiencia por cinco días a la defensa y al Ministerio Público, y convocará a vista oral. Contra lo resuelto cabrá apelación con efecto suspensivo, en el plazo de cinco días, ante el tribunal sentenciador. El incumplimiento injustificado en la prestación del servicio facultará al juzgado de ejecución de la pena a revocarla, con lo cual el sentenciado deberá cumplir la pena de prisión originalmente impuesta. Para tales*

*efectos, cada ocho horas de prestación de servicio de utilidad pública equivale a un día de prisión. Asamblea Legislativa de Costa Rica (2018 a).*

En este caso, se está reformando el artículo 56 bis, el cual ya existía, pero los cambios tratan de incorporar de una forma más amplia el principio resocializador, humanista y de proporcionalidad de la pena. Lo siguiente es de gran importancia:

1. Es una pena principal y/o una pena sustitutiva que consiste en el servicio gratuito con fines comunitarios y socioeducativos.
2. El tribunal sentenciador podrá reemplazar la pena de prisión por la prestación de servicios de utilidad pública, cuando no proceda el beneficio de ejecución condicional de la pena, pero cuando la sanción de prisión impuesta no sea superior a cinco años; en el delito, no se hayan utilizado armas en sentido propio; el delito no se haya realizado con grave violencia física sobre la víctima; la persona sentenciada no tenga antecedentes penales por delitos dolosos con pena superior a seis meses; no se trate de delitos tramitados con procedimiento de crimen organizado, delitos contra los deberes de la función pública, delitos sexuales, homicidio doloso o feminicidio; y cuando la persona sentenciada tenga la disposición de restaurar el daño causado a la víctima o comunidad.
3. Permite su imposición fijándose como pena principal o sustitutiva hasta por cinco años. Es decir, permite mayor aplicación que lo estipulado a nivel penal para otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena, el cual son tres años, lo que genera un margen mayor

para delitos, entre ellos: robos agravados sin uso de arma en sentido propio u otros delitos establecidos en leyes especiales y en el Código Penal.

Sin lugar a duda, la ampliación de las posibilidades para aplicar este tipo de sanción, ya sea como pena principal o como pena sustitutiva a la principal, evita que muchas personas, entre ellas mujeres, ingresen al programa institucional dentro del sistema penitenciario, siendo una manera de (re) inserción social.

### **La Ley de Justicia Restaurativa, Ley 9582**

La Ley 9582 se publicó en *La Gaceta* del 20 de julio de 2018 y entró a regir seis meses después; es decir, el 20 de enero de 2019. Así, en el numeral 14 de la Ley de Justicia Restaurativa, la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (2018) estipuló:

#### *ARTÍCULO 14- Procedencia en materia penal*

*El procedimiento de justicia restaurativa procederá a solicitud del Ministerio Público, la Defensa Técnica, la autoridad jurisdiccional, la policía administrativa, la policía judicial, la víctima y la persona ofensora, quienes podrán remitir la causa penal ordinaria y la causa del procedimiento de flagrancia a la respectiva oficina de justicia restaurativa, la cual podrá tramitarse por esta vía en una sola oportunidad en cualquier etapa del proceso penal, conforme a los siguientes criterios:*

*a) En la etapa preparatoria e intermedia, cuando proceda la conciliación, la reparación integral del daño y la suspensión del proceso a prueba.*

*[...] c) En la etapa de juicio, en el procedimiento ordinario y especial de flagrancia, únicamente para la*

*determinación judicial de la pena, en los casos cuando proceda el beneficio de ejecución condicional o en aquellos supuestos en que se defina una pena alternativa no privativa de libertad; para esto deberá realizarse el juzgamiento en dos fases, con el fin de que en la primera se discuta lo concerniente a la existencia de la culpabilidad y, en la segunda, la determinación de la pena conforme al procedimiento restaurativo, que deberá solicitarse antes de la apertura a juicio, a solicitud de la persona ofensora.*

*Quedan excluidos de la aplicación del procedimiento de justicia restaurativa los delitos de carácter sexual, los delitos sancionados en la Ley N. 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres, de 25 de abril de 2007, excepto aquellos de carácter patrimonial, cuando no exista violencia contra las personas y aquellos originados en situaciones de violencia doméstica o intrafamiliar contenidos en el Código Penal, las infracciones penales a la Ley N.º 7786, Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo, de 30 de abril de 1988, y sus reformas, así como lo relacionado con el crimen organizado y trata de personas, a excepción del artículo 77 bis regulado en la Ley N.º 7786, así como cualquier otra condición de vulnerabilidad que establezca la legislación nacional que permita la aplicación del procedimiento de justicia restaurativa (el subrayado y la cursiva no son del original). Asamblea Legislativa de Costa Rica (2016 b).*

Después de analizar el marco legal nacional, queda claro que esta reforma de ley incluye de manera directa el delito de introducción de drogas a centros penitenciarios cometido por mujeres, ya

sea como autoras, cómplices o instigadoras, por lo que, como instrumento y metodología en los procesos penales, es de uso necesario y adecuado, siempre que se utilice con perspectiva cultural, intergeneracional y de género.

Sumado a lo anterior, los principios rectores de justicia restaurativa encajan de manera prioritaria con mujeres y personas con factores de vulnerabilidad: “*así como cualquier otra condición de vulnerabilidad que establezca la legislación nacional que permita la aplicación del procedimiento de justicia restaurativa*”.

Los numerales 71 y 72 del Código Penal establecen condiciones y factores de vulnerabilidad para las mujeres que se amplían más allá de lo establecido en el numeral 77 bis de la Ley 8204, para cualquier delito cometido por mujeres como se verá a continuación.

### **Reforma de los artículos 71 y 72 de la Ley 4573 del Código Penal del 4 de mayo de 1970**

Mediante la Ley 9628 publicada en el diario *La Gaceta* 11, el 16 de enero de 2019, entró a regir la modificación de los artículos 71 y 72 de la Ley 4573 del Código Penal. La promulgación de esta norma es un avance significativo que lleva a pensar en lo señalado por Elena Larrauri (2009):

*Quizá lo que se necesite sea que los juristas críticos elaboren en cada ámbito- desde la tentativa hasta los delitos de omisión- una dogmática pena mínima. O la elaboración de un “derecho penal reflexivo”- a la Teubner- que formalice y garantice el cómo, pero que no determine el qué, esto es estudiar cómo sería un derecho penal “no asignado para administrar respuestas sustantivas sino para asegurar la autorregulación social (p. 230).*

En dicho sentido, la Asamblea Legislativa (2019) determinó lo siguiente:

*Modificación de los artículos 71 y 72 de la Ley 4573, Código Penal, del Código Penal, del 4 de mayo de mayo de 1970.*

*ARTÍCULO 1- Adición del inciso g) al artículo 71 de la Ley N.º 4573, Código Penal.*

*Se adiciona el inciso g) al artículo 71 de la Ley N.º 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970. El texto es el siguiente:*

*Modo de fijación Artículo 71*

*[...]*

*f) Que la persona sentenciada sea una mujer que se encuentre en estado de vulnerabilidad, por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y la manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género, cuando ese estado haya influido en la comisión del hecho punible.*

*ARTÍCULO 2- Reforma del artículo 72 de la Ley N.º 4573, Código Penal. Se reforma el artículo 72 de la Ley N.º 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970. El texto es el siguiente:*

*Concurrencia de atenuantes y agravantes Artículo 72- Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho punible, el juez las apreciará por su número e importancia, de acuerdo con el artículo anterior. Cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el inciso g) del artículo anterior y la mujer sentenciada no tenga antecedentes penales, el tribunal de juicio podrá disminuir la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal (artículo 71 y 72).*

Se considera que esta reforma de ley, dirigida a todas las mujeres que se encuentran sentenciadas y con procesos penales pendientes, es, sin duda, casi por encima de la reforma del numeral 77 bis de la Ley 8204, un logro jurídico, político, social

y cultural que reivindica el reconocimiento de interseccionalidades y la necesidad de brindar un abordaje integral en la imposición de posibles sanciones que, vista y leída desde los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, es un avance en temas de género para las mujeres y claramente las trasciende hacia sus familias y la sociedad en general.

### **Del análisis de la reforma del artículo 71 y 72 del Código Penal, se puede considerar:**

1. Valora las condiciones, situaciones o factores de vulnerabilidad desde cuatro frentes: la pobreza, el cuidado y manutención de familiares dependientes, la discapacidad y por ser víctima de violencia de género, señalando que esto ha influenciado en la comisión de hecho delictivo. En la mayoría de los casos es así, pues es a partir de las realidades sociales y estructurales de las personas que se generan los delitos, y deben leerse desde un universo amplio donde este es producto de un contexto anterior.

Así, al sistema penal, se incorporan fórmulas legales que visibilizan las diferencias estructurales de las mujeres en la sociedad, evidenciando la desventaja que históricamente han sufrido para intentar que, al ser sancionadas, no reproduzcan los paradigmas patriarcales que se han construido en su detrimento. Esta reforma posibilita ejecutar compromisos de derechos humanos, pero sobre todo ejecutar una ley para quienes la necesitan: las mujeres.

2. El numeral 72 les da la posibilidad a las personas juzgadoras de imponer una sanción por debajo del mínimo penal, siempre y cuando la persona imputada no tenga antecedentes penales, y aquí debe valorarse la importancia de la modificación del numeral 11 de la Ley de Registro y

Archivo Judicial citado *ut supra*, pues el hecho de que los asientos de archivo se cancelen, según lo previsto, admite no solo la posibilidad de prestación de servicios de utilidad pública y otras medidas alternas, tales como la suspensión del proceso a prueba, la conciliación o reparación integral del daño, sino también les concede a las personas juzgadoras la valoración para que puedan imponer sanciones por debajo al mínimo legal de cada delito que, en algunas oportunidades, les permitirán no ingresar a la cárcel y, en otras, optar por penas sustitutivas a la prisión o medidas alternas, o bien, la aplicación de la justicia restaurativa.

3. Esta norma es valorada para todos los delitos cometidos por mujeres, incluyendo las que introducen droga en centros penales, aunque para este último delito, según el artículo 77 bis de la Ley 8204, no se requiere tener limpios los antecedentes.

Esta reforma legal se trata de un mandato que contribuye con la igualdad social, económica y de género, involucra a los hijos e hijas, a las madres, las “otras”.

En un proceso penal, el gran trabajo en la aplicación de este tipo de normas es de todas las partes para conocerlas, asumirlas y aplicarlas, considerando la disminución de la pena, las medidas alternas, la sustitución de sanciones, integrando al proceso varios tipos de pericias sociales, psicosociales, psicológicas, culturales, psiquiátricas, dependiendo del análisis interseccional que deba realizarse a cada mujer. Además, se trata de la sensibilización y capacitación de todas las personas funcionarias judiciales al brindar atención administrativa, valorar prueba y realizar una sentencia, aplicar la normativa de los derechos humanos y asumir su progresividad.

De esta forma, se genera una mirada diferenciada para la tramitación y el juzgamiento de las mujeres, y así hacer efectivos los principios de dignidad humana y de igualdad, reconociendo heterogeneidades y revisando interseccionalidades.

## Referencias bibliográficas

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (15 de noviembre de 1970). Código Penal. Ley 4573. *La Gaceta* 257. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (13 de julio de 2016). Ley 6723. Ley de Registro y Archivos Judiciales del 10 de marzo de 1982. Reforma por Sala Constitucional 1438-92 de las quince horas del dos de junio de 1992. Reformada por Ley 9361. *La Gaceta* 135. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (4 de junio de 1996). Código Procesal Penal. Ley 7594. *La Gaceta* 106. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (11 de enero de 2002). Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. Ley 8204. *La Gaceta*. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (23 de septiembre de 2013). Reforma a la Ley N.º 8204 “Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo” para introducir la proporcionalidad y especificidad de género. Ley 9161. *La Gaceta* 182. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (13 de julio de 2016). Ley 9361. Reforma del artículo 11 de la Ley 6723. Ley de Registro y Archivos Judiciales del 10 de marzo de 1982 y sus reformas. *La Gaceta* 135. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (27 de abril de 2018 a). Ley 9525. Reforma Código Penal. *La Gaceta* 74. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (20 de julio de 2018 b). Ley 9582. Ley de Justicia Restaurativa. *La Gaceta* 132. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (16 de enero de 2019). Modificación de los artículos 71 y 72 de la Ley 4573, Código Penal. Ley 9628. *La Gaceta* 11. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (4 de marzo de 2024). Ley 10453. Ley para Fortalecer el Registro Judicial. Reforma del artículo 11 de la Ley de Registro y Archivos Judiciales del 10 de marzo de 1982. *La Gaceta* 45. San José, Costa Rica.

Larrauri, E. (2009 b). *La herencia de la criminología crítica*. Segunda edición. México: Siglo XXI Editores.

Jiménez, L. (2021). *Mujeres que introducen drogas en centros penitenciarios: valoración de las repercusiones sociales y jurídicas del artículo 77 Bis de la Ley 8204 en Costa Rica, 2013-2019*. Tesis de doctorado en Derecho. Universidad Estatal a Distancia. Costa Rica.

Molina, Z. y Cortés, E. (2017). *La reforma de antecedentes penales en Costa Rica: Un paso hacia la proporcionalidad e inserción social y laboral de las mujeres en conflicto con la Ley Penal*. Asociación Costarricense para el Estudio e Intervención en Drogas. En ACEID y WOLA. <https://www.wola.org/es/analisis/la-reforma-de-antecedentespenales-en-costarica-un-paso-hacia-la-proporcionalidad-e-insercion-social-y-laboralde-las-mujeres-en-conflicto-con-la-ley-penal/>. Recuperado 24 de mayo de 2019. No tiene número de páginas.

# EL DECOMISO DE DROGAS DE USO NO AUTORIZADO QUE SON POSEÍDAS PARA EL CONSUMO PERSONAL

MSc. Álvaro Antonio Montoya Martínez\*

## RESUMEN

El consumo de drogas de uso no autorizado es un fenómeno con mucha historia, pero, en nuestra sociedad, cada vez es más frecuente observar a personas consumiendo esas sustancias en la vía pública o en lugares públicos, por lo cual frecuentemente la Policía administrativa y las policías municipales realizan secuestros de esas sustancias a sus poseedores. En este artículo, se analizará la legalidad de esas actuaciones policiales.

**Palabras claves:** Posesión, consumo, drogas de uso no autorizado, estupefacientes, psicotrópicos, salud, orden público.

## ABSTRACT

The consumption of unauthorized drugs is a phenomenon with a long history, but in our society, it is increasingly common to observe people consuming these substances on public roads or in public places, for which reason the administrative police and municipal police frequently carry out seizures of these substances from their owners. This article will analyze the legality of these police actions.

**Keywords:** Possession, consumption, unauthorized use drugs, narcotics, psychotropics, public order.

Aprobado: 10 de abril de 2024

---

\* En la actualidad, se destaca como fiscal adjunto de la Unidad de Trámite Rápido de la Fiscalía de Turno Extraordinario y de la Fiscalía de Flagrancias del Primer Circuito Judicial de San José. Correo electrónico: [amontoyam@poder-judicial.go.cr](mailto:amontoyam@poder-judicial.go.cr).

## INTRODUCCIÓN

Un tema de discusión jurídica que se ha dado en nuestro país es si los cuerpos policiales tienen legitimidad para secuestrar drogas de uso no autorizado que están en posesión de personas que las consumen.

Algunos sectores consideran que, como el consumo de drogas de uso no autorizado no es un delito en nuestro país, la Policía no tiene autorización para decomisar esas sustancias en la vía pública o en áreas públicas, ni cuando se hace un operativo de allanamiento, y esas sustancias están en la morada de alguna persona que las tiene para su consumo, o cuando se registra un vehículo y se encuentran esas drogas en poder de personas que supuestamente las tienen para consumirlas.

En otra dirección, existen posiciones que consideran que, por ser esas sustancias de uso no autorizado legalmente, aunque sean para el consumo personal y esa posesión no constituya un delito, es deber de los cuerpos policiales y de las autoridades públicas secuestrar esas sustancias para presentarlas ante el Ministerio Público, y que ese órgano decida si amerita iniciarse una causa penal y enviar las sustancias al laboratorio forense o, en caso contrario, remitir las sustancias al Organismo de Investigación Judicial para su destrucción, procedimiento que está regulado en las Instrucciones Generales 02/2010 y 01/2011 de la Fiscalía General de la República.

En el presente artículo, se analizarán la normativa nacional y la internacional ligadas al tema para dilucidar cuál es la solución jurídica que se debe dar a la situación indicada.

### Desarrollo

Desde hace años, en nuestro país, existe una importante discusión legal sobre si el consumo de drogas de uso no autorizado es legal o ilegal y si

es posible amparar legalmente la tenencia de ese tipo de sustancias con fines de consumo personal. También se ha cuestionado si los cuerpos policiales pueden secuestrar esas sustancias o no cuando, según las circunstancias o la persona poseedora de esas drogas, estas se poseen para el consumo personal.

Lo cierto del caso es que, en las últimas décadas, ha aumentado el tráfico internacional de drogas de uso no autorizadas a través del territorio nacional, de nuestros mares y por aire, y parte de esas sustancias se quedan en nuestro país, lo cual ha incidido en el aumento del consumo de esas sustancias en nuestro país.

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Drogas 2015, elaborada por el Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia, el uso de la marihuana, la cocaína y del *crack* ha aumentado en forma paulatina desde 1990 hasta el 2015.

El consumo de ciertas drogas de uso no autorizado, al igual que el consumo de licor, puede ser controlado por las personas consumidoras para no depender de esas sustancias. Pero la realidad nos muestra que existen tanto la drogadicción como el alcoholismo, y que esas enfermedades están ligadas a importantes problemas de salud, familiares, sociales, económicos, laborales, de violencia doméstica, delictivos, entre otros.

Como en nuestro país no están permitidos legalmente el consumo de drogas de uso no autorizado ni su tenencia para esos fines, tampoco están reguladas las cantidades de drogas que una persona puede tener para su consumo. Por lo anterior, dependiendo de las cantidades de drogas y de las circunstancias en que la Policía encuentra a una persona en posesión de esas sustancias, se podrá concluir si la posesión es para el autoconsumo u otros fines.



Lo anterior les ha servido a las personas vendedoras de drogas de uso no autorizado como estrategia para portar pequeñas cantidades de droga (tráfico hormiga) en caso de que la Policía las descubra, y así pueden alegar que tienen las sustancias para su consumo.

Sin embargo, cuando existe una investigación y se puede demostrar que la persona se dedica a la venta de drogas, no es necesario que la persona tenga cantidades importantes de droga. Además, el hecho de que la persona vendedora de drogas tenga adicción a esas sustancias no la exime de responsabilidad penal en caso de que se dedique a la venta o suministro de drogas de uso no autorizado.

En apoyo a lo expuesto en los párrafos anteriores, la Sala Tercera indicó en un extracto de la resolución 730-2006 de las 8:50 del 11 de agosto de 2006:

*[...] De todos modos, aún mediante la inclusión hipotética de un consumo de drogas por parte de C, el mismo no habría tenido la virtualidad suficiente para desvirtuar el resultado del análisis de la prueba. Por ello se comprende la afirmación del a quo: “[...] Las cantidades incautadas con el allanamiento, no puede ser estimadas como para el consumo del sentenciado, según lo adujo la defensa, pues la cantidad decomisada supera en mucho la propia del consumo normal [...] el Tribunal, no tiene razón para dudar del dicho del sentenciado, quien se declaró adicto a las mismas para el momento de los hechos, pues esa condición de tal, no determina que no se dedique además a la venta de las mismas como fuente de ingresos para mantener su adicción y a sus familiares [...]” (folio 288). V) En definitiva, la condena recaída se encuentra debidamente fundamentada en la valoración que del*

*elenco de la prueba se hizo según las reglas del correcto entendimiento humano. (Sala Tercera, 2006).*

En similar sentido, en la resolución 1312-2021 de las 9:42 del 5 de noviembre de 2021, la Sala Tercera señaló lo siguiente:

*II. [...] Para esta Sala de Casación el criterio de los jueces de apelación se construyó con respeto a la lógica, de las premisas se deriva una conclusión procedente, en ese sentido, es claro que la droga incautada de acuerdo con el dictamen pericial número DCF: 2015-05620-QUI, fue 82,47 gramos de picadura de la planta Cannabis sativa, con los cuales se puede confeccionar 412 cigarrillos de marihuana, con un peso promedio de 0,20 gramos de picadura por cigarrillo (cfr. folios 44 y 45). Esta Cámara estima que la sentencia contiene una fundamentación lógico-jurídica que fue suficiente para explicar por qué razón se descartó que esa cantidad de marihuana, no podía ser para el autoconsumo, aun cuando se haya determinado que el encartado es consumidor de drogas. Nótese que, la gran cantidad de cigarrillos de marihuana que se pueden producir según se detalla en la pericia forense, aunado a la manifestación del encartado en debate en el sentido de que está “[...] arrepentido del delito, siento que ya estoy recapacitando, ya me estoy preparando para incorporarme de nuevo a la sociedad, soy consumidor, trato de salir todos los días y todo el tiempo de esto [...]” (cfr. folio 153), así como la información que recibieron los oficiales de la Fuerza Pública, sobre el transporte de droga que se iba a efectuar en la zona de Puriscal, por dos sujetos a bordo de una motocicleta, constituyen los elementos que permiten determinar; como bien se*

*ha establecido por parte del Tribunal de Apelación, en este caso en particular, que la droga decomisada no era para consumo personal, ni recreativo, sin que se adviertan errores en dicho análisis intelectual. Como se observa en este caso sí existían una serie de circunstancias fácticas que permitieron concluir de forma unívoca que la droga que transportaba el imputado Óscar Jesús Herrera Sánchez no es para el autoconsumo. Si bien, se tuvo por acreditado según la pericia toxicológica, que el acusado ha consumido sustancias ilícitas, también se estableció que esa condición, en este caso, de acuerdo al contexto en que se produjo quedaba descartada, por la significativa cantidad de droga, las manifestaciones del encartado y la notitia criminis recibida por la policía. No resulta de recibo el argumento de cuantificación de la droga que expone la defensa, pues en la legislación costarricense, que regula el ilícito de transporte de drogas, no se establecen mínimos y/o máximos de dosis para determinar si la droga es o no para consumo personal. Teniendo en cuenta esta situación, el análisis se debe realizar en cada caso concreto, y es a través de los indicios que derivan de los elementos de prueba, los que determinarán la finalidad del sujeto activo respecto a la misma. Así, en específico, está debidamente acreditado el transporte de la droga y modalidad usada, también el propósito que tenía respecto a la droga de cara a los indicios que derivan de la intervención de la policía que no fue casual, la participación del endilgado deviene de la información que recibieron los oficiales ese mismo día, en el sentido de que se transportaría droga, como efectivamente sucedió y del decomiso de una cantidad considerable de droga en poder del endilgado. [...].*

Por tanto, debemos preguntarnos si las autoridades públicas tienen facultad para decomisar las drogas de uso no autorizado a sus consumidores o, simplemente, deben hacerse las desentendidas con ese fenómeno.

Desde hace muchos años, Costa Rica firmó y ratificó varios convenios y tratados internacionales ligados a la prevención y represión del consumo y tráfico de drogas de uso no autorizado, por lo que es importante revisar esa normativa y la regulación nacional relacionada al tema, así como las normas relacionadas al uso de las bebidas alcohólicas, del tabaco y de medicamentos, los cuales son sustancias de uso permitido que se encuentran reguladas; entre otros motivos, por los daños que provocan o que podrían provocar a la salud.

#### **I. Instrumentos jurídicos internacionales relacionados al tráfico ilícito de estupefacientes y sicotrópicos**

##### **Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el protocolo de 1972 (aprobada por Costa Rica mediante la Ley N.º 4544 del 18 de marzo de 1970 y la enmienda por Ley N.º 5168 del 25 de enero de 1973)**

En el preámbulo de esta Convención, se reconoce la importancia del uso médico de los estupefacientes para disminuir el dolor y se indica que la toxicomanía es un mal grave para las personas, por lo que tiene un peligro social y económico.

Según el artículo 1, punto 1, inciso j), un estupefaciente es cualquier sustancia, natural o sintética que está en las listas I y II de ese instrumento jurídico.

En relación con la posibilidad de modificar la esfera de fiscalización de la Convención, en el artículo 3, inciso 3, punto iii, se expone:

*Si la Organización Mundial de la Salud comprueba que dicha sustancia se presta a uso indebido o puede producir efectos nocivos parecidos a los estupefacientes de las Listas I y II, o que puede ser transformada en un producto que se preste a un uso indebido similar o que pueda producir efectos nocivos semejantes, comunicará su dictamen a la Comisión, la cual podrá, de conformidad con la recomendación de la Organización Mundial de la Salud, decidir que se incluya a dicha sustancia en la Lista I o en la Lista II. (La negrita es suplida).*

En cuanto a la posesión de estupefacientes, el artículo 33 establece que **“Las partes sólo permitirán la posesión de estupefacientes con autorización legal”**. (La negrita es suplida).

Con base en esta última norma, se estima que la posesión de estupefacientes sin autorización legal no es permitida en nuestro país.

En la lista I, se encuentran, entre otras sustancias, el cannabis y su resina, los extractos y tinturas de cannabis, las hojas de coca, la cocaína, el concentrado de paja de adormidera y la morfina.

En la lista II, se menciona, entre otras sustancias, la codeína; en la lista III, entre otros, se hallan los preparados de codeína; y, en la lista IV, entre otros estupefacientes, la heroína.

#### **Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (aprobada por Costa Rica mediante la Ley N.º 4990 del 10 de junio de 1972)**

En su preámbulo, entre otros aspectos, se explica la preocupación **“por la salud física y moral de la humanidad”** y se advierte la inquietud por **“los problemas sanitarios y sociales que origina el uso indebido de tales sustancias y el tráfico ilícito a que da lugar, [...]”**.

Pero también se reconoce **“que el uso de las sustancias sicotrópicas para fines médicos y científicos es indispensable y que no debe restringirse indebidamente su disponibilidad para tales fines,”** y que, **“para ser eficaces, las medidas contra el uso indebido de tales sustancias requieren una acción concertada y universal, [...]”**.

En esta Convención, se entiende por sustancia sicotrópica **“cualquier sustancia natural o sintética, o cualquier material natural de la lista I, II, III o IV”**.

Además, en el artículo 2.4, se establece lo siguiente:

*4. Si la Organización Mundial de la Salud comprueba:*

*a. Que la sustancia puede producir*

*i) 1. Un estado de **dependencia** y*

*2. **Estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio o del comportamiento o de la percepción o del estado de ánimo, o***

*ii) **Un uso indebido análogo y efectos nocivos parecidos a los de una sustancia de la Lista I, II, III o IV, y***

*b. Que hay pruebas suficientes de que la sustancia es o puede ser objeto de **uso indebido** tal que constituya un problema sanitario y social que justifique la fiscalización internacional de la sustancia, la Organización Mundial de la Salud comunicará a la Comisión un dictamen sobre la sustancia, incluido el alcance o probabilidad del uso indebido, el grado de gravedad del problema sanitario y social y el grado de utilidad de la sustancia en terapia médica, junto con cualesquier recomendaciones sobre las medidas de fiscalización, en su caso, que*

*resulten apropiadas según su dictamen.*  
**(La negrita es suplida).**

Lo anterior nos aclara lo que puede producir el consumo de un sicotrópico. Ejemplos de esas sustancias son la anfetamina (lista II), el clonazepam y el diazepam (lista IV).

En el artículo 9, se desarrolla el tema de las recetas médicas relacionadas a las sustancias de las listas II, III y IV, estableciendo, entre otras obligaciones, que las partes deben exigir que esas sustancias sean despachadas solo con receta médica cuando se destinen al uso de particulares. En el artículo 20 de la Convención, se hace referencia a la obligación de las partes de adoptar todas las medidas posibles para prevenir el uso indebido de sustancias sicotrópicas.

Todo lo mencionado nos confirma que estamos ante un tema que, además de jurídico, es un asunto de salud pública muy especializado.

### **Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (aprobada por Costa Rica mediante la Ley 7198 del 25 de septiembre de 1990)**

Esta Convención fue firmada el 19 de diciembre de 1988 y fue ratificada por nuestro país en 1990. En el aparte de definiciones de esa Convención, se entiende por estupefaciente “[...] *cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes; [...]*”.

En cuanto al concepto de sustancia sicotrópica, “*se entiende cualquier sustancia natural o sintética, o cualquier material natural que figure*

*en las listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971; [...]*”.

En el artículo 3 de la Convención, se establecen las acciones que deberían ser consideradas como delitos penales y no se menciona, entre esas acciones, la posesión de estupefacientes o sicotrópicos con fines de consumo personal, sino la posesión para realizar las siguientes actividades:

*[...] la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en la Convención de 1971; [...]*.

### **II. Normativa nacional relacionada a la libertad, la salud, sustancias estupefacientes de uso no autorizado y drogas de uso autorizado**

#### **La Constitución Política**

Es importante señalar que el artículo 28 de nuestra Carta Magna establece que “*Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley*”, por lo que resulta importante cuestionar si una persona consume drogas de uso no autorizado en vía pública o si posee esas drogas en vía pública, estas acciones afectan la moral, el orden público o a terceras personas.

El punto de vista de algunos es que esa norma permite que, en nuestro país, tengamos derecho a hacer lo que queramos siempre que no se perjudique a terceras personas, por lo que se puede consumir drogas de uso no permitido en la

vía pública o poseer esas drogas para el consumo estando en lugares públicos.

Sin embargo, el consumo de drogas de uso no autorizado afecta el orden público porque es contrario a la normativa, tanto internacional como nacional, y es un fenómeno que afecta la salud pública y está ligado a problemas familiares, laborales y de seguridad.

Además, las personas que no consumen drogas de uso no autorizado no tienen por qué oler y respirar el humo que producen las personas consumidoras de esas sustancias al usarlas.

Un ejemplo entre muchos que considero que evidencia los alcances de esta situación y el daño al orden público y a la moral es un hombre que fuma marihuana en un polideportivo josefino junto a sus amigos, mientras tiene alzado a su hijo de meses de edad, situación que pudo observar quien escribe.

En relación con el concepto de orden público y moral, el autor Rubén Hernández Valle ha indicado lo siguiente:

*Es evidente que en una comunidad estatal los principios éticos pueden funcionar como fuentes materiales del ordenamiento, y encontrar su consagración en normas jurídicas. Tal es el caso del orden público, el cual no puede ser determinado en forma absoluta y definitiva, sino que se trata, más bien, de un concepto sometido a las coordenadas del tiempo y espacio.*

*Dentro de este orden de ideas, es importante distinguir entre el orden público constitucional y el de carácter administrativo, [...]*

*[...] mientras el orden público administrativo está referido al Estado-persona en relación con los denominados poderes de policía y de seguridad interna,*

*el orden público normativo o constitucional se refiere al Estado-ordenamiento, en el sentido de sistema unitario y coherente de principios y normas [...].*

*[...] El concepto de orden público constitucional, por lo tanto, es un concepto jurídico que puede deducirse del ordenamiento jurídico en su conjunto, inclusive sin apoyo en normas determinadas, porque se encuentra permeado de valores extrajurídicos.*

*El orden público costarricense, en consecuencia, está integrado por todos los principios fundamentales de carácter económico, social, político, ético, etc, que se derivan de los valores y principios que informan nuestra Carta Política. [...]*

*La Sala Constitucional ha definido al orden público como “el conjunto de principios que, por una parte atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social(VOTO 350 DEL 24/11/92). [...]*

*[...] Como dice un autor italiano “Motivos de orden público administrativo existen, en cambio, toda vez que el Derecho positivo conceda a la autoridad administrativa un poder de escogencia entre varias soluciones, indicando la obligación de seguir aquella que sea más apta al fin de evitar la perturbación de la pacífica convivencia, amenazada por actos que hayan producido o que racionalmente pueden producir; a corto plazo, la comisión de delitos” (BARILE). [...]*

*[...] El orden público administrativo está integrado por tres categorías: la tranquilidad, la salubridad y la seguridad. [...]*

*[...] Es conveniente señalar que, en cuanto contenido del orden público administrativo, la seguridad es una actividad preventiva y de control que tiende a evitar la comisión de delitos o accidentes, [...]*

*Doctrinariamente se discute si las buenas costumbres son algo diferente de la moral, o si forman parte integrante de ellas.*

*En nuestro ordenamiento ambos conceptos se identifican es uno solo. En general, podemos afirmar que las buenas costumbres son aquel conjunto de reglas de moralidad media que la opinión pública reconoce como válidas en un momento histórico determinado. [...]*

*[...] La Sala Constitucional ha dicho que “Por otra parte, la moral no puede concebirse más que como el conjunto de principios y creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de los miembros de esa sociedad (VOTO 3550 DEL 24/11/92). [...].*

Sobre el concepto de acciones privadas que dañan la moral o el orden público, se transcribe parte de las razones adicionales que señaló el magistrado Fernando Castillo Víquez en la resolución 11545-2106 de las 11:31 del 12 de agosto de 2016 de la Sala Constitucional:

*En nuestra Constitución Política no encontramos una norma expresa que establezca, en todos los casos, que la organización de las libertades públicas corresponde al legislador ordinario. A lo sumo, en el artículo 28 de la Carta Fundamental, que estatuye el principio de libertad –todo lo que no está prohibido está permitido–, se señala que las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera del alcance de la ley. De*

*conformidad con esta norma, el legislador tiene una competencia limitada a la hora de regular las libertades públicas. En primer término, no puede prohibir aquellas acciones de los sujetos privados que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros. Su competencia está orientada a regular las relaciones entre los individuos que surgen del ejercicio de las libertades públicas, como sucede con los Códigos y las leyes, pues los derechos privados también tienen que ser objeto de reglamentación, debido a que es necesario establecer soluciones para los conflictos que se suscitan a causa de su ejercicio, aun en la esfera de la autonomía de la voluntad. (Véase Corte Plena, sesión extraordinaria del 30 de setiembre de 1982). Por otra parte, para que las restricciones a la libertad sean lícitas deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Tal y como acertadamente lo ha establecido la Sala Constitucional, en los votos números 3173-93 y 3550-92: “El orden público, la moral, y los derechos de los terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; que a su vez debe verse con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho de interpretarse y aplicarse siempre de manera que más favorezca al ser humano. De acuerdo con ello, el orden público, la moral y los derechos de terceros que permiten, al menos a la ley, regular las acciones privadas, tienen que interpretarse y aplicarse de tal manera en el primer caso, se trate de amenazas*

*graves al orden público, entendido como la integridad y supervivencia de los elementos fundamentales del Estado; O como '[...] el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y su funcionamiento y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social (Corte Plena, sesión extraordinaria del 26 de agosto de 1982)'*.

Además, se destaca un extracto de la resolución 24-2023 de las 9:47 del 13 de enero de 2023 de la Sala Tercera, en el cual se avaló la intervención policial ante un caso de una persona que estaba consumiendo drogas en vía pública:

*II.[...] De acuerdo con lo expuesto, resulta razonable que el Tribunal de Apelación de Sentencia haya avalado la ejecución del cacheo, es decir, el registro superficial del endilgado por razones preventivas, toda vez que las circunstancias particulares del caso concreto así lo ameritaban: se trata de una persona que en apariencia, fue observada consumiendo crack en la vía pública; era aproximadamente la media noche; y los hechos se desarrollaron en una zona con alta incidencia delictiva. Bajo dichas condiciones y a pesar que el consumo de la sustancia ilícita no constituye delito, es razonable que los oficiales encargados de velar por el orden público realizaran una revisión de seguridad del endilgado y además, requirieran su identificación, mediando en dicha diligencias criterios objetivos que legitiman la citada actuación. Aunado a lo anterior, ante la negativa a identificarse y la suma de los elementos expuestos anteriormente, suponen que en el caso concreto se supera el umbral definido por el estándar probatorio que exige el ordinal 189 del Código Procesal Penal, es decir, existían motivos suficientes para*

*proceder con la requisita del endilgado, ahora sí, ante la posible comisión de uno de los delitos previstos en la Ley N° 8204: se trata de un sujeto que en altas horas de la noche, en apariencia se encontraba consumiendo estupefacientes, en una zona con alta incidencia delictiva, que se rehúsa a identificarse y es precisamente a partir de dicha diligencia, según el acta de decomiso N° 110877-21, que se le decomisan 17 dosis de aparente crack (f. 57). En este caso, la prueba que permite arribar al citado estándar probatorio es el propio dicho del oficial quien presencié los eventos y en ese contexto, se presenta como un testigo -directo- de los hechos. No se trata sin embargo, que la requisita se haya realizado como producto único del presunto consumo de estupefacientes en la vía pública, sino que los otros elementos fácticos ya mencionados y analizados de forma conjunta, son lo que permiten establecer que hay motivos suficientes para presumir, que el encartado ocultaba objetos relacionados con una posible infracción a la Ley N° 8204, en este caso, la posesión de drogas para la venta o distribución. En consecuencia, la intervención policial para realizar el cacheo y de forma concomitante la requisita del encartado, resulta legítima y por ello, la validez de las actuaciones que realizó el ad quem se encuentra ajustada a derecho.*

## **La Ley General de Salud N.º 5395**

Es muy importante lo que señala el artículo 1: “*La salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado*” y, en forma consecuente, el artículo 2 indica que “*Es función esencial del Estado velar por la salud de la población. [...]*”.

El artículo 19 establece el derecho para solicitar a los servicios de salud información para prevenir los efectos de dependencia personal o de las personas que se tenga a cargo, en relación con

drogas u otras sustancias, lo cual evidencia que la dependencia de drogas es un tema importante de salud pública.

Por su parte, el artículo 125 señala que “*La producción de materias primas y la elaboración, tráfico, suministro y uso de drogas estupefacientes y de otras capaces de producir por su uso dependencia física o psíquica en las personas, constituye materia de especial interés público [...]*”.

El artículo 127 instituye que son prohibidas la adormidera, la coca y la marihuana, así como otras plantas que tengan efectos similares, y agrega que se deben destruir sus cultivos. Igualmente, prohíbe el uso de las plantas mencionadas.

El artículo 137 dispone que: “*Serán objeto de decomiso:*

- a) Los estupefacientes, las sustancias y productos psicotrópicos declarados de uso restringido por el Ministerio, cuando se elaboren, comercien, se posean o se suministren en forma ilegal o antirreglamentaria.*
- b) Los medicamentos deteriorados, adulterados y falsificados. [...]”.*

Por razones de salud, la ley en cuestión también regula, entre otros aspectos, el uso de medicamentos, productos alimenticios, de higiene, cosméticos no médicos y otros productos. El artículo 337 indica que la autoridad de salud es la responsable de hacer cumplir las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de las facultades que tengan otras autoridades de conformidad con las leyes especiales.

Además, en el artículo 359, se establece que las autoridades de salud deben decomisar “*alimentos y medicamentos ostensiblemente deteriorados, contaminados, adulterados o falsificados.*

*Igualmente decomisarán los estupefacientes, alucinógenos y las sustancias o productos psicotrópicos capaces de producir dependencia en las personas, así como sustancias tóxicas o peligrosas [...]”.*

Ejemplos de lo anterior son los casos en que las autoridades de salud y policía han realizado decomisos de alcohol adulterado que tiene metanol, cuyo consumo ha producido lesiones y hasta la muerte de personas en nuestro país.

### ***La Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo (Ley N.º 7786 y sus reformas)***

El artículo 1 de esta ley dispone:

*La presente Ley regula la prevención, el suministro, la prescripción, la administración, la manipulación, el uso, la tenencia, el tráfico y la comercialización de estupefacientes, psicotrópicos, sustancias inhalables y demás drogas y fármacos susceptibles de producir dependencias físicas o psíquicas, incluidas en la Convención Única sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, de 30 de mayo de 1961, [...] en el Convenio de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas, [...] Es función del Estado, y se declara de interés público, la adopción de las medidas necesarias para prevenir, controlar, investigar, evitar o reprimir toda actividad ilícita relativa a la materia de esta Ley. (La negrita es suplida).*

En el artículo 2, se establece que solo las personas legalmente autorizadas pueden intervenir en todo lo relacionado a las drogas, sustancias o productos reguladas por esta ley.



El artículo 3 instaure que *“Es deber del Estado prevenir el uso indebido de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y cualquier otro producto capaz de producir dependencia física o psíquica; [...]”*.

Por su parte, el artículo 4 indica que *“Todas las personas deben colaborar en la prevención y represión de los delitos y el consumo ilícito de las drogas y de las demás sustancias citadas en esta Ley; [...]”*. (La negrita es suplida).

En el título IV de esta ley, se exponen los delitos que determina ese cuerpo legal, y el artículo 58 refiere el delito de tráfico de drogas y establece lo siguiente:

*Se impondrá pena de prisión de ocho a quince años a quien, sin autorización legal, distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, las sustancias o los productos referidos en esta Ley, o cultive las plantas de las que se obtienen tales sustancias o productos.*

*La misma pena se impondrá a quien, sin la debida autorización, posea esas drogas, sustancias o productos para cualquiera de los fines expresados, y a quien posea o comercie semillas con capacidad germinadora u otros productos naturales para producir las referidas drogas.*

De acuerdo con el artículo 58 mencionado, se puede concluir que, en Costa Rica, el consumo de drogas o sustancias de uso no autorizado no configura delito ni tampoco la posesión que haga una persona de esas sustancias para su consumo personal.

*El artículo 79 se titula “Medida de seguridad” y señala que “Se promoverá y facilitará el internamiento o el*

*tratamiento ambulatorio y gratuito y con fines exclusivamente terapéuticos y de rehabilitación en un centro de salud público privado, de quien en las vías públicas o de acceso público, consuma o utilice drogas de uso no autorizado; [...]”*.

La norma anterior, que no es una medida de seguridad, no se aplica en la práctica, debido a las carencias institucionales y a la falta de voluntad y coordinación entre las instituciones de salud que tienen relación con el tema (Caja Costarricense de Seguro Social, Ministerio de Salud, Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia).

La atención estatal de las personas alcohólicas y adictas a las drogas de uso no autorizado en nuestro país no es lo efectiva que debería ser. Prueba de ello es lo que se puede observar, por ejemplo, en ciertas partes del “casco central” de San José, sobre todo, en los distritos Hospital y Merced (denominada zona roja) donde deambulan cientos de personas adictas a esas sustancias, quienes las consumen en vía pública. Este fenómeno está muy relacionado con la vida en la calle, con delitos contra la propiedad y, en algunos casos, con delitos contra la integridad física y la vida.

### **Ley de Regulación y Comercialización de Bebidas con Contenido Alcohólico (Ley N.º 9047) vigente desde el 8 de agosto de 2012**

El artículo 1 de esta ley indica que *“regula la comercialización y el consumo de bebidas con contenido alcohólico y previene el consumo abusivo de tales productos”*.

El artículo 9, inciso g), prohíbe la venta o entrega gratuita de bebidas alcohólicas a personas menores de edad, personas con limitaciones cognitivas o volitivas, personas que estén en

evidente estado de ebriedad, así como a personas que estén perturbando el orden público.

El artículo 13 establece que, para poder tomar bebidas con contenido alcohólico, la edad mínima es de dieciocho años.

El artículo 15 regula el tema de la adulteración, falsificación, imitación y contrabando de licor y dispone sanciones administrativas cuando sucedan situaciones irregulares, dando facultades de control a la Policía de Control Fiscal y a las policías municipales.

Los artículos 16 y 22 señalan sanciones a las personas que faciliten o vendan bebidas con contenido alcohólico a personas menores de edad y a personas con limitaciones cognoscitivas o volitivas, así como a quien permita la permanencia de esas personas en cierto tipo de establecimientos donde se venden esas bebidas.

Por su parte, el artículo 20 establece lo siguiente:

*Será sancionada con una multa de medio salario base, la persona que sea sorprendida consumiendo bebidas con contenido alcohólico en vía pública y en los sitios públicos determinados por la municipalidad.*

*En estos casos la fuerza pública, la policía municipal y los inspectores municipales deberán decomisar el producto y levantar el parte correspondiente.*

### **Ley General de Control de Tabaco y Sus Efectos Nocivos en la Salud (Ley N.º 9028) vigente desde el 26 de marzo de 2012**

El artículo 1 de esta ley indica que se busca proteger la salud de las personas debido a las consecuencias del consumo del tabaco y de la exposición al humo de esa sustancia.

El artículo 5 dispone varios lugares en los que es prohibido fumar tabaco, entre ellos, bares, restaurantes e instalaciones deportivas.

El artículo 33 explica que “*El Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC) y las municipalidades quedan facultados para realizar los decomisos de productos de tabaco que se encuentren ilícitamente en el país. [...]*”.

El artículo 36 conforma las sanciones que imponen multas, entre otras situaciones, por consumir tabaco en los sitios donde es prohibido.

### **Ley General de Policía (Ley N.º 7410)**

El artículo 4 señala que “*Las fuerzas de policía estarán al servicio de la comunidad; se encargarán de vigilar, conservar el **orden público**, prevenir las manifestaciones de delincuencia y cooperar para reprimirlas en la forma que se determina en el ordenamiento jurídico*”. (**La negrita es suplida**).

Por su parte, el artículo 8, inciso d), establece las atribuciones de los cuerpos de policía: “*Asegurar la vigilancia y el mantenimiento del orden público*”.

### **Código Municipal (Ley N.º 7794)**

El Capítulo IX del Código regula las policías municipales. El artículo 62 expone sus atribuciones, entre ellas, realizar acciones de vigilancia y seguridad en su cantón.

### **Código Penal**

El artículo 188 bis dispone el delito de expendio o procuración de bebidas alcohólicas y tabaco a menores o incapaces.

El artículo 261 bis determina el delito de conducción temeraria y sanciona la conducción de vehículos bajo la influencia de ciertos niveles de bebidas alcohólicas o bajo los efectos de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras sustancias que produzcan estados de alteración y efectos enervantes o depresivos análogos.

El artículo 392, inciso a), es una contravención que castiga a quien se presente en estado de embriaguez en un lugar público y cause escándalo, perturbe la tranquilidad de las personas o ponga en peligro la seguridad propia o ajena.

### **Código Procesal Penal**

El artículo 198 señala la posibilidad de secuestrar objetos relacionados con un delito.

### **CONCLUSIONES**

Después de analizar la normativa internacional suscrita por nuestro país y la normativa nacional que se ha mencionado, se puede concluir lo siguiente:

La dependencia y el abuso de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y drogas de uso no autorizado son problemas de salud pública en nuestro país.

Consumir drogas de uso no autorizado en vía pública no es un delito, pero no es una actividad permitida por nuestro ordenamiento jurídico.

La tenencia de cantidades de drogas no autorizadas para el consumo personal no es un delito; pero no es una actividad permitida.

El consumo de drogas de uso no autorizado en lugares públicos y la tenencia de drogas de uso no autorizado para el consumo personal atentan contra el orden público costarricense, la moral y contra terceras personas.

Las convenciones internacionales mencionadas y lo que establecen la Ley General de Salud, la *Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas*, la Ley General de Policía y el Código Municipal permiten concluir que los secuestros que realizan los cuerpos policiales de drogas de uso no autorizado que poseen las personas para su consumo son legítimos, ya que encuentran sustento en la normativa señalada y buscan evitar el consumo de esas drogas, así como impedir que se realice el delito de venta y suministros de drogas.

Los delitos y la contravención mencionados en el Código Penal reflejan el interés de nuestro Estado de prevenir y regular el abuso del licor y de drogas de uso no autorizado.

El artículo 198 del Código Procesal Penal les permite a los diferentes cuerpos policiales secuestrar objetos relacionados con delitos, lo cual da apoyo al decomiso de sustancias de uso no autorizado que, en muchas ocasiones, son poseídas para el comercio o suministro, conductas que configuran delitos.

Es por lo anterior que parece conveniente que los cuerpos policiales sigan presentando las actas de secuestro y las sustancias decomisadas al Ministerio Público para que el ente fiscal sea el que decida si, de acuerdo con las circunstancias, se debe destruir la evidencia por estar ante un hecho atípico o si se debe iniciar una causa penal.

### **BIBLIOGRAFÍA**

Asamblea Constituyente. Constitución Política.

Asamblea Legislativa. Código Municipal (Ley N.º 7794).

Asamblea Legislativa. Código Penal.

Asamblea Legislativa. Código Procesal Penal.

Asamblea Legislativa. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. (Aprobada por Costa Rica mediante la Ley 7198 del 25 de septiembre de 1990).

Asamblea Legislativa. Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas. (Aprobado por Costa Rica mediante la Ley 4990 del 10 de junio de 1972).

Asamblea Legislativa. Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes Enmendada por el Protocolo de 1972. (Aprobada por Costa Rica mediante la Ley N.º 4544 del 18 de marzo de 1970 y la Enmienda por Ley N.º 5168 del 25 de enero de 1973).

Asamblea Legislativa. Ley de Regulación y Comercialización de Bebidas con Contenido Alcohólico. (Ley N.º 9047). (Vigente desde el 8 de agosto de 2012).

Asamblea Legislativa. Ley General de Control de Tabaco y Sus Efectos Nocivos en la Salud. (Ley N.º 9028). (Vigente desde el 26 de marzo de 2012).

Asamblea Legislativa. Ley General de Policía.

Asamblea Legislativa. Ley General de Salud.

Asamblea Legislativa. *Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*. (Ley N.º 7786 y sus reformas).

Fiscalía General de la República de Costa Rica. Instrucción General 02/2010.

Fiscalía General de la República de Costa Rica. Instrucción General 01/2011.

Hernández Valle, Rubén. *El derecho de la Constitución*. Volumen II. San José: Editorial Juricentro, pp. 337 a 340.

IAFA. (2015). *Encuesta Nacional de Drogas*. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 11545-2106 de las 11:31 del 12 de agosto de 2016.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 24-2023 de las 9:47 del 13 de enero de 2023.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 730-2006 de las 8:50 del 11 de agosto de 2006.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1312-2021 de las 9:42 del 5 de noviembre de 2021.

# EL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y SOCIEDAD ANÓNIMA

(UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO REGISTRAL MERCANTIL)

MSc. Luis Eduardo Argüello Maradiaga\*

## RESUMEN

El presente documento aborda de forma actual y novedosa el capital social en las entidades de responsabilidad limitada y anónimas, lo define, identifica y analiza críticamente desde sus precisiones teórico-prácticas, principios generales y los fenómenos que provocan su variabilidad. Se determina la dicotomía entre el patrimonio y el capital societario, innovando paradigmáticamente esta relación en la práctica jurídica, y su hermenéutica ante los operadores del derecho en el asesoramiento e inscripción de los actos, derechos y negocios jurídicos que se protegen bajo la tutela del Sistema de Seguridad Jurídica Preventiva Patrimonial, concerniente a estas sociedades de capital, aportando significativamente un avance del conocimiento en la disciplina jurídica del derecho registral patrimonial.

**Palabras clave:** capital social, patrimonio, acciones, cuotas, notariado público, registro nacional, derecho registral mercantil, derecho patrimonial, derecho comercial, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada.

## ABSTRACT

This document addresses in a current and innovative way; Social Capital in Limited Liability and Anonymous entities, defines, identifies and critically analyzes it, from its theoretical-practical details, general principles and the phenomena that cause its variability. The dichotomy between equity and corporate capital is determined, paradigmatically innovating this relationship in legal practice, and its hermeneutics before legal operators, in the advice and registration of legal acts, rights and businesses, which are protected under the guardianship of the Patrimonial Preventive Legal Security System, concerning these capital companies, significantly contributing to an advance in knowledge in the legal discipline of Patrimonial Registry Law.

**Keywords:** share capital, equity, shares, quotas, notary public, national registry, commercial registry law, patrimonial law, commercial law, public limited company, limited liability company.

Aprobado: 10 de abril de 2024

---

\* Es abogado y notario público. Es mediador y conciliador certificado, conferencista y docente universitario. Correo electrónico: [luis.arguello.cr@gmail.com](mailto:luis.arguello.cr@gmail.com).

*“Si no estás dispuesto a errar nunca podrás  
convertirte en un maestro”*

**Jordan Bernt Peterson**

**SUMARIO:** I.- Introducción y presiones teórico-prácticas. I.A.- El capital social. I.B.- Funciones del capital social vinculadas con el patrimonio. I.C.- Las acciones y las cuotas sociales. I.D.- Capital suscrito y capital pagado. II.- Principios generales del capital social. II.A.- Descripción de un capital mínimo. II.B.-Determinación de los títulos. II.C.-Integridad. II.D.-Desembolso mínimo. II.E.- Permanencia. II.F.- Realidad. III.- Variación del capital social. III.A.- Aumento. III.B.- Disminución. III.C.- Fusión y escisión. III.D.- Transferencia de títulos (acciones y cuotas). III.E.- Aportes y retiros. III.F.- Suscripción pública en las sociedades anónimas. III.G.- *Holdings* societario. III.H.- Variación de moneda. IV.- Implicaciones en la actuación de los operadores del derecho. IV.A.- El notariado público, asesoramiento protocolización e inscripción. IV.B.- Capital social ante la disolución y liquidación. IV.C.- Registración de los acuerdos sobre el capital social. IV.D.- Registro de transparencia y beneficiarios finales. V.- Conclusiones. VI.- Bibliografía.

## **I. Introducción y precisiones teórico-prácticas**

El derecho registral patrimonial es una disciplina jurídica especializada en el resguardo de los bienes susceptibles a ser protegidos por el fuero de los registros de la propiedad. Estas organizaciones -sean públicas o privadas- proveen a los países seguridad jurídica y, por ende, certeza y paz social, de cara a la confiabilidad de las titularidades que se manifiestan por medio de la publicidad, siempre en el marco de un Estado de derecho democrático, como garante en la contención de las arbitrariedades del poder estatal.

Dentro de esta área del conocimiento jurídico - derecho registral patrimonial- se divide una serie de aristas, tales como el derecho inmobiliario, de bienes muebles, propiedad intelectual y de personas jurídicas, áreas que cobijan un patrimonio exclusivo, identificable por sus singularidades que, a su vez, utilizan a nivel de las organizaciones registrales una serie de sistemas de tabulación y resguardo de información registral patrimonial, esto según sean los bienes que se estén protegiendo (inmuebles, automotores, sociedades, propiedad intelectual, etc), como, por ejemplo, el sistema de folio real, folio personal o mixtos. Estos sistemas poseen una serie de elementos, características, dicotomías y particularidades propias y exclusivas, debido a los procesos de registración que los envuelven.

El presente documento se enmarca en la hermenéutica del derecho registral mercantil, una de las vertientes operativo-normativas del derecho registral patrimonial, dándole una visión enfocada en esta disciplina al tema de marras, esto con la finalidad de encauzar la comprensión y el ejercicio del operador del derecho en este sentido, contextualizando su actuar en una coordinación entre las actuaciones extrarregistrales y registrales, con la finalidad de solidificar la relación sinalagmática y complementaria entre los sujetos que componen el Sistema de Seguridad Jurídica Preventiva Patrimonial.

Introdutoriamente, es importante realizar una breve alusión a las sociedades comerciales que, como bien se indica en opinión de Broseta Pont (Sosa de Irigoyen, 2003, p. 18), la sociedad es una institución jurídica privada que puede analizarse desde diferentes aristas. Una de ellas es un contrato que, relacionado y ligado a varios socios, permite agrupar trabajo y capital para realizar actividades que escapan a las individualidades. Según otra, permite crear una empresa con las aportaciones de los socios, cuya titularidad corresponde a la persona jurídica que nace de la sociedad y que,

funcionalmente, es destinada a la consecución del objeto social. Una tercera sostiene que la sociedad actúa como causa determinante del posterior nacimiento de una persona jurídica (empresario colectivo) distinta de los socios, personalidad jurídica que aparece cuando se cumplen los requisitos esenciales (otorgamiento del acto constitutivo y publicidad), para concluir que la sociedad haría referencia a una compleja relación corporativa entre dos o más sujetos.

Sobre la generalidad de los capitales pertenecientes a las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, estos se manifiestan como un elemento clave para la funcionabilidad y la confianza de cara al tráfico mercantil, en el entendido de que el monto exterioriza una representación de los socios sobre el haber patrimonial, base para propulsar las actividades que fueron detalladamente descritas en el objeto.

Para el ámbito iberoamericano, el desarrollo del derecho registral mercantil ha sido fuertemente influenciado y desarrollado gracias a la creación intelectual de especialistas mayoritariamente españoles, mujeres y hombres que, desde su trinchera, han promovido y participado en la creación de leyes que regularan de forma rigurosa la registración de los actos y negocios jurídicos inscribibles por el Colegio de Registradores de España, profesionales de amplio conocimiento e intelecto que, en la actualidad, proveen a los operadores del derecho una robusta doctrina en la comprensión de los fenómenos jurídicos, donde el capital social no es la excepción.

Por tanto, desde el punto de vista jurídico-operativo (Betegón Sanz, 2019), se entenderá que el capital social es una *categoría de naturaleza jurídica* que alude a una cifra fija y convencional, de carácter contable, recogida en los estatutos y suma de los valores nominales de las acciones o cuotas sociales en que se divide la noción de patrimonio.

Por otra parte, es una *categoría de naturaleza económica* que se refiere al conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico que pertenecen a la sociedad en cada momento, siendo la derogación patrimonial que realizan los socios, en procura de poner a disposición bienes materiales o inmateriales con la finalidad de honrar el objeto social.

Lo anterior delimita dos acepciones distintas para el operador del derecho<sup>1</sup>, pero relacionadas en lo concerniente al capital social y el patrimonio.

#### **I.A. El capital social**

Como ya se indicó, el capital social es, por lo tanto, la cifra permanente de la contabilidad social<sup>2</sup> que no necesita corresponderse con la cuantía del patrimonio efectivo en cada momento que equivale a las aportaciones de los socios, excluidas en su caso, las primas de emisión de acciones y que señala el patrimonio que, por lo menos, debe existir.

Lo anterior es muy común en la mayoría de las sociedades anónimas (S.A.<sup>3</sup>) y las sociedades de responsabilidad limitada (S.R.L.<sup>4</sup>), en el entendido de que el monto dinerario que se manifiesta en

1 A través del texto, la mención de “operador del derecho” referirá a la jueza, al juez, a quienes tienen la responsabilidad de ejercer la calificación e inscripción de los documentos presentados al Registro Nacional, como también a quienes ejercen la abogacía y el notariado.

2 Ver artículo 29 de la Ley 3284, Código de Comercio, donde se plantea una noción del capital social.

3 En el documento, se utilizará esta abreviatura para referirse a la sociedad anónima, cuyo uso jurídico está validado en el artículo 103 de la Ley 3284, Código de Comercio.

4 Se utilizará esta abreviatura para referirse a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, cuyo uso jurídico está validado en el artículo 76 de la Ley 3284, Código de Comercio.

la información general de las entidades -a nivel registral- no necesariamente refleja el valor total de las aportaciones, teniéndose solo una expresión dineraria referencial, lo que, en muchas ocasiones, es insignificante.

Lo anterior responde a la infracapitalización, entendiéndose esta como la falta de adecuación entre el capital social y el valor del patrimonio en relación con el objeto social; dentro de este fenómeno, los autores distinguen entre la infracapitalización material y la nominal.

La infracapitalización material (Betegón Sanz, 2019) supone la falta de un capital suficiente para la realización adecuada de las actividades que constituyen el objeto social, respetando los métodos de financiación a medio o a largo plazo.

Por otro lado, la nominal tiene lugar cuando la sociedad está correctamente financiada por los socios, pero en buena parte a través de créditos, no de aportaciones de capital. En vez de aumentar el capital mediante nuevas aportaciones, se recurre a que los socios realicen préstamos a la sociedad.

Con respecto a estos fenómenos, el marco normativo no posee una adecuada regulación de esta problemática, ni tampoco existe la obligación de que la cifra del capital social guarde la adecuada proporcionalidad con las necesidades de financiación y desarrollo del objeto social, lo cual presenta una incertidumbre en la información que se pueda proporcionar a las autoridades registrales por este concepto, sin presumir conducta antijurídica, ya que como se ha indicado, la diferencia entre capital social y patrimonio puede causar esta situación práctica. Definir el capital social (Fraser Arrieta, 2022, p. 41) es uno de los pactos más importantes del

contrato de sociedad. Se trata de un acto en el que los socios definen las prestaciones económicas que van a salir de su patrimonio con dirección al fondo común.

El mismo autor manifiesta que cada asociado que pretenda ser socio capitalista debe, bajo el título de “aporte en sociedad”, hacer una transferencia de dinero o bienes para coadyuvar en la construcción del patrimonio de la sociedad, con el fin de que la persona jurídica constituida adquiera la fortaleza económica necesaria para, posteriormente, poder actuar en el mundo del comercio. El capital social se integra con el dinero o los bienes transferidos por los socios, quienes libremente acuerdan el monto de su aporte, lo que equivale a establecer la medida de su riesgo en el negocio.

Si bien es cierto, la regla general es que, a mayor aporte, mayor posibilidad de ganar utilidades, por otro lado, también es cierto que, a mayor aporte, mayor riesgo de perder lo aportado por cuenta de un mal resultado del negocio.

A forma de conclusión, el jurista plantea una idea fundamental en el tema del capital social en el sentido de que el acto jurídico de aportar a la sociedad bienes o dinero es de carácter bilateral, en el que las partes intervinientes son el socio aportante y la sociedad receptora, lo cual visibiliza una relación de obligaciones sinalagmáticas entre los vinculados.

Sobre el tema relacionado, para las S.R.L., una de las particularidades radica en que el marco normativo exige que el monto del capital sea en moneda nacional<sup>5</sup>, imposibilitando el uso de cualquier tipo de unidad monetaria extranjera, caso contrario en la S.A., donde el uso de cualquier moneda es permitido, en tanto se definan con

5 Ver artículo 79 de la Ley 3284, Código de Comercio.



detalle su nombre y el país al que pertenece<sup>6</sup>, ya que, desde la norma, no se manifiesta una prohibición expresa de dicha acción a discrecionalidad de los socios e inversionistas.

La relación entre el capital social y las diferentes manifestaciones del patrimonio que deben componerlo a través de medios jurídicamente lícitos genera una serie de efectos, obligaciones y disposiciones, indispensables para el avance de la actividad económica descrita en el objeto.

### **I.B. Funciones del capital social vinculadas al patrimonio**

Una de las funciones más importantes que cumple el capital social es de naturaleza *organizativa*, ya que este determina -por ejemplo- la posición del socio en la S.A., con respecto a materias como el voto y la asistencia a juntas<sup>7</sup>, ya que existe la posibilidad jurídica de emitir una serie de acciones, en categorías, obligaciones y derechos que concretan una diversidad en la calidad de los sujetos. De igual forma, sirve de referencia para la constitución de las cláusulas societarias y regir el sistema de representación proporcional en la asamblea de socios, para determinar la concurrencia de los *quorums* necesarios.

Otro aspecto funcional es la *responsabilidad*, con respecto a la S.A., las acciones generan una serie de

efectos frente a los acreedores y la responsabilidad solidaria<sup>8</sup>, diferente en el caso de las S.R.L., cuyas cuotas o participaciones limitan las obligaciones a no más allá del aporte de capital<sup>9</sup>. Además, cabe la responsabilidad subsidiaria que podría ventilarse por la autoridad jurisdiccional en la aplicación de la Ley Concursal<sup>10</sup> para los administradores<sup>11</sup>.

Sobre la *retención o intangibilidad*<sup>12</sup>, esta función del capital se define al fijar una cifra base sobre el cual no se puedan distribuir los dividendos, entendiéndose que dicho monto va orientado a mantener la estabilidad prospectiva de la actividad comercial. Un ejemplo de este caso es el cumplimiento de metas por acuerdo de socios que, teniendo una proyección, visualizan que las ganancias serán reinvertidas en aportes al capital, y el excedente será distribuido en tanto se alcancen los términos acordados.

Finalmente, está la función de *cifra de garantía* que, básicamente, es la cantidad que debe existir en la sociedad por haberse comprometido a aportarla los socios<sup>13</sup>, en atención a la responsabilidad adquirida. En palabras más simples, es la materialización práctica del aporte que los socios se comprometieron a entregar en el contrato constitutivo de la entidad, con la finalidad de dar certeza a lo dicho en la correspondiente cláusula, lo que brinda tanto a los socios como a los tratantes con la sociedad la seguridad de que

6 Esto es indispensable, ya que, el nombre de las monedas, se repite en varios países, y estas tienen un valor al tipo de cambio distinto. Es el caso de la moneda llamada dólar, no es el mismo valor de pago para el dólar estadounidense que para el canadiense, por ejemplo.

7 Es importante tomar en cuenta que esto refiere a los derechos políticos y administrativos de los socios, aunado a los económicos, en lo correspondiente a la toma de decisiones, voto y remuneración por la actividad comercial.

8 Ver el artículo 123 de la Ley 3284, Código de Comercio. En lo correspondiente a la S. A.

9 Ver artículo 72 de la Ley 3284, Código de Comercio. En lo correspondiente a la S. R. L.

10 Ver artículo 13.6 de la Ley 9957, Ley Concursal.

11 Ver artículo 92 de la Ley 3284, Código de Comercio. En lo correspondiente a la S. R. L.

12 Ver artículos 27, 100 de la Ley 3284, Código de Comercio.

13 Ver artículo 18, inciso 9) de la Ley 3284, Código de Comercio.

existe un monto que da solidez<sup>14</sup> constante a la actividad económica.

Sobre la relación de los socios con respecto al capital social y su vinculación con el patrimonio, es importante aclarar el tipo de relación que existe entre ambos. Ejemplo de esto son los accionistas (Monge Dobles, 2014, p. 260), quienes no son dueños de los bienes sociales, como suele confundirse usualmente por los mismos socios, sino que jurídicamente es un tenedor de un título que, junto con su debida inscripción en el libro de registro de socios, lo acredita o legitima para el ejercicio pleno de los derechos sociales y será también sujeto de obligaciones.

De ahí surge la importancia tanto del libro de registro de accionistas<sup>15</sup> como el de cuotistas con la finalidad de acreditar esta calidad.

### **I.C. Las acciones y las cuotas sociales**

Tanto las S. A. como las S. R. L. representan sus capitales sociales a través de títulos que se generan concomitantemente con el nacimiento de la entidad, esto como requisito normativo<sup>16</sup> en la descripción de la cláusula correspondiente, situación que genera para los socios el denominativo de cuotistas, ya que son propietarios de las cuotas sociales<sup>17</sup> (o participaciones) en las S.R.L. y para las S.A. la figura de accionistas como dueños de las acciones sociales.

Dadas las características diferenciadoras de las S.R.L. y las S.A. (lo cual no es objeto de estudio en este documento), la calidad de socio en las

entidades ya sea este cuotista o accionista, deriva de lo que el título le permita en lo correspondiente a la proporción al capital social que representen, el patrimonio que significan, junto con los derechos políticos y administrativos que se le confieran.

La “acción” (Monge Dobles, 2014, p. 280) es, junto con el capital, el concepto y el elemento esencial de la sociedad anónima. Inicialmente, se puede indicar que la acción es un documento en el cual se incorpora la condición de accionista, representando de tal forma su participación en el capital que una y otra se transmiten mediante la simple transmisión del documento mediante el endoso. Es precisamente la incorporación al título de una participación económica en la sociedad y de la condición de socio, unida a la simple transmisión, lo que atrae a inversionistas de todo tipo a suscribir acciones.

Particularmente en las S.A., al ser estas el instrumento jurídico de comercio por aclamación, gracias a su versatilidad y vocación orientada a la generación de riqueza y búsqueda de inversión (Reyes Villamizar, 2018, p. 46), se recalca una particularidad muy vigente que es el fenómeno de las *acciones simplificadas*, aludiendo a las innovadoras previsiones en materia de capital y clases de acciones que pueden ser emitidas por la sociedad.

El autor expone una situación jurídica muy común que, si bien para el caso nacional, es una conducta recurrente<sup>18</sup>, se orienta para lograr una ampliación de las fuentes potenciales de financiación a las que pueda acceder la sociedad.

14 Ver artículo 18, inciso 8) de la Ley 3284, Código de Comercio, en lo correspondiente al monto del capital.

15 Ver artículos 687, 120, 140 de la Ley 3284, Código de Comercio.

16 Ver artículo 18, inciso 8) de la Ley 3284, Código de Comercio, en lo correspondiente a la forma del capital.

17 Con respecto a la S. R. L., en otras legislaciones, como la española, los títulos son llamados participaciones sociales, entendiéndose ello para la legislación costarricense como cuotas sociales. Aun así, esta tradición conceptual está plasmada en la Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, como, por ejemplo, en el artículo 27.

18 Ver artículos 121 y siguientes de la Ley 3284, Código de Comercio.

Esto permite contar con diversidad de acciones como las privilegiadas, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, así como las acciones comunes y nominativas de uso habitual, teniendo la necesidad jurídica de definir la clase de acciones<sup>19</sup>, según sea el uso que quiera dársele, hecho que es de gran relevancia registral.

Un tema que envuelve significativamente a los títulos es el anonimato, de forma más pronunciada en la S.A., sobre la concepción de que este fuero de protección es más significativo para esta entidad (ya que la cesión en la S.R.L. es registrable). Para el capital social, el anonimato se cimenta sobre tres pilares, el primero radica en la titularidad de quien es propietario de las acciones o cuota; por otro lado, el valor representativo o referente que esos títulos representan con respecto al patrimonio aportado y, por último, el monto de dividendos por ganancias que recibirán los socios producto de la actividad comercial.

Cada una de las cuotas sociales en las S.R.L. (Monge Dobles, 2014, p. 195), llamadas en otras legislaciones participaciones o partes sociales, tiene un valor nominal, y la suma de los valores nominales de todas ellas es el capital social.

Las cuotas o participaciones sociales en las S.R.L., como ya se indicó, son el medio de apropiación del socio, siendo estas características muy particulares por la naturaleza íntima, familiar y de confianza que envuelve la génesis de la S.R.L., tanto para sus integrantes como para quienes comercian con ellas, al punto de que, dentro de estas limitaciones, van desde la aplicación de protocolos o prioridades<sup>20</sup> para la cesión

(transferencia) de las cuotas y la responsabilidad limitada con respecto a los actos de comercio<sup>21</sup>.

#### **I.D. Capital suscrito y capital pagado**

Cuando se está hablando de capital suscrito, se entenderá que es el monto completo o total del capital social que será utilizado para la actividad comercial, visibilizando una cifra que comprende la base de inversión de los socios.

Por otro lado, el capital pagado es aquel que los socios materializan a través del aporte patrimonial, el que “pagaron” y, por ende, es el actual y vigente.

Para las S.R.L.<sup>22</sup>, el monto total del capital social y todos los socios cuotistas deberán haber hecho el desembolso de, por lo menos, un veinticinco por ciento de cada una de las participaciones que hayan suscrito, teniendo la obligación normativa de cubrir el restante en dinero efectivo o con otro patrimonio, dentro del término máximo de un año a partir de la fecha en que se constituyó la sociedad.

En las S.A.<sup>23</sup>, si el suscriptor (capital suscrito) no paga el aporte oportunamente, los socios fundadores podrán exigir el pago judicialmente o tener por no suscritas esas acciones, ya que, por disposición interna, se fijará un plazo para que el capital quede inscrito y, pasado este plazo, si no queda íntegramente suscrito, los suscriptores quedarán desligados de su compromiso y podrán retirar las cantidades que hayan depositado.

Esta diferenciación conceptual y práctica -entre lo suscrito y lo pagado- tiene una relación estrecha con el desarrollo de los principios

19 Ver artículos 106 y 18 de la Ley 3284, Código de Comercio.

20 Ver artículo 78 de la Ley 3284, Código de Comercio.

21 Ver artículo 85 de la Ley 3284, Código de Comercio.

22 Ver artículos 80, 82 de la Ley 3284, Código de Comercio.

23 Ver artículos 112, 113, 114, 115 de la Ley 3284, Código de Comercio.

generales del capital social, ya que, como se podrá contextualizar en el siguiente acápite, es imperativo que el capital social sea construido a través de la seguridad jurídica que le brindará el acato de los principios en su estructuración.

## **II. Principios generales del capital social**

A continuación, se desarrollará de forma sucinta una serie de principios elementales para el capital social, los cuales derivan de la construcción jurídica de este elemento contractual esencial en la formalización del contrato constitutivo, como parte del desarrollo doctrinario del derecho registral mercantil iberoamericano.

### **II.A. Descripción de un capital mínimo**

Con respecto a la manifestación normativa de un capital social mínimo para las entidades referidas, existe una serie de puntos que se deben valorar, en primera instancia, el concurso mínimo de dos socios constitutivos<sup>24</sup>, lo cual obliga a la creación mínima de dos títulos (cuotas o acciones), cuyo valor podrá variar según sea el monto total del capital.

Por otro lado, se halla el valor mínimo de esos títulos que, para la S.R.L., debe ser un múltiplo de 100 colones<sup>25</sup>, lo que plantea como capital mínimo la suma de 200 colones, teniendo cada cuota el valor nominal de 100 colones. Para las S.A., no existe mención mínima específica, teniéndose que dar un valor de referencia -discrecional- basado en moneda nacional o extranjera para los títulos<sup>26</sup>. Desde el punto de vista legal, el inexistente planteamiento de un capital social mínimo esboza para el operador del derecho y el tratante con las sociedades una premisa de facilidad y

de incertidumbre, una facilidad en tanto (como se ha indicado) no haya una relación uno a uno con el monto del capital y el patrimonio que pueda representar y una incertidumbre, ya que la publicidad registral puede manifestar un valor puramente referencial con intención de cumplir el requerimiento legal de mencionar una cifra registrable que muestre el múltiplo de 100 colones y la inexistencia de valores decimales en el valor de los títulos.

Lo anterior es muestra de lo que se define como *valor ficticio, ruinoso o no representativo*, entendido como la expresión de un monto concluyente para el capital social que no evidencia más que un valor mínimo legal para su correcta formalización ante las autoridades registrales.

Esta situación (Betegón Sanz, 2019) imposibilitaría el uso del capital social como un elemento de ordenación de los diversos tipos sociales dentro del sistema general del derecho de sociedades que sirve para excluir las actividades empresariales de menores dimensiones del ámbito jurídico de la sociedad anónima y para reconducirlas hacia otras formas sociales alternativas que el legislador ha predisposto para atender las necesidades específicas de este tipo de empresas, como también para las sociedad de responsabilidad limitada.

### **II.B. Determinación de los títulos**

La determinación del capital social, con respecto a las cuotas o las acciones en que este se divida, debe delimitarse en su valor nominal y su numeración correlativa.

24 Ver artículos 104, inciso a) y 75 de la Ley 3284, Código de Comercio.

25 Al tipo de cambio, en fecha 11/01/2024 equivale a 0.20 dólar (USD), moneda de curso legal de los EUA. Ver artículo 79 de la Ley 3284, Código de Comercio.

26 Al tipo de cambio en fecha 11/01/2024, equivale a 0.0019 dólar (USD), moneda de curso legal de los EUA.

Si la entidad es una S.R.L., se manifestará el número de cuotas en las cuales el capital social será dividido, el valor o monto nominal de cada una, si estas son desiguales, deberá describirse los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de estos.

En el caso de las S.A., se expresarán las clases de acciones y las series (en caso de que se desee categorizarlas), la parte del valor nominal pendiente de desembolso, así como la forma y el plazo máximo en que deba satisfacerse y si las acciones están representadas por medio de títulos<sup>27</sup>. En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son las acciones nominativas y si se prevé la emisión de títulos múltiples.

### **II.C. Integralidad**

Es indispensable que, cuando se formalice el contrato constitutivo, estén todos los títulos que representarán las acciones y las cuotas suscritas, ya que no se manifiestan por la normativa especializada (podría pensarse que se prohíbe la existencia), en tal momento, acciones o cuotas “en archivo o también llamadas en cartera”, títulos que existen, pero que no están representados en la descripción del capital.

Esta situación desemboca en una idea vinculante, el hecho de que no podrá constituirse un capital social donde este no se tenga suscrito totalmente, en títulos válidos amparados por los medios legales para su óptimo pago y representación en el libro de registro de acciones y cuotas, excluyendo los ya mencionados títulos en archivo o cartera, por su naturaleza.

### **II.D. Desembolso mínimo**

El desembolso mínimo corresponde al monto que deben aportar los socios como patrimonio de inicio para la actividad comercial y para el cumplimiento del requisito legal de contar con una base. En este sentido, la legislación denota una cantidad insignificante como se manifestó en el apartado I. C. de acciones y cuotas sociales.

Es importante recalcar que la no existencia de desembolso no significa que los socios puedan omitir el pago, ya que en las S.R.L.<sup>28</sup>, para iniciar la entidad, se solicita un cuarto del capital suscrito y, para las S.A., las aportaciones deben ser rigurosamente entregadas a la entidad<sup>29</sup>.

Se entenderá que, si bien no se indica un monto de capital mínimo legal, sí existe la obligación legal de aportarlo en las condiciones indicadas.

### **II.E. Permanencia**

La permanencia o estabilidad en el capital social refiere que la cifra expresada en la cláusula constitutiva correspondiente -la cual es indispensable mientras exista la entidad- no podría ser modificada en aumento o disminución, sino a través de los medios normativos permitidos, para este caso, la modificación estatutaria debe cumplir con los requerimientos de forma y fondo correspondientes para el acuerdo, esto en atención a la posterior inscripción registral que amerita.

Lo anterior toma una significativa relevancia, ya que en las S.A. y las S.R.L., no pertenece a la clasificación de las sociedades de capital variable<sup>30</sup>, situación que limita la modificación

27 Lo anterior está relacionado con el apartado I. D.- capital suscrito y capital pagado del presente documento.

28 Ver artículo 80 de la Ley 3284, Código de Comercio.

29 Ver artículo 107 de la Ley 3284, Código de Comercio.

30 Este tipo de sociedades (que este documento no aborda) permite una variabilidad del capital distinto a las tratadas aquí, ya que su modificación responde a factores distintos, fuera del rango normativo que delimita las S. A. y las S.R.L.

del capital al cumplimiento de formalidades normativas.

## **II.F. Realidad**

Este principio del capital refiere dos situaciones prácticas, por un lado, la defensa de acreedores en el cobro de créditos frente a la sociedad y el problema que ocasionan los capitales ficticios, de ahí la nulidad de la creación de títulos (acciones o cuotas) que no posean una relación directa con una aportación patrimonial, ya que el importe nominal al capital deberá ser cubierto a través de bienes dentro del comercio de los hombres que deben ser susceptibles de ser valorados.

En segunda instancia, está el uso de capitales derivados y principales, lo cual es utilizado en algunas ocasiones para constituir sociedades que son propiedad de otras donde el aporte del capital (principal) es el preexistente en las sociedades que constituyen a la nueva, lo que genera un capital derivado para la entidad naciente, entendiéndose que este no es propio, ni existe exclusivamente para esta.

Aunado a lo anterior, están los capitales en la fusión, bajo los términos de capital social principal y derivado. Este caso será analizado en el siguiente tema, en el apartado III.C, correspondiente a fusión.

## **III. Variación del capital social**

### **III.A. Aumento**

Existe una serie de presupuestos que anticipan el aumento del capital<sup>31</sup>, lo que provee desde la

norma herramientas prácticas y útiles para tomar este acuerdo, hecho que debe constar como una decisión en firme a través de una asamblea (S.A.) o una reunión (S.R.L.). Esta modificación estatutaria debe ser formalmente inscrita ante la autoridad registral.

Para las sociedades de S.R.L.<sup>32</sup>, el acuerdo en reunión que daría origen al aumento será válido en tanto este no se realice por suscripción pública, ya sea en valor de cuotas de múltiplos de cien colones, usando obligatoriamente la moneda nacional (como ya se explicó en el acápite I. C.).

Para las S. A., queda claro que, en la escritura, podrá autorizarse a la junta directiva para que, por una o más veces, aumente el capital hasta el límite que se establezca y para que determine las características de las acciones correspondientes<sup>33</sup>, siempre teniendo claro el modo correcto para realizar el aporte, caso particular es el aporte en numerario<sup>34</sup>, cuya formalidad en la asamblea debe dar pie a las daciones de fe de quien ejerce esta potestad derivada del Estado, en la presentación del acuerdo estrictamente protocolizado<sup>35</sup>, las cuales refieren que se depositará el dinero en un banco del sistema bancario nacional, que la cuenta debe estar a nombre de la entidad y, finalmente, que el dinero será entregado y depositado por el o la representante legal.

Es recurrente la utilización de títulos valores para el aumento del capital social, especialmente la letra de cambio (Linares Vesga, 2022, p. 41) que, como menciona el jurista, están dentro de la clasificación de contenido crediticio por ser instrumentos jurídicos que incorporan un orden o una promesa incondicional de pagar

31 Ver artículo 30 de la Ley 3284, Código de Comercio.

32 Ver artículos 79, 80 y 81 de la Ley 3284, Código de Comercio.

33 Ver artículo 106 de la Ley 3284, Código de Comercio.

34 Ver artículo 107 de la Ley 3284, Código de Comercio.

35 Ver artículo 30, inciso B), primer párrafo de la Ley 3284, Código de Comercio.

una determinada cantidad de dinero, por lo que es una herramienta útil con el fin de aumentar el capital, sin contar con el respaldo patrimonial al momento.

Desde el punto de vista jurídico, es importante aclarar qué significan los conceptos de *utilidad* y *capitalización de utilidades*, ya que ambos son medios habituales en el ascenso del monto.

La utilidad es el grado de satisfacción o placer que tiene un producto o servicio (dentro del comercio de los hombres) sobre la necesidad de quien lo desee consumir. Sobre esta lógica, se puede indicar, en la práctica, que, en la medida en que un producto o servicio posea una mayor utilidad, el deseo o requerimiento de consumirlo aumentará, y se podría buscar más cantidades de este, al menos hasta saciar la necesidad creada, lo cual arroja una imposibilidad por parte de los socios de usar este medio -la utilidad- para acrecentar el capital social, ya que no representa un medio tangible para tal fin.

Con respecto a la capitalización de utilidades, este es el proceso mediante el cual una sociedad toma la decisión de reinvertir las ganancias que fueron acumuladas producto de la actividad comercial que, en lugar de distribuirlas a los socios, estas utilidades no se distribuyen en dinero, sino en acciones o cuotas (participaciones), omitiendo girar los cheques, depósitos o cualquier otro medio de pago a cada socio, la empresa les emite títulos y, de esa forma, se distribuyen utilidades sin que se les paguen.

Este es un medio de capitalizar la entidad sin el ingreso de nuevos accionistas o cuotistas que podrían diluir la participación de los socios, la no distribución de utilidades posibilita a la sociedad mantener en su poder unos recursos importantes

(patrimonio), teniendo en cuenta que, desde el punto de vista financiero-contable, generalmente es mucho más económico recurrir a llevarlas a convertirse en utilidades retenidas, puesto que, al haberse dispuesto como tales, ellas suelen generar una serie de intereses a favor de los socios, ya que se convierten en un pasivo.

Siendo más concreto, es importante reconocer que ningún socio estaría muy de acuerdo en tener utilidades retenidas sin que estas le generen rendimiento. Pero si estas se capitalizan, se convierten en cuotas (participaciones) o acciones que aumentan el aporte de los socios.

En este sentido, el papel de quien ejerce la contaduría pública autorizada es de suma importancia, ya que esta profesional al poseer fe pública tiene la capacidad de brindar certeza sobre el aporte por capitalización de utilidades, lo que lleva a todos los y las intervinientes confianza sobre lo que se está gestionando.

El aumento del capital social siempre corresponderá a un aporte, capitalización de reserva o fondos especiales que aparezcan en el balance societario<sup>36</sup>, para el desarrollo comercial de la entidad. Esta situación, en principio, representa estabilidad, fortaleza y confianza, espectro que debe ser constatado verificando cuál es el patrimonio que respalda ese capital social y, por ende, su solidez.

### **III.B. Disminución**

La disminución procede desde la posibilidad legal brindada<sup>37</sup> tanto para S. A. como S.R.L., en cumplimiento de presupuestos dados, mediante el reembolso a los socios o la liberación de sus obligaciones pendientes por concepto de aporte y por absorción de pérdidas.

36 Ver artículo 30, incisos a) y b) de la Ley 3284, Código de Comercio.

37 Ver artículo 31 de la Ley 3284, Código de Comercio.

Por esta situación, el legislador procura resguardar a quien posee un derecho de crédito, indicando que estos podrán oponerse a la disminución de capital, si prueban frente a la autoridad jurisdiccional -a través de la vía incidental- una causa de perjuicio para sus intereses.

Frente a las dos causales mencionadas en el párrafo anterior, se plantea otra serie orígenes de reducción (Betegón Sanz, 2019) como la fijación de una cifra demasiado alta en el momento de la constitución de la sociedad, lo cual puede perjudicar la rentabilidad de la persona jurídica (en cuyo caso, se reducen el capital y el patrimonio social, pues se restituyen sus aportaciones a los y las accionistas o condonando sus dividendos pasivos).

Otra causal es la adecuación de la cifra del capital al valor del patrimonio reducido a consecuencia de pérdidas (aquí tan solo se reduce la cifra del capital para acomodarla al patrimonio reducido por las pérdidas). Y, por último, es el caso de que algunos accionistas (personas físicas o jurídicas) se hayan separado de la sociedad, la entidad adquiere sus propias acciones o se revisan las valoraciones iniciales asignadas a las aportaciones no dinerarias.

Para esta variación del capital social, las S. A. tienen un fenómeno particular y es que ellas podrán autorizar a la junta directiva para que lo acorte, cuando la disminución sea por cancelación de acciones rescatadas<sup>38</sup>, siendo estas acciones aquellas que se amortizan a solicitud de los socios.

Para la disminución del capital social, es importante observar detalladamente en qué condiciones se está dando este decaimiento, con

la finalidad de no incurrir en causal de disolución<sup>39</sup> por la pérdida definitiva del cincuenta por ciento de los títulos societarios, siempre contemplando la contingencia de que los socios repongan dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente.

### III.C. Fusión y escisión

La fusión es el acto jurídico de fundir dos o más entidades jurídicas en una. En este fenómeno (Betegón Sanz, 2019), se reconocen dos tipos: la fusión en una nueva sociedad que implica la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios a una nueva sociedad y, por otro, la absorción de una o más sociedades por otra ya existente que adquiere los patrimonios de las sociedades extinguidas, aumentando su capital social en la medida que proceda<sup>40</sup>.

La fusión (Arenas García, 2000, p. 359) de dos o más sociedades precisa, esencialmente, que cada una de las sociedades implicadas adopte el acuerdo de participar en el proceso de fusión y, posteriormente, la formalización por parte de todas las sociedades intervinientes del “contrato de fusión”, el cual, en los casos de fusión por constitución, supone el nacimiento de una nueva sociedad y, de fusión por absorción, la prevalencia de alguna de las entidades que será amalgamada.

Los capitales sociales principales y derivados toman relevancia en la fusión y, como ya se mencionó anteriormente, generan efectos distintos en la sumatoria del capital resultante. Si una sociedad es dueña del capital social de la entidad que será absorbida y, en su momento, esta no presenta un capital propio, sino derivado, al convertirse ambas en una sola, el capital no

38 Ver artículo 106 de la Ley 3284, Código de Comercio.

39 Ver artículo 201, inciso c) de la Ley 3284, Código de Comercio.

40 Ver artículo 220 de la Ley 3284, Código de Comercio.



aumentará, como se describe en el siguiente ejemplo:

*Las sociedades “A y B” tienen un capital social de \$100 (USD) cada una, ambas sociedades son socias fundadoras de la sociedad “C”, a la cual le aportan sus capitales sociales que sumarían \$200 (USD) con la finalidad de que esta sociedad “C” cumpla con el requerimiento legal para nacer a la vida jurídica, situación que acarrea el aporte de un capital principal -real- de \$200 (USD) de la “A y B”; pero que, al ofrecerlo a la entidad “C”, este sería derivado -no real y exclusivo de esta última. Si a futuro, “A y B” se fusionan con “C”, la sumatoria de esos tres capitales sociales sería \$200 (USD), no \$400 (USD), ya que como se explicó, el capital de “C” es derivado y no principal como son los de “A y B”.*

En el caso de la escisión, al retrotraerse los efectos de la fusión y volver las sociedades amalgamadas a su estado original, los capitales sociales se reconstituyen en las entidades separadas, situación que requiere su división y, por tanto, describir con detalle cómo quedará este para efectos de la cantidad de títulos y su correspondiente valor.

En la escisión, podrá variar el capital, ya que, en la etapa de fusión, este pudo mutar en aumento o disminución, lo que repercutirá al ejecutarse la separación de las sociedades.

La llamada escisión (Certad Maroto, 2004, p. 66) propiamente dicha se produce como consecuencia de la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una se transmite en bloque a dos (o más) sociedades de nueva creación o es absorbida por dos (o más)

sociedades ya existentes (llamadas sociedades beneficiarias que pueden ser de cualquier tipo) o ambas cosas a la vez. A esta figura se le llama **escisión total** y se caracteriza porque la sociedad escindida se extingue sin disolución, liquidación y definición de sus relaciones con sus acreedores y entre sus socios, dado que la actividad continúa en cabeza de las sociedades beneficiarias que asumen los correspondientes derechos y obligaciones de acuerdo con la cuota patrimonial que se les transfirió a ellas.

El autor citado continúa expresando que estamos por el contrario ante una **escisión por incorporación** cuando se produce la separación en una o varias partes del patrimonio de una sociedad (en Europa necesariamente anónima), sin que se produzca su extinción, traspasándose en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes (sociedades beneficiarias de cualquier tipo) o ambas a la vez.

Por supuesto, aquí la sociedad escindida no se extingue, pero debe disminuir su capital social en medida proporcional al capital neto transferido, continuando la actividad paralelamente a las sociedades beneficiarias. Esta es la llamada **escisión parcial**.

La escisión como antítesis a la fusión se fundamenta en la ejecución del principio de autonomía de la voluntad (libertad contractual o autonomía contractual) de cara a la de asociación, como aquel acto por parte de los socios en deshacer el vínculo contractual que dio origen a la reunión de las entidades que, para efectos normativos, se consagra en la carta magna<sup>41</sup>.

En este sentido (Rallo, 2019, p. 76), debe entenderse que la libertad contractual permitirá que cada individuo cree derechos positivos o negativos en favor de otros individuos. Por

41 Ver Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 25.

tanto, el originario derecho negativo de libertad permitirá que las personas generen (de manera voluntaria) derechos positivos derivados. Esta posibilidad les permite a quienes tienen interés, retrotraer los efectos de la situación jurídica consolidada junto con la individualización de las sociedades y, por ende, proseguir con el giro comercial.

### **III.D. Transferencia de títulos (acciones y cuotas)**

La transferencia de acciones y cuotas se efectúan a través de contratos, como son la compraventa o donación junto con el carácter hereditario que tienen estos títulos, ya que representan patrimonio susceptible del juicio universal procedente.

En cuanto a la transmisión plena de las acciones nominativas (Monge Dobles, 2014, p. 273), la norma citada establece que se deben transmitir por endoso nominativo y su inscripción en el registro respectivo. Para ello, la doctrina española dispone que será necesaria, en primer lugar, la concurrencia de un negocio causal (*causa traditionis*) acompañada de la tradición del título.

Dicha tradición exige su anotación en el mismo título, lo cual se realiza mediante el endoso respectivo. Además, es necesaria la inscripción en el libro de registro de accionistas, la cual deberá ser realizada por quienes tienen a cargo la administración, exhibiendo el título transmitido y una vez comprobada la regularidad de la cadena de endosos consignados en el dorso de la acción.

La cesión de cuotas para las S. R. L.<sup>42</sup> posee la particularidad de que puede ser reportada o no a

la autoridad registral, con la finalidad de que, en la publicidad, se manifiesten dicho movimiento tomado por acuerdo de socios en el libro de reuniones y la modificación que esto producirá en el libro de registro de cuotistas. Esta conducta facultativa les brinda a los cuotistas la posibilidad de mantener la cesión en el anonimato.

Para las S. A., la transferencia de las acciones es completamente privada, teniendo que registrarse únicamente a nivel interno en los libros correspondientes de asamblea de socios y registro de accionistas. Esta característica es en esencia la génesis misma del anonimato en las sociedades anónimas, cuya excepción se particulariza en la normativa que regula el registro de transparencia y beneficiarios finales.

### **III.E. Aportes y retiros**

Desde el punto de vista normativo, los aportes poseen una serie de dimensiones sobre las cuales pueden ser proveídos a la entidad<sup>43</sup> que, como según lo refiere (Aramouni, 2011, pp. 71 y 89), se materializan en especie o no dinerarios, debiéndose integrar totalmente en el acto de constitución -o con posterioridad-, y su valor se debe justificar del modo previsto en el contrato social, puede consistir en obligaciones de dar y debe referirse a un bien determinado.

El aporte en esencia es un medio para alcanzar un fin, es decir, el aumento del patrimonio que representa el capital social<sup>44</sup>. Dichas aportaciones se pueden realizar en numerario<sup>45</sup> o pueden ser no dinerarias, trascendiendo a patrimonio material o inmaterial<sup>46</sup>.

42 Ver artículos 85, 86 de la Ley 3284, Código de Comercio.

43 Ver artículo 29 de la Ley 3284, Código de Comercio.

44 Ver artículo 30, inciso a) de la Ley 3284, Código de Comercio.

45 Ver artículo 107 de la Ley 3284, Código de Comercio.

46 Ejemplos de esto son los derechos de propiedad intelectual, o bien, los bienes inscribibles en el área de muebles e inmobiliaria.

En este sentido (Arenas García, 2000, p. 295), uno de los objetivos de este -el aporte- es evitar que la cifra del capital social no responda a las capacidades reales de la sociedad, con la finalidad de que las aportaciones que realizan los socios sean efectivamente desembolsadas y tengan un contenido patrimonial cierto.

A nivel operativo, existe una reflexión de suma importancia planteada por el mismo autor, con respecto al aporte. Señala que el capital social constituye la garantía primera de las deudas que contraiga la empresa, no apareciendo en principio más que como una cifra en la escritura de constitución de la sociedad que los socios se comprometen a aportar, llamando la atención de que no existe ningún incentivo para que los socios desembolsen efectivamente el capital que se han comprometido a aportar.

Existe la posibilidad de realizar los aportes en diferentes momentos, tanto en la constitución<sup>47</sup> de la sociedad como a futuro. En este sentido, el trámite registral para acrecentar el patrimonio siempre está a disposición de los socios, situación que repercutirá a instancias privadas o públicas con relación al capital social.

En instancias privadas, la configuración de las acciones o cuotas podría variar -si así lo disponen los socios- según sea su referencia al patrimonio, en el entendido de que la mencionada referencia sobre los títulos requiere un acomodo. Esta situación debe constar en el libro respectivo de registro de socios- a la nueva situación producto del aporte.

Sobre esta misma línea, la persecución pública consistiría en la variación de los títulos y montos del capital a nivel de las autoridades registrales,

en acuerdo de modificarlo y, de esta forma, variar su manifestación en la publicidad.

La anterior reflexión vincula el *principio de realidad* en lo concerniente a la certeza y seguridad en la trazabilidad de las actividades comerciales.

Con respecto al retiro, antítesis del aporte es un medio jurídicamente válido para despojar a la entidad del patrimonio que otrora fue aportado, cumpliendo los mismos requerimientos de fondo, tales como la particularización de los bienes, su titularidad y el acuerdo de los socios en la desafectación de las cosas, se procederá a nivel registral y contable con la alteración del capital social, según sea el resultado de dicha decisión, en tanto este sea modificado, representado o segmentado, producto de lo que, en el pasado, formó parte de su haber.

### **III.F. Suscripción pública en las sociedades anónimas**

Esta posibilidad normativa es exclusiva de la S. A.<sup>48</sup>, teniendo como finalidad realizar una convocatoria a un público meta -futuros inversionistas-, con la finalidad de atraer recursos y así hacer crecer el giro comercial a través de la inversión, con la causalidad de generar riqueza. La suscripción pública posee un amplio espectro de impacto, ya que es un canal de atención económica, usando como gestor a la junta administrativa de la entidad.

La suscripción pública o también llamada oferta pública guarda una estrecha relación con lo indicado por el profesor (Sowell, 2013, p. 135), donde para quienes administran empresas las ganancias son obviamente deseables y las pérdidas deplorables.

47 Ver artículo 18, inciso 9) de la Ley 3284, Código de Comercio.

48 Ver artículos 107 al 115 de la Ley 3284, Código de Comercio.

Sin embargo, la economía es diferente a la administración de empresas. Desde el punto de vista de la economía en su conjunto y de la principal preocupación de la economía—a saber, la asignación de recursos escasos que tienen usos alternativos— las ganancias y las pérdidas desempeñan papeles igualmente importantes para mantener y mejorar los estándares de vida de la población.

Queda claro que la suscripción pública abordada no responde a un pensar íntegro de la figura<sup>49</sup>, sino únicamente a sus implicaciones dentro de capital social y la emisión de títulos, para lo cual el Tribunal Segundo Civil, Sección II, ha manifestado que, en figuras como el aumento de capital relacionado con contratos de suscripción de nuevas emisiones (acciones), nos hallamos en presencia de una sociedad en funcionamiento que pretende incorporar nuevos capitales y, en consecuencia, nuevos socios para el desarrollo de su objeto social, o el supuesto de que un socio pretenda incrementar su participación societaria, se trata de un contrato consensual y oneroso.

Para las sociedades anónimas que realizan oferta pública de las acciones (Aramouni, 2011, p. 102), la asamblea puede aumentar el capital social sin límite y sin necesidad de reformar el estatuto. El autor dilucida los efectos prácticos al operador del derecho, las implicaciones de dicha oferta y los efectos en el capital, con independencia de la obtención de riqueza para invertir.

Como se infiere, el aporte de recursos por los inversionistas aumenta el patrimonio y, por tanto, el valor intrínseco en las acciones o el aumento de estas por la emisión correspondiente. Para el tema que nos atiende -el capital social- desencadena una posibilidad de acrecentar la compañía y, de paso, generar un flujo de ingresos para el crecimiento.

### III.G. Holding societario

Conceptualmente, este fenómeno se define cuando una sociedad financiera que es propietaria posee o controla la mayor parte de los títulos (acciones o cuotas) de un grupo de otras empresas; es decir, existe una sociedad que se le denomina matriz -como la principal- y otra serie de personas jurídicas llamadas filiales -que son las accesorias-, las cuales mantienen una relación entre sí, pero protegiendo sus características individuales. La entidad matriz ordena los aspectos operacionales, legales y financiero-contables para integrarlos entre sí con el principal fin de mantenerlas controladas.

Desde el punto de vista operacional, una *holding* es una sociedad mercantil, cuya principal o única función es poseer o administrar el patrimonio de otras sociedades o compañías, las cuales, si bien cuentan con personalidad jurídica (razón social, cédula jurídica, etc) propia, no poseen autonomía de decisión, ya que la *holding* ejerce el control de la gestión a través de la participación en sus capitales, teniendo esta matriz la mayoría de los derechos de voto pudiendo nombrar o destituir a la mayoría de los y las miembros del órgano de administración.

Como ya se indicó, la sociedad matriz, al tener el poder de disponer y administrar el patrimonio, puede hacer variar el capital social, tanto de la *holding* como de las filiales.

Es habitual que la sociedad *holding* se constituya como una nueva entidad, desde cero, mediante escritura pública notarial formalmente inscrita en el registro mercantil, siempre sobre la premisa de que los socios de las entidades filiales deben aportar sus cuotas o acciones a la nueva sociedad que se convertirá en la matriz, y deben renunciar

49 En el entendido de que la suscripción pública es una herramienta jurídica que permite como una forma de constitución exclusiva de la sociedad anónima.

a una serie de derechos como el de adquisición preferente<sup>50</sup>.

También existe la posibilidad de usar una sociedad mercantil ya existente que pasaría a ser la sociedad matriz, para, en este caso, hacer un aumento de capital de la sociedad existente para poder emitir acciones nuevas que se requerirán producto de su nueva vocación.

Queda claro que el fenómeno del *holding* afecta al capital de la sociedad mercantil, según sean los presupuestos sobre los cuales este se conformó y la gestión de la actividad mercantil de las empresas filiales, según lo disponga la matriz.

### III.H. Variación de moneda

El cambio de moneda se produce habitualmente por dos causales, la primera se origina en la transformación (por ejemplo, pasando de ser una S.A a una S.R.L.) y, por otro lado, el acuerdo societario rogando la modificación estatutaria que originará el cambio de una moneda a otra cuando la norma lo posibilite.

En el contexto de la asesoría letrada, es importante recalcar el detrimento patrimonial que puede causarse producto de la variación. El uso recurrente del dólar estadounidense (USD) en las S.A. al ser reconstituidas como S.R.L. producto de la transformación<sup>51</sup>, se podrían ver afectadas por el precio de venta fijado en el Banco Central de Costa Rica y generar una caída del capital social, en el entendido de que, se toma el tipo de

cambio de la moneda del día en que se celebra el acuerdo que rogará la variación, ya sea por modificación o transformación de cláusula.

Como ya se indicó, las S.R.L. únicamente pueden expresar el monto del capital social en moneda nacional, lo que puede acarrear un detrimento posterior a la transformación por el tipo de cambio. Esta es la misma realidad económico-jurídica que se presentará cuando en una S.A. se tome la decisión de variar la moneda del dólar estadounidense al colón costarricense.

## IV. Implicaciones en la actuación de los operadores del derecho

### IV.A. El notariado público, asesoramiento, protocolización e inscripción

Sobre el asesoramiento notarial, una de las ideas más fuertes (Tapia Ramírez, 2004, p. 21) es la expuesta en lo correspondiente a las implicaciones internas de los derechos patrimoniales que son constituidos por los derechos reales que recaen directa e inmediatamente sobre una cosa, y los derechos personales de crédito o derecho de obligaciones. Los derechos reales y personales tutelan intereses de carácter económico estimados en dinero, y deben servir para satisfacer las necesidades.

La idea del autor cae en tierra fértil en la competencia del escribano en lo correspondiente a contextualizar para las personas intervinientes las repercusiones sobre las cuales serán sometidos

50 Ver artículo 129 de la Ley 3284, Código Comercial.

51 Tómese como referencia el siguiente ejemplo: una S.A., posee un monto total de capital social de un millón de dólares estadounidenses, para la fecha en que se dispuso dicho capital el precio de referencia del tipo de cambio de venta por el BCCR es de 700 colones por dólar, lo cual da un monto de 700 millones de colones. Posterior a ello, se toma el acuerdo de transformar la entidad en una S.R.L., cuyo capital social únicamente se puede expresar en colones. Por ello, en la fecha del acuerdo de transformación cada dólar poseía un valor de 500 colones, lo que generaría 500 millones de colones al tipo de cambio de ese día. Esto conlleva una afectación voluminosa en el patrimonio de la entidad, lo que sucedería de la misma forma si la S.A., cambiara de dólar a colón por un simple acuerdo de socios modificando la cláusula, daba la posibilidad a estas entidades mercantiles de poder variar la moneda del capital según les convenga.

los bienes, esto como un núcleo de saber básico en el compromiso legal inherente a los negocios societarios.

Por otro lado, las protocolizaciones (Mora Vargas, 2016, p. 334) pueden ser: “literales”, cuando se transcribe textualmente el documento; “en lo conducente”, cuando se copia parte de él o lo que resulta de interés para ciertos efectos, y “en referencia” es como “contar un cuento” de la información que resulta relevante. Lo dicho por el o la jurista se envuelve de importancia, en tanto el o la profesional en notariado tendrá que presentar la protocolización que tocó aspectos inscribibles del capital social.

La protocolización que se debe escriturar por el escribano requiere como punto medular no solo una redacción clara con respecto a las rogatorias, sino también un núcleo de daciones de fe que legitiman lo dicho y, por ende, brindan validez a los asientos que serán creados o modificados.

En este sentido, la verificación real, palpable e inmediata con los libros pertinentes da al y a la profesional en notariado la certeza de lo que autoriza, praxis que se cimenta sobre el libro de reuniones o asamblea de socios donde se tomó el acuerdo de variación y el libro de registro de accionistas y cuotistas, lugar donde residirá el acuerdo que deberá tener implicaciones sobre la modificación.

La inscripción se consumará basada en las modificaciones que impliquen la actuación registral, las cuales deberán ser tomadas por acuerdos y protocolizadas con las formalidades de ley pertinentes.

Otro aspecto de suma importancia en este acápite radica en la correcta manifestación del capital ante las autoridades registrales, entiéndase

describir el tipo de títulos, la cantidad de estos, su valor individualizado y el monto total del capital, esto de cara a no caer en una causal de inmovilización administrativa por parte del registro público correspondiente, en el entendido de que, en casos como el expuesto en el apartado II.A., en lo concerniente a detalles como los de S.R.L. por tipo de moneda y valor en múltiplo de las participaciones-cuotas, pueda acarrear la sanción de sacar del comercio a la entidad jurídica producto de la pena que conlleva la inmovilización, tema en el cual el escribano es piedra angular en la asesoría letrada que se debe brindar con el propósito de que no se caiga en estas vicisitudes.

#### **IV.B. Capital social ante la disolución y liquidación**

La afirmación del estado legal de disolución o liquidación para las sociedades que aquí se abordan genera una serie de supuestos en la actuación del operador del derecho, sobre el asesoramiento y arraigo de estos estados a nivel registral, los trámites y procesos que implican y su impacto e intervención en el capital social.

Con respecto a la disolución, esta se produce por una serie de presupuestos ya pautados por la normativa<sup>52</sup>, los cuales se fundamentan básicamente en dos situaciones prácticas, una por acuerdo de socios y otra por disolución sobrevenida.

En el primer caso, el acuerdo de socios provee la posibilidad de disponer retroactivamente del capital mínimo que fue aportado; es decir, indicar la devolución de este y, con ello, cerrar la posibilidad de una futura liquidación; por ejemplo, la devolución del patrimonio aportado o bien de los montos de capital, procediendo formalmente con los movimientos registrales o extrarregistrales

52 Ver artículos 201 y siguientes de la Ley 3284, Código de Comercio.

que estos acuerdos ameriten y, posterior a ello, solicitar al registro mercantil la inscripción del pacto que dará origen al estado de disuelta, a esto se le denomina “distribución anticipada de capital social y patrimonio”, acuerdos que se pueden tomar por los socios en reunión o asamblea cumpliendo los requisitos de ley.

Para el segundo caso, la disolución sobrevenida (vencimiento de plazo, adeudo por impuesto societario etc.), en el supuesto de que la entidad únicamente tenga un capital mínimo, referencial<sup>53</sup> y en la constatable inexistencia de patrimonio (deudas u obligaciones con otros), esta muerte jurídica no causa ninguna relevancia, debido a su ausente riqueza, situación que no amerita un proceso liquidatorio, sino simplemente el entendimiento pleno de los efectos jurídicos definitivos que causa la disolución.

Siguiendo el tema de la disolución sobrevenida, puede representarse el pendiente de distribución del capital social como fuente representativa del patrimonio y el patrimonio mismo a través de bienes tangibles o intangibles, situación que sí ameritaría la rigurosidad del proceso liquidatorio en sede jurisdiccional o notarial, como juicio universal en la disposición plena del patrimonio de la persona jurídica, tanto frente a propios (socios) como de terceras personas interesadas (acreedoras).

Esta situación acarrearía, tanto para la autoridad notarial como jurisdiccional, el conocimiento de fondo sobre el derecho registral patrimonial en

las rogatorias que, posteriormente, serán inscritas en los diferentes registros públicos.

El proceso liquidatorio en sede de quien ejerce la fe pública por medio de la función notarial<sup>54</sup> plantea una serie de retos importantes que, como ya se indicó, radican en la formalidad del proceso y la competencia directora y asesora del escribano, amparado en la relación de normas, etapas procesales y efectos jurídicos que su actuación desemboca en el cierre de este juicio universal. Este accionar detona por una disolución y posterior entrada en el proceso, debido a un acuerdo consiente de los socios o por la explicada disolución sobrevenida.

En síntesis, ante la disolución y liquidación de las S.A. o S.R.L., el capital social es una fuente de acción, bajo los presupuestos antes explicados, teniéndose la posibilidad de disponer de él o no, en existencia o ausencia de patrimonio para distribuir.

#### **IV.C. Registración de los acuerdos sobre el capital social**

Como ya se indicó, los acuerdos que generan la variación del capital social requieren de la intervención de la fe pública a través de quien ejerce la función del notariado para su correcta inscripción registral, cuando esto sea necesario, lugar donde el escribano es el medio catalizador de esta modificación estatutaria, a través de las rogatorias que clarifican ante el registrador la intención real de los socios, frente a la modificación dicha.

53 A modo de ejemplo, en una S. A., un monto de capital social de \$20 (USD) con dos acciones de \$5 cada una, sin ningún tipo de patrimonio a su nombre.

54 En Costa Rica, existe la posibilidad jurídica de tramitar dichos procesos en ambas instancias (jurisdiccional y notarial), según la ley lo posibilite, por ejemplo, para el caso del proceso liquidatorio en sede de quien ejerce la fe pública a través del notariado, este se rige bajo el siguiente marco normativo: Ley 7764, Código Notarial, artículos 129 y siguientes; Ley 3284, Código de Comercio, artículos 209 y siguientes; Ley 9342, Código Procesal Civil, artículos atinentes y los Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial, artículos 56 y siguientes, lo anterior como muestra de las normas básicas que rigen la construcción del expediente.

Se debe rescatar en este punto que el afianzamiento del principio de registración (calificación e inscripción) y la publicidad que este consolida responden no solo al cumplimiento de los requisitos de forma y fondo que atienden la protocolización, sino también la constatación notarial de que lo hecho por los socios se ajusta a derecho y, de esta forma, las actuaciones que no poseen un resorte registral también son completamente legales, nicho donde la función notarial es piedra angular, de ahí que vale la pena citar requisitos generales:

- Acuerdo de la asamblea o reunión de socios.
- Que los administradores (junta administrativa o gerentes-subgerentes) o, en su caso, los socios autores de la propuesta formulen un informe escrito con justificación de esta variación de capital.
- Que se expresen en la convocatoria, con la debida claridad, los extremos que hayan de variarse.
- Que en el anuncio de la convocatoria, se haga constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre esta y de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos.
- Que el acuerdo sea adoptado con las mayorías legales o estatutarias que pueden reforzarlas -sin llegar a la unanimidad- pero nunca rebajar las establecidas por la ley.

Esta exposición de requerimientos (Betegón Sanz, 2019) responde a una serie de disertaciones de orden y formalidad. Nótese que lo indicado ata el cumplimiento mínimo de requerimientos

registrales y extrarregistrales, delegando operativamente al escribano el poder para dar certeza y legalidad a lo rogado.

#### **IV.D. Registro de transparencia y beneficiarios finales**

A nivel operativo, por exigencia de ley, las S.A. y las S.R.L. deben reportar anualmente la composición de su capital social, so pena de que el Registro Nacional no podrá emitir certificaciones de personería jurídica o inscribir documentos a favor de quienes incumplan con el suministro de la información<sup>55</sup>. En este sentido, la sanción acarrea la imposibilidad registral de darles normal consecución a los documentos inscribibles y, por ende, al tráfico jurídico.

Este quebranto del principio de tracto sucesivo registral tiene como hecho generador la formalización ante las autoridades del Banco Central de Costa Rica, administrador del registro de transparencia y beneficiarios finales. El reporte de los detalles sobre la información que se debe suministrar se realiza por medio de una persona formalmente legitimada para ello. Dicha autorización facultará a esta persona con el fin de proporcionar datos ciertos y veraces<sup>56</sup> con base en el libro de registro de accionistas, detallando el tipo de títulos, su valor individual y el monto total del capital, aunado a detalles como las calidades de los socios y de la entidad jurídica etc.

Las implicaciones de los operadores del derecho en este registro de naturaleza hacendaria es indirecta, ya que como se indicó no es protagonista en el reporte de información, pero sí en las repercusiones o efectos jurídicos que pueda generar la omisión de este requerimiento en las inscripciones que se necesiten para la estabilidad del tráfico mercantil ordinario de las sociedades

55 Ver artículo 84 bis de la Ley 4755, Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

56 Ver artículo 7 de la Ley 9416 Ley para Mejorar la Lucha contra el Fraude Fiscal.



de capital, hechos que alertan tanto al escribano como a la persona encargada de juzgar, debiendo estar atentos y consientes de la importancia de esto, frente al espectro de responsabilidades que cubren a las S.A. y las S.R.L.

De esta forma, el capital social representa para el registro de transparencia y beneficiarios finales el insumo básico y elemental del reporte, lo que implica un orden riguroso y claro, conteste con la información interna que debe mantener la sociedad mercantil con respecto a los socios y su condición fáctica en los derechos administrativos, dispositivos, políticos y patrimoniales.

## V. CONCLUSIONES

1. El capital social es la base de confiabilidad para la inversión y la generación de riqueza de las sociedades mercantiles, gracias al patrimonio que se aporte en representación de las cuotas (participaciones) o acciones, en la fiabilidad de los capitales suscritos y pagados.
2. Los principios del capital social marcan para el operador del derecho una ruta de comprensión y construcción del tema abordado aquí, en el sentido práctico de atenderlos, dadas sus implicaciones en la legalidad y certeza.
3. Las variaciones o modificaciones al capital social responden a una multiplicidad de factores, los cuales poseen particularidades muy propias, teniendo hechos generadores distintos al igual que sus efectos, lo que muestra la necesidad de atender, desde un bagaje teórico-práctico, a cada uno de ellos.
4. El ejercicio de la fe pública a través de la función notarial es el primer eslabón del Sistema de Seguridad Jurídica Preventiva Patrimonial. En sus competencias de cara al capital social, posee un poder de asesoramiento letrado y la capacidad

de cartular en sentido de legalidad, transparencia y eficacia.

5. En el entendimiento teórico-práctico para los operadores del derecho, la comprensión y las delimitaciones representan un núcleo de claridad y confiabilidad en el impacto que estos puedan tener de cara a la incursión en el derecho de sociedades, la función notarial y jurisdiccional junto con el derecho registral mercantil.
6. Las implicaciones económicas del buen uso, fiabilidad y certeza de instrumentos jurídicos contractuales como la Sociedad Anónima y las Sociedades de Responsabilidad Limitada representan una oportunidad de inversión y desarrollo para los socios capitalistas.
7. El capital social de las entidades mercantiles es una de las bases de confiabilidad en el tráfico de bienes inscribibles, mercancías y servicios, de ahí que se debe corroborar la solidez del patrimonio que manifiesta la entidad.
8. A través del sistema de tabulación y resguardo de información registral patrimonial de folio personal, el derecho registral mercantil genera una serie de efectos particulares sobre los instrumentos jurídicos inscribibles, dentro de esta disciplina especializada, lo que exige al operador del derecho un entendimiento pleno de esta.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Aramouni, A. (2011). *Derecho societario aplicado*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Arenas García, R. (2000). *Registro mercantil y de derecho del comercio internacional*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- Asamblea Legislativa. (7/ 12/ 2023). Ley 3284. *Código de Comercio*. Obtenido de SINALEVI:

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=6239](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=6239)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (14/ 2/ 2024). *Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*. Obtenida de SINALEVI: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=48392&nValor3=93996&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=48392&nValor3=93996&strTipM=TC)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (8/ 2/ 2024). *Ley Concursal de Costa Rica*. Obtenida de SINALEVI: [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=94451&nValor3=0&strTipM=TC](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=94451&nValor3=0&strTipM=TC)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (18/ 1/ 2024). *Ley Registro de Transparencia y Beneficiarios Finales*. Obtenido de SINALEVI: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90880&nValor3=121940&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90880&nValor3=121940&strTipM=TC)

Betegón Sanz, C. (2019). El capital social. *Tema 10. Curso Anual de derecho registral iberoamericano mercantil (CIDERM III)*, pp. 1-3. Ciudad de Antigua: Colegio de Registradores de España.

Certad Maroto, G. (2004). Algunas lucubraciones sobre escisión de sociedades. *En Revista de Ciencias Jurídicas. Número 104*, pp. 61-70. San José: Universidad de Costa Rica.

Frasser Arrieta, C. A. (2022). *Manual de derecho comercial societario*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

La suscripción pública en la sociedad anónima, 00-000210-0011-CI. (13 de marzo de 2001). Tribunal Segundo Civil. Sección II.

Linares Vesga, J. A. (2022). *Lecciones de títulos valores*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez .

Monge Dobles, I. (2014). *Curso de derecho comercial*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S. A.

Mora Vargas, H. (2016). *La función notarial*. San José: Investigaciones Jurídicas S. A.

Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica. (22/ 2/ 2024). *Reglamento del Registro de Transparencia y Beneficiarios Finales*. N.º 41040 -H. Obtenido de SINALEVI: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86343&nValor3=111995&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86343&nValor3=111995&strTipM=TC)

Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica. (22/ 2/ 2024). SINALEVI. Obtenido de Ley para Mejorar la Lucha contra el Fraude Fiscal. Ley 9416: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=83186&nValor3=106701&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=83186&nValor3=106701&strTipM=TC)

Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica. (14/ 2/ 2024). *Reglamento general sobre legislación contra el narcotráfico, actividades conexas, legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada*. Obtenido de SINALEVI: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=71828&nValor3=111994&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=71828&nValor3=111994&strTipM=TC)

Rallo, J. R. (2019). *Liberalismo. (Los 10 principios básicos del orden político liberal)*. Barcelona: Centro de Libros PAPPF.

Reyes Villamizar, F. (2018). Ley Modelo de la OEA sobre Sociedades por Acciones Simplificadas. En F. y. Reyes Villamizar. *La SAS y su influencia en América Latina*, (p. 47). Bogotá: Legis Editores S. A.

Sosa de Irigoyen, M. S. (2003). *Cancelación registral de las sociedades comerciales*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Sowell, T. (2013). *Economía básica*. Barcelona: Deusto.

Tapia Ramírez, J. (2004). *Bienes -derechos reales. Derechos de autor y registro público de la propiedad-*. Ciudad de México: Editorial Porrúa S. A.

Tena, F. d. (2010). *Derecho mercantil mexicano*. Ciudad de México: Editorial Porrúa S. A.



# TUTELA DEL DERECHO AL HONOR DE LAS PERSONAS SERVIDORAS PÚBLICAS

MSc. Adrián Molina Elizondo\*

## RESUMEN

El presente artículo pretende puntualizar los posibles desencuentros, las soluciones doctrinales y el tratamiento normativo y jurisprudencial que suscita el enfrentamiento del ejercicio de la libertad de expresión, cuando comprende particularmente la exposición generalizada de los comportamientos y actividades desplegadas por las personas servidoras públicas, tanto en el ámbito estrictamente laboral como en el personal, frente a la tutela del derecho fundamental al honor y resguardo de la dignidad humana.

**Palabras clave:** honor, dignidad, libertad de expresión, función pública, derechos fundamentales, interés público.

## ABSTRACT

This article aims to highlight the possible disagreements, doctrinal solutions, and normative and jurisprudential treatment that arise from the clash between the exercise of freedom of expression, when it particularly includes the widespread exposure of the behaviors and activities deployed by public servants, both in the strictly labor and personal spheres, against the protection of the fundamental right to honor and the preservation of human dignity.

**Keywords:** honor, dignity, freedom of speech, public office, fundamental rights, public interest.

Aprobado: 10 de abril de 2024

---

\* Es máster en Derecho y Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España y máster en Administración de Justicia, Enfoque Socio-Jurídico con Énfasis en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional. Se ha destacado en el Poder Judicial como fiscal auxiliar del Ministerio Público, juez 3 penal y juez 4 penal de juicio. Correo electrónico: [adrianmolinaacr@gmail.com](mailto:adrianmolinaacr@gmail.com).

*El interés por la protección del derecho al honor como límite a los derechos de libertad de expresión y de comunicar información veraz no sólo es cuestión que haya de preocupar a las partes directamente implicadas, sino que a su vez constituye un fin en sí mismo para los poderes públicos.*

**Marc Carrillo**

## SUMARIO

El derecho al honor. Tutela del derecho al honor. Resguardo al honor de las personas funcionarias públicas frente al derecho de libertad de expresión. Tesis despenalizadora de los delitos contra el honor. Tratamiento jurisprudencial de la Sala de Casación Penal. Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo versa sobre la problemática que suscita el ejercicio de la libertad de expresión e información frente al derecho al resguardo del honor y la dignidad, cuando el sustento de la comunicación es constituido por el escrutinio tanto de las labores que desempeñan las personas funcionarias públicas, como de aspectos de su vida privada que significan una exposición mucho más amplia y privilegiada que la que ocurre con el resto de habitantes, debido a la naturaleza de sus funciones.

El trabajo aborda la conceptualización moderna del honor como derecho fundamental, el tratamiento normativo y jurisprudencial en el ámbito nacional e internacional. De seguido, se profundiza en el reconocimiento a la libertad de expresión e información, así como a la existencia de límites. Se hace un recuento además de las tesis que procuran la despenalización de las conductas que se consideran lesivas del honor, y se finaliza con un examen de la jurisprudencia más relevante

de la Sala de Casación Penal costarricense sobre el citado conflicto.

## EL DERECHO AL HONOR

El honor como derecho humano fundamental y personalísimo se remonta con especial énfasis a tiempos muy antiguos, cuando incluso se le primaba en muchos casos sobre el derecho a la vida, y se le asociaba a conceptos como la virtud o la dignidad, de lo cual múltiples relatos literarios dan fe, como ocurre en las grandes obras de autores españoles como Miguel de Cervantes y Lope de Vega, y se traslada luego dicha jerarquización a la realidad social latinoamericana, como igualmente lo ilustran magistralmente autores como Isabel Allende, García Márquez, Borges y Vargas Llosa.

En términos del reconocimiento y la tutela del honor, entendido como un derecho del individuo por su sola condición de ser, la situación ha variado diametralmente con el paso de los años para alcanzar en épocas modernas diversas propuestas por la despenalización de las conductas lesivas de tal atributo, particularmente en el ejercicio de otro derecho fundamental como lo es la libertad de expresión.

El derecho al honor no figura en forma expresa en algunas cartas políticas fundamentales como ocurre en Costa Rica, sino que sus alcances son desarrollados en doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales de justicia, tanto internacionales como ordinarios en el ámbito de cada Estado. Se trata de los llamados derechos innominados, es decir “[...] aquellos que no están positivizados, sin embargo, han sido reconocidos como fundamentales, en particular por las jurisdicciones constitucionales o convencionales a través de la interpretación sistemática de principios, valores y derechos reconocidos en la Constitución”. (Miranda Bonilla, 2019, p. 225).

Este derecho es tratado modernamente como uno de los llamados derechos de la personalidad, es decir, aquellos “[...] bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, individualizados por el Ordenamiento Jurídico”. (Gutiérrez, 2002, p. 767).

La tutela del honor guarda estrecha vinculación con el resguardo a un área privada del individuo, lo que motiva un tratamiento doctrinal, normativo y jurisprudencial similar o conjunto con otros derechos humanos como la dignidad y la intimidad. En lo que respecta a la dignidad humana, el honor ciertamente constituye una expresión que emana de la realización plena y armónica de la primera. En palabras del autor Eduardo Novoa Monreal:

*Todo ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad, la cual tiene una manifestación directa y clara en la estimación que él siente por sí mismo y que espera de los demás. Por esto es que las leyes penales, desde muy antiguo, reprimen las acciones que atentan en contra de ese aspecto de la personalidad que es el sentido del honor [...] esto vendría a significar que el honor de la persona sería como uno de los valores que se consideran cubiertos por el deber de respetar la vida privada ajena. (Citado por Fix Fierro, 2006, p. 129).*

Cuando se habla de estima, se alude a uno de los dos perfiles que comprende el honor: el subjetivo consistente en la apreciación que la persona guarda de sí misma, mientras que el segundo de carácter objetivo se refiere al prestigio, a la fama o reputación que los demás guardan de la persona.

La doctrina recoge dichas vertientes, precisamente como parte del desarrollo legislativo que conduce a la creación de los tipos penales dirigidos a otorgar una tutela diferenciada, tanto a las

posibles afectaciones que una persona pueda generar en la esfera subjetiva, como en la esfera objetiva del honor. La distinción anterior es descrita claramente como sigue:

*El ámbito subjetivo parte de un dato psicológico y se traduce en la valoración personal que el sujeto tiene de sí mismo, aproximándose a la noción de autoestima. En el ámbito objetivo, la apreciación se basa en un presupuesto sociológico construido a partir de la percepción que tienen los demás miembros de la comunidad respecto del individuo. Aquí, observamos la noción de reputación social. (Alarcón, 2020, p. 1021).*

Sureconocimiento en instrumentos internacionales se remonta al año 1948, cuando se suscribe tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos que prescribe en su artículo 12 toda injerencia arbitraria en la vida privada, familia, domicilio, correspondencia de las personas, pero también reprocha todo ataque a su honra o reputación, advirtiendo que tales abusos merecen la protección de la ley, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año que, en su artículo V, igualmente expone el derecho de todos los individuos a obtener protección legal contra ataques abusivos a su honra, reputación, vida privada y familiar. Posteriormente, sería contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 17, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 11.

Por su parte, a nivel jurisprudencial, la Sala Constitucional costarricense hace una primera referencia expresa al derecho al honor en 1994, cuando, a propósito de un reclamo ciudadano por la filtración de un informe policial a manos de la prensa, destaca que:

*[...] la actuación de investigación como se dijo, debe ser razonable y proporcional, respetando el derecho de toda persona a su honor y su dignidad, por lo que los funcionarios encargados de averiguaciones, deben cuidar la reputación de quien puede ser inocente. La investigación debe ser prudente y confidencial, y debe ser hecha evitando hasta donde sea posible el perjuicio al investigado. (Costa Rica, 1994).*

La Sala Constitucional tiene la oportunidad de citar el anterior voto y reiterar aquellos postulados en una nueva resolución emitida en el año 2000, cuando nuevos recurrentes cuestionan igualmente la publicación de información que, según se consigna en el voto, resulta violatoria a sus derechos constitucionales, en daño de la honra o reputación comercial de la empresa amparada y sus representantes; pero esta vez achacándole tal actuación a una representante del Ministerio Público.

Como se comprenderá, la resolución de cita resulta relevante al aludirse expresamente a lo que líneas atrás se indicó que constituía el perfil objetivo del honor; en este caso, el prestigio o reputación no solo de personas físicas, sino también jurídicas. (Costa Rica, 2000).

La Sala de Casación Penal costarricense ha hecho lo propio en el reconocimiento del honor como un derecho fundamental de las personas. Así, en el voto 2011-01167, señala:

*Por su parte, el honor es una representación social de la misma dignidad humana, y al resto de la colectividad se le exigirá respetar y valorar a cada uno de sus miembros, como integrante de la comunidad en que se desarrolla. Desde esa dimensión social se pretende mantener la fama de la persona, con el*

*propósito de preservar esa imagen que le permite desarrollar todas sus funciones y potencialidades. Pero existe además una connotación individual del concepto de honor, correlacionada con la autoestima del sujeto, quien también está obligado a resguardar su propia imagen social, sometida a controles con relación a su identidad, familia, profesión, domicilio, controles que van a verse limitados frente al ámbito de la intimidad.*

## **TUTELA DEL DERECHO AL HONOR**

La defensa de los derechos fundamentales que hayan sido expresamente positivizados o no adquiere su máxima realización en el control tanto constitucional como convencional que llevan a cabo los órganos de justicia, ya sea en forma concentrada o no.

En Costa Rica, como es sabido y quedó de manifiesto en las referencias jurisprudenciales de temprana edad antes puntualizadas, esa tarea es encomendada en forma exclusiva a la Sala Constitucional, quien en palabras del Dr. Rubén Hernández Valle: “[...] es el tribunal que garantiza la dignidad, las libertades y los derechos fundamentales de las personas consagrados en nuestra Constitución Política y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”. (Citado por Alpízar Matamoros, 2019, p. 213).

Lo anterior no excluye la tutela que puede emanar desde la jurisdicción ordinaria a través de los tribunales comunes y que, en lo que respecta al derecho al honor, se ve materializado concretamente en la jurisdicción penal, sin obviar otras vías de reparación como la civil.

Se trata de los delitos contra el honor, principalmente los tipos penales de injurias, calumnias y difamación. En el delito de injurias, se sanciona al que ofenda de palabra o de hecho



en su dignidad o decoro a una persona, ya sea en su presencia o por medio de una comunicación dirigida a ella.

Al tratarse de tipos dolosos, se requiere que el autor conozca que las manifestaciones o actuaciones vertidas revisten un carácter lesivo para el honor del sujeto pasivo o víctima, así como la voluntad de exteriorizarlas. Las ofensas de hecho, llamadas injurias reales o ultrajes, ocurren cuando se ofende a través de gestos, ademanes, actitudes, etc. El bien jurídico tutelado es la dignidad o el decoro, no el sentimiento de autoestima. Si la ofensa es emitida en público, se agrava el delito. Para el autor Carlos Creus:

*Se deshonra cuando se ofende la honra de la persona, es decir, su honor subjetivo, por medio de imputaciones agraviantes que violan el respeto debido a aquella en su carácter de tal y que son dirigidas al mismo sujeto pasivo. Esta es la forma de injuria que en el derecho comparado se ha denominado contumelia, para la cual resulta indiferente que la ofensa inferida trascienda a terceros. (1998, p. 139).*

El tipo penal de difamación sanciona a todo aquel que deshonre a otro o lesione su reputación. La acción típica en este caso comprende igualmente un acto de violencia contra el honor subjetivo u objetivo, mas este delito se distingue de las injurias por la ausencia de la persona destinataria de la ofensa. Algunos consideran más reprochable dicho supuesto fáctico, precisamente porque la víctima no está presente para defenderse. Nótese que el tipo penal de difamación expresamente alude a una lesión a la reputación, por lo que hace referencia al honor objetivo, mientras que el delito de injurias protege el honor subjetivo. En el primero, se divulgan hechos idóneos para afectar la reputación, en el segundo, se emiten más bien juicios de valor o actuaciones que atentan contra la dignidad. Igualmente, el referido autor Creus lo detalla como sigue:

*Se desacredita cuando se vierten imputaciones ofensivas ante terceros que pueden menoscabar la reputación (crédito) de que, como persona, goza el sujeto pasivo ante ellos. Esta forma es la llamada difamación, que requiere no sólo la trascendencia a terceros de la ofensa, sino también que la conducta se integre con la voluntad de lograr esa trascendencia; dándose esas condiciones, es indiferente la ausencia (p.ej., el comentario maledicente) o la presencia del ofendido, sin perjuicio de que en este último supuesto puedan concurrir ambas formas (p.ej., decir, dirigiéndose a los terceros que están con él, «éste es un inmoral»), puesto que el honor aquí atacado es, fundamentalmente, el objetivo. (1998, p. 139).*

En cuanto al delito de calumnia, este se comete cuando el autor atribuye a otro falsamente la ejecución de un hecho delictivo, lo que lo convierte en una de las formas más gravosas de atacar el honor de las personas. El tipo penal admite la autoría directa como la mediata. La acción de atribuir falsamente la comisión de un delito puede llevarse a cabo tanto en presencia como en ausencia de su destinatario, mas si ese hecho se realiza ante una autoridad, se configura un nuevo tipo penal de acción pública llamado denuncia calumniosa, donde el bien jurídico tutelado deja de ser el honor para convertirse ahora en la administración de justicia.

Se incluye como parte de los elementos objetivos del tipo la falsedad de la atribución de delito objeto de reproche, lo que implica que ese carácter debe estar comprendido por el dolo de la persona imputada, de modo que, si la persona autora procede bajo la creencia de que lo manifestado es cierto, se estaría ante un error de tipo que excluye el encuadramiento de la conducta en el delito. El reproche abarca solamente la atribución de

hechos delictivos, por lo que quedan por fuera las contravenciones o faltas que podrían dar lugar entonces a los anteriores ilícitos contra el honor.

En el caso de Costa Rica, como ocurre en varios países latinoamericanos, la legislación penal mantiene la vigencia de las citadas figuras penales, mas cabe destacar que las sanciones contempladas no comprenden penas privativas de libertad, sino solamente se trata de multas, supuesto que obliga a la persona sentenciada a pagar una suma de dinero a la institución que la ley designe. La suma es fijada por un juez o una jueza en sentencia motivada, quien tomará en cuenta la situación económica de la persona, el nivel de vida, los ingresos diarios, gastos razonables para atender tanto sus necesidades como las de su familia, pudiendo acudir a una oficina de Trabajo Social adscrita al Poder Judicial para investigar la verdadera situación económica de la persona sentenciada y las posibilidades de pago.

### **RESGUARDO AL HONOR DE LAS PERSONAS FUNCIONARIAS PÚBLICAS FRENTE AL DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

El ordenamiento costarricense en la letra de Ley General de Administración Pública, artículo 111, denomina a la persona funcionaria pública como aquella “[...] que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva”. En la misma norma, el legislador nacional estimó oportuno equiparar el concepto de “servidor público” al de funcionario público o empleado público, tratamiento que se asume igualmente en este artículo.

Ahora bien, semejante investidura, lejos de eliminar la condición de las personas en cargos de naturaleza pública como sujetos de obligaciones y derechos, prima las primeras en un ejercicio elemental de transparencia ante la sociedad; pero en cuanto a los segundos, especialmente aquellos relacionados con la personalidad, la misma dinámica social parece menoscabarlos cuando se enfrentan a esa demanda de transparencia y rendición de cuentas.

Las personas que se desempeñan en la función pública gozan, como el resto de ciudadanos y ciudadanas del Estado, de la tutela que les proporciona el derecho de la Constitución y las leyes ordinarias a derechos fundamentales, tales como la intimidad, imagen, datos personales y el honor.

En ese contexto, la expresión de manifestaciones que pongan en entredicho tales valores esenciales, ya sea que se realice por vías o ámbitos más privados o que se lleve a cabo a través de medios de comunicación colectiva, merece una protección justa e igualitaria como la que puede demandar toda persona integrante del colectivo social conforme los instrumentos de defensa que el ordenamiento nacional o internacional le concede.

Como se observó antes, las acciones lesivas del honor pueden ser objeto de denuncia ante los tribunales de justicia ordinarios en sede penal, sin perjuicio de otro tipo de reclamaciones pecuniarias como las que se habilitan en la jurisdicción civil.

De esta forma, surge el llamado conflicto entre los derechos fundamentales de libertad de expresión y el honor de las personas en la función pública, consistente por un lado en la posibilidad de informar sobre comportamientos y aspectos de la persona servidora pública de interés general, frente al derecho de estas últimas a que

su dignidad representada entre otros valores por el honor subjetivo u objetivo no sea desbordada intencional y dolosamente bajo la apariencia del ejercicio legítimo de un derecho.

En esa discusión, se ha planteado la primacía de un derecho sobre el otro. En el texto denominado *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que

*[...] las expresiones, informaciones y opiniones atinentes a asuntos de interés público, al Estado y sus instituciones, gozan de mayor protección bajo la Convención Americana, lo cual implica que el Estado debe abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones a estas formas de expresión, y que las entidades y funcionarios que conforman el Estado, así como quienes aspiran a ocupar cargos públicos, en razón de la naturaleza pública de las funciones que cumplen, deben tener un mayor umbral de tolerancia ante la crítica. (2009, párr. 35).*

Igualmente, se destacan posturas que abogan por una sana coexistencia de derechos sin generar odiosas priorizaciones. Tal como la entonces directora de Cooperación de la Secretaría Ejecutiva de la Corte Internacional de Derechos Humanos, María Cristina Fix Fierro lo señalaba:

*Es responsabilidad de las constituciones, los tratados internacionales, las leyes y la jurisprudencia el armonizar los derechos, ya que no existe una jerarquía entre ellos, y en el caso particular del derecho a la vida privada y el derecho a la expresión o información ninguno tiene mayor jerarquía que el otro; los dos existen y*

*tienen que coexistir para fortalecer la dignidad del ser humano. (2006, p. 142).*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere en iguales términos a la necesidad de obtener una “coexistencia armoniosa” de dichos derechos, tal como se consigna en las sentencias de los casos “Kimel vs. Argentina” (párr. 51) y “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” (párr. 50).

Luego de esa línea que postula la vigencia de ambos derechos en términos de consonancia y mutuo reconocimiento, se determinan aquellas posiciones que abogan por el establecimiento de límites al ejercicio de la libertad de expresión, cuando tal ejercicio represente un quebranto a espacios privados de las personas que no ameritan someterse al conocimiento de terceras personas y que pueden derivar en una lesión a su honor. Se trata allí de advertir la existencia de un ámbito donde residen en forma sustancial aspectos privados de la vida de las personas que no pueden someterse libre y felizmente al ojo público, bajo el pretexto de que quien es objeto de dicho escrutinio se trata de una persona funcionaria pública.

Si bien, se citaba *supra*, se valida la oportuna y conveniente demanda de transparencia y evaluación de las tareas encomendadas a las personas servidoras en la función pública, ese tipo de control no podría violentar su honor y dignidad.

Se perfila entonces, como se indicó, la necesidad de establecer límites al ejercicio de información y manifestación de hechos o juicios de valor que invadan aquellos espacios de privacidad inherentes a todo ser humano. En palabras de Enrique Bacigalupo: “Por el contrario, la libertad de expresión y de información cederán siempre frente al derecho al honor cuando se trate de acciones privadas del afectado que carezcan de

vinculación con los asuntos de Estado, con el interés público o con las cuestiones propias de la comunidad social”. (Bacigalupo, 1999, p. 197).

El desencuentro de los derechos fundamentales puestos en la balanza radicaría en la posibilidad de que una persona, en atribución de su derecho al libre ejercicio de expresarse, afecte indebidamente el espacio de privacidad personal que goza otro individuo, al extremo de que resulte grave e injustamente violentados su honor o dignidad.

La situación cobra mayor relevancia cuando esas expresiones se llevan a cabo por medios de prensa, y quien resulta aludido por estas es una persona que se desempeña en la función pública, de modo que sus acciones en el marco de la prestación del servicio a las personas usuarias en general están sujetas a controles y demandas de integridad, transparencia y legalidad.

En este orden de ideas, el elemento distintivo que sirve de límite a la materialización de la libertad de expresión frente al honor de las personas servidoras públicas como cualquier tercero es constituido no solo por un ejercicio objetivo, pero libre de una intencionalidad dañosa de parte del comunicador del dato, sino también por un afán de procurar la veracidad de dicha información. En el caso de las personas funcionarias públicas, hay que sumar la exigencia de un nexo que una la relevancia del dato emitido con su desempeño como servidor del Estado.

A propósito de los primeros pronunciamientos que le correspondió emitir a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica cuando se sometió a su consideración el conflicto entre los aludidos derechos fundamentales, en el voto número 1026-94, ya aludido líneas atrás, destacó que el honor y reputación constituían bienes más preciados de las personas, y los refirió como límites a un derecho que se afirmaba que no era irrestricto, como la libertad de información.

Propiamente estableció en aquella oportunidad lo siguiente:

*VII. Como se indicó el derecho de honor y prestigio, al igual que sus correlativos de intimidad y de imagen, se tornan en los límites de la libertad de información y de la potestad de investigación del Estado sobre hechos punibles. El concepto de honor tiene dos facetas, una interna o subjetiva que se presenta en la estimación que cada persona hace de sí mismo, y otra de carácter objetivo, que es la trascendencia o exterioridad integrada por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad, que es la reputación o fama que acompaña a la virtud. Estos valores fundamentales se encuentran tutelados en el numeral 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y en el artículo 13 inciso 2 aparte a) de ese instrumento se encuentra estipulado el respeto a la reputación como límite del derecho de información. Como se dijo, dicho derecho al honor y a la reputación está íntimamente relacionado con el derecho de intimidad (artículo 24 de la Constitución Política), que a su vez se correlaciona con las garantías de inviolabilidad del domicilio, de documentos privados y de comunicaciones, y con el derecho a la imagen. (Costa Rica, 1994).*

En la misma línea anterior y mediante la resolución n.º 2007-15269, la Sala Constitucional pone en relieve el derecho a la libertad de expresión como derecho fundamental, mas ratifica igualmente como su límite el derecho al honor, entre otros propios de la personalidad humana. Así es como indica:

*IV. Sobre el derecho a la libertad de expresión. La libertad de expresión incluye la posibilidad de cualquier persona de manifestar, difundir o comunicar, por*

*escrito, verbalmente o por cualquier otro medio, en privado o en público, sus pensamientos, ideas, opiniones, creencias, convicciones o juicios de valor (artículo 28, párrafo 1°, de la Constitución Política). En el ejercicio de este derecho fundamental las personas, únicamente, deben respetar los límites extrínsecos generales establecidos para todo derecho como lo son el orden público, la moral y las buenas costumbres (artículo 28, párrafo 2°, ibidem). Desde luego que, también, los derechos personalísimos de las demás personas constituyen una barrera para su ejercicio, tales como el derecho al honor –subjetivo y objetivo (artículo 41 de la Constitución Política), a la intimidad (artículo 24 ibidem) o a la propia imagen (artículo 41 ibidem). Precisamente por lo anterior; en el nivel de la mera legalidad, el legislador ha tipificado, en el Código Penal, los delitos de injurias, calumnias y difamación (artículos 145 a 147) y en el Código Civil Título Preliminar recogió, en su artículo 22, la teoría del abuso del derecho, razón por la cual cualquier persona que haga un ejercicio abusivo y antisocial de un derecho debe resarcir a quien sufra una lesión antijurídica. (Costa Rica, 2007).*

En la misma forma como lo propugnaba la Relatoría para la Libertad de Expresión, la Sala Constitucional, en la resolución de cita n.º 2007-15269, señala claramente que la crítica forma parte de la libertad de expresión como manifestación de una sociedad abierta y democrática donde rigen principios de tolerancia, pluralismo y transparencia, especialmente si se dirige a la gestión o funcionamiento de órganos públicos, a personajes públicos o a personas con notoriedad pública, aunque ello les disguste, pero, a la misma vez, advierte de seguido:

*Lo anterior no significa, por supuesto, que el Derecho de la Constitución prohija, implícitamente, un pseudo derecho al insulto por el ejercicio de expresiones ofensivas, ultrajantes o constitutivas de delito penal o civil, sino que, tal como se ha dicho, es válida la crítica a la gestión o funcionamiento de una persona, un ente u órgano –público o privado quedando sujeto quien la exprese a responsabilidad civil y/o penal, en caso de cometer con ello una lesión antijurídica.*

La libertad de expresión como derecho fundamental evidentemente ha sido objeto de un claro y definido reconocimiento por la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense. En el voto n.º 2009-14384 de las quince horas y cincuenta y cinco minutos del dieciséis de septiembre de dos mil nueve, se establece que esta goza de una fortalecida protección constitucional, conforme se desprende de la interpretación y aplicación de los artículos 27, 28 y 29 de la Carta Magna, normas que comprenden diversas manifestaciones, tales como la proscripción de la censura previa, libre opinión, petición, pronta resolución ante funcionarios públicos y acceso a información de interés pública.

Los magistrados y las magistradas constitucionales aluden además a la teoría de la posición preferente de la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales, cuyo origen se sitúa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense y es desarrollada por el Tribunal Constitucional español. Respecto de este último, se destaca en doctrina lo siguiente:

*En el derecho constitucional español, la tesis de la posición preferente de la libertad de expresión fue recepcionada y desarrollada de forma muy particular, pues en vez de entenderse como una defensa (una presunción de inconstitucionalidad)*

*frente a las medidas gubernamentales o estatales que buscan limitar este derecho, se interpretó como una situación de privilegio frente a otros derechos fundamentales. De este modo, tanto los tribunales ordinarios como el Tribunal Constitucional español han señalado que cuando la libertad de expresión constituye una garantía institucional de la opinión pública libre, ésta tiene una posición preferente frente a los derechos al honor, la intimidad y la voz e imagen propias. (Marciani Burgos, 2005, 365).*

A pesar de lo anterior, en la resolución de interés de la Sala, se matiza dicha teoría, señalando de nueva cuenta la existencia de límites al ejercicio de la libertad de expresión, cuando ocurre por ejemplo con la emisión de datos o criterios carentes totalmente de veracidad, por lo que se consigna lo siguiente:

*Sin embargo es evidente que la posición preferente existe en cuanto el derecho sea ejercido para cumplir con su función legítima en la democracia y por ende como parte esencial del mismo, no para permitir falsedades, rumores o insidias que se esconden detrás del ejercicio de un derecho fundamental con la excusa como se indicó, de una supuesta narración neutral de hechos carentes por completo de veracidad, que causan violaciones a libertades también esenciales desde el punto de vista del sistema de libertad, como lo son el honor de las personas y el derecho a ser informados en forma adecuada y oportuna. (Costa Rica, 2009).*

En torno a la deseada exigencia de veracidad, ciertamente la normativa penal contempla por su lado la llamada prueba de la verdad como una causal expresa de justificación que excluye la posibilidad de reproche.

En su artículo 149, el Código Penal costarricense señala que el autor de injuria o de difamación no es punible, si la imputación consiste en una afirmación verdadera y esta no ha sido hecha por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia. Tanto la Sala Constitucional como la Sala de Casación Penal en Costa Rica han desarrollado ese supuesto. Para el primer alto tribunal:

*[...] jurídicamente no es posible exigir que todo lo que se publique sea verdadero o exacto, pues como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (STC 28/96), pero tampoco puede amparar al periodista que ha actuado con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado. Lo que sí protege es la información rectamente obtenida y difundida “aunque resulte inexacta, con tal de que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente. (STC 178/93). (Costa Rica, 2009).*

La Sala trae a colación la llamada doctrina del reportaje neutral como otro supuesto de causal de exoneración de responsabilidad; es decir, aquellos casos donde el comunicador:

*[...] se limita a dar cuenta de declaraciones de terceros, aun y cuando resulten ser contrarias a los derechos de honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, (STC 22/93), siempre que medie la buena fe, es decir que no se haya enterado el responsable de la difusión de su inexactitud o falta de veracidad, porque a partir de ese momento, de no corregirse se estaría actuando de mala fe, en afectación de otras garantías relevantes para el sistema de libertad.*

En el mismo sentido, se conceptualiza dicha figura como sigue:

La doctrina del reportaje neutral es una elaboración de la jurisprudencia, encaminada a exonerar al comunicador de desplegar un deber de comprobar la veracidad, cuando él mismo no es autor de la información, sino un puro trasmisor de la misma, siempre que ésta verse sobre un asunto de interés público y cite una fuente digna de solvencia. (De Verda y Beamonte, 2012, p. 133).

### **TESIS DESPENALIZADORA DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR**

No se desconoce por su parte la tesis que aboga por la despenalización de los delitos contra el honor. Se trata de una corriente de pensamiento que toma fuerza en los últimos años y ya ha sido materializada en algunas legislaciones de varios países.

La referida Relatoría Especial para la Libertad de Expresión le ha otorgado un decidido y especial impulso a dicha pretensión.

Como postulado sustancial de dicha tesis, figura la idea del uso del derecho penal como *ultima ratio* o el principio del derecho penal de mínima intervención, en términos de razonabilidad y proporcionalidad, frente a la protección otorgada a manifestaciones lesivas del honor de las personas funcionarias públicas, particularmente cuando está de por medio el abordaje de asuntos de interés o relevancia pública.

Se aboga por evitar la criminalización de la protesta o la crítica, como parte del ejercicio de libre expresión atribuible en condición de derecho fundamental a toda persona, sin distingo de su condición o procedencia social.

Por tanto, la Relatoría cuestiona las llamadas leyes de desacato, es decir, aquellas que sancionan a toda persona que ofenda el honor o el decoro de una persona funcionaria pública a causa de sus funciones. Pero también procuran tutelar el orden público, estimando que se trata de normas que desbordan la libertad de expresión protegida por el artículo 13 de la Convención Americana. En Costa Rica, tal figura fue derogada del ordenamiento mediante la Ley N.º 8224 vigente desde el 4 de marzo de 2002.

En concreto, la Relatoría precisa que:

*[...] la apelación al derecho penal no puede ser el primero, sino en todo caso el último recurso cuando se demuestre la extrema gravedad de las expresiones emitidas, el dolo específico con el que actuó el emisor y el daño grave e irreparable que el destinatario no estaba obligado a soportar dado su carácter de funcionario público y el mayor escrutinio al que la democracia lo somete. En aplicación de este test, la Corte ha considerado que la protección de la honra o reputación de funcionarios públicos o candidatos a ejercer funciones públicas mediante el procesamiento o condena penal de quien se expresa—a través de los tipos penales de calumnia, injuria, difamación o desacato—resultaba desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática. (Botero, 2014).*

En el año 2009, se presenta una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 7 de la Ley de Imprenta N.º 32 del 12 de julio de 1902, aún vigente en Costa Rica, norma que sanciona con “pena de arresto de uno a ciento veinte días” a los responsables de calumnia o injuria cometidos por medio de la prensa, advirtiéndose por el promovente que dicha figura penal lesiona precisamente los derechos fundamentales a la libertad de expresión, de prensa, al derecho

de información, acceso a la justicia, los principios de *non bis in idem*, de razonabilidad y proporcionalidad, así como lo dispuesto en los artículos 8, incisos 1) y 2) y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la citada resolución n.º 2009-14384, la Sala Constitucional hace un nutrido recuento sobre varios tópicos de especial relevancia para la discusión de los temas que aquí se desarrollan, reconociendo primero la tendencia doctrinaria que se inclina hacia la despenalización de las conductas como las previstas en la norma cuestionada, siguiendo recomendaciones de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mas puntualizando igualmente que la decisión de penalizar o no los comportamientos, así como su consecuente definición de sanciones se trata en definitiva de un tema de política criminal del Estado, lo cual excede sus competencias al tratarse de una facultad propia del legislador, siempre que se encuentre conforme al derecho de la Constitución.

En idéntica línea, se trae a colación el antecedente de la misma Sala que consiste en la sentencia n.º 2008-016969 donde, a propósito del reclamo por posible violación a los principios de intervención mínima y subsidiariedad del derecho penal, se expone la primacía del principio de reserva de ley consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política, recordando que lo deseable es un ordenamiento regido por una intromisión mínima del derecho penal, pero que la decisión de dar cabida a nuevos delitos y penas es enteramente del legislador. Aun así, en dicho voto, la Sala Constitucional afirma la validez de los tipos penales que tutela las lesiones al honor, señalando:

*No es per se irrazonable que se utilice el derecho penal para proteger el honor de las personas, incluyendo el de los*

*funcionarios públicos o quienes realicen funciones públicas. Las sanciones que contemplan esos tipos penales tampoco resultan desproporcionadas, siendo que en todo caso es el juez el llamado a individualizar la pena en cada caso concreto. (Costa Rica, 2009).*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo señala la Relatoría, profundiza en el tema de la despenalización de los delitos contra el honor y el equilibrio con el derecho a la libertad de expresión.

Se destaca la sentencia “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 2 de julio de 2004 donde se plantea como marco fáctico introductorio la causa judicial precedente y posterior condena por el delito de difamación, emitida en contra del periodista Mauricio Herrera Ulloa, al establecerse que, de su parte, habría favorecido la publicación en medios de prensa de reportajes generados en Bélgica sobre un diplomático de apellido Przedborski, representante *ad honorem* de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria, donde se le atribuye a este último la comisión de graves ilícitos, lesionando con tales publicaciones su honor.

La Corte Interamericana concluye que, en el tanto, el juzgador a cargo del caso no aceptó la prueba de la verdad ofrecida por el acusado, sino más bien exigió que este probara la veracidad de los hechos que narraban los reportajes de prensa, se incurrió en una “limitación excesiva a la libertad de expresión” contraria al espíritu de la letra del artículo 13.2 de la CADH que tutela ese derecho fundamental, y estableció que semejante sentencia “[...] produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad”. (Corte IDH, 2004, Serie C, n.º 107, párr. 133).



La Corte Interamericana retoma el principio de amplia exposición y tolerancia en la función pública a la crítica y opinión, y lo resume de esta forma:

*En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. [De seguido añade:] Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. (2004, Serie C, n.º 107, párr. 128 y 129).*

Esta postura es reiterada en las sentencias de los casos “Kimel vs. Argentina” (Corte IDH, 2008, Serie C, n.º 177, párr. 86) y “Palamara Iribarne vs. Chile” (Corte IDH, 2005, Serie C, n.º 135, párr. 92), mientras que, en la sentencia del caso “Tristán Donoso Vs. Panamá”, la Corte IDH adiciona al argumento que los funcionarios voluntariamente se han expuesto a un mayor escrutinio social, la idea de que estos además cuentan “[...] con mayores y mejores condiciones para responder al debate público”. (2009, Serie C, n.º 193, párr. 122).

En cuanto a la corriente que critica la tipificación penal de las manifestaciones que podrían considerarse ofensivas del honor, la Corte Interamericana sostuvo, entre otros aspectos, que el hecho de imponer sanciones penales como medio de tutela de la honra y reputación genera un efecto amedrentador sobre la libertad de expresión y, en particular, a la discusión sobre asuntos de interés público donde resulten involucradas personas funcionarias públicas. De la misma forma, se señala que la protección normativa de la honra debe ajustarse a los estándares internacionales que exigen equilibrarla con el resguardo a la libertad de expresión. (Corte IDH, 2004, Serie C, n.º 107, párr. 101.2). En igual sentido, en el caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, la Comisión Interamericana razona lo siguiente:

*Los tipos penales de calumnias, injurias y difamación tienden a proteger derechos garantizados por la Convención. El bien jurídico honor está consagrado en el artículo 11 de la Convención por lo que no podría afirmarse que los tipos penales de calumnias e injurias vulneran la Convención. Sin embargo, en los casos en los que la sanción penal que se persigue se dirige a cuestiones de interés público o a expresiones políticas en el marco de una contienda electoral, se vulnera el derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, porque no existe un interés social imperativo que justifique la sanción penal o porque la restricción es desproporcionada o constituye una restricción indirecta. (Corte IDH, 2004, serie C, n.º 111, párr. 72.h).*

En el caso “Kimel vs. Argentina” donde se sanciona a una persona por publicar un libro que critica la forma como un juez investigó una masacre cometida durante los años de la dictadura, la Corte Interamericana hace ver el

despropósito de las sanciones penales, señalando que el derecho penal:

*[...] es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. (Corte IDH, 2008, Serie C n.º 177, párr. 76).*

En el caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, advierte que el derecho penal significa la vía más restrictiva y severa para establecer responsabilidades respecto a una conducta ilícita. (Ver 2004, Serie, C n.º 111, párr. 104).

Todo el anterior panorama que sustenta una clara toma de posición de la Corte Interamericana en favor de resguardar la libertad de expresión frente a los tipos penales que tutelan el honor de las personas funcionarias públicas resulta confrontado luego, en fecha mucho más reciente, con las razones dadas en su sentencia del caso “Mémoli vs. Argentina” emitida el 22 de agosto de 2013. En dicha sentencia, se hace ver que ciertamente existe una evidente identidad entre el ejercicio del periodismo y la libertad de expresión, pues aquel lleva a cabo este derecho “de modo continuo, estable y remunerado” tal como se indica en las sentencias de los casos de “La colegiación obligatoria de periodistas” (párr. 74) y “Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia” (párr. 140.), pero, a la misma vez, se advierte:

*No obstante, la Corte estima pertinente aclarar que ello no significa que los periodistas estén exentos de responsabilidades en el ejercicio de su libertad de expresión. El ejercicio abusivo de la libertad de expresión, sea por una persona particular o por un periodista, puede estar sujeto al establecimiento de responsabilidades ulteriores, conforme al artículo 13.2 de la Convención. (2013, Serie C n.º 265, párr. 121).*

La Corte Interamericana plantea entonces el supra referido deber de exigencia por la veracidad en el ejercicio de información. Se trata de:

*[...] un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes”, razonamiento que ya había vertido antes en la sentencia del caso “Kimel vs. Argentina” (2008, Serie C, n.º 177, párr. 79).*

Llama la atención en este punto que la Corte Interamericana expresamente consigna tanto en esta sentencia del caso “Mémoli vs. Argentina”, como en las sentencias de los casos “Kimel vs. Argentina” y “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” donde las medidas penales como medio de prevención y sanción de conductas que atenten contra el honor no son contrarias a la CADH, de ahí que se toma distancia de las posiciones más tajantes que, como se ha señalado,

impulsan la Comisión Interamericana y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, acerca de la imperativa despenalización de tales supuestos.

En la primera sentencia en estudio, se indica:

*La Corte advierte que, contrario a lo alegado por la Comisión, en el caso Kimel este Tribunal no consideró incompatible con la Convención Americana los delitos de injuria y calumnia en sentido general. Como se ha reiterado en jurisprudencia constante de la Corte, no se estima contraria a la Convención una medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones. (2013, Serie C, n.º 265, párr. 133).*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido criterios similares a los esbozados por la Corte Interamericana. En la sentencia del caso “Lingens” del 8 de julio de 1986, se acoge la solicitud de tutela judicial internacional por parte de un periodista austríaco de apellido Lingens, a quien el que fuera canciller saliente y presidente del Partido Socialista Austríaco Bruno Kreisky le atribuye la comisión de varios delitos de ofensas contra el honor conforme el Código Penal austríaco, originados en manifestaciones publicadas por el primero.

El Tribunal regional de Viena había declarado en efecto a Lingens autor del delito de difamación, el 26 de marzo de 1979. En su sentencia de fondo, el TEDH concluye que se quebrantó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y se demanda, entre otros aspectos, por el establecimiento de una sociedad democrática caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia. (Ver 1986, Serie A, n.º 103, párr. 41).

En lo que respecta a las personas funcionarias públicas, propiamente en el caso de quienes ejercen la política, el TEDH reafirma su mayor exposición frente a particulares, ya que dicha investidura le acarrea:

*[...] inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. Ciertamente, el artículo 10.2 permite proteger la fama ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas. (1986, Serie A, n.º 103, párr. 42).*

La Comisión Europea de Derechos Humanos, al verter sus posturas respecto al caso Ligens en el anexo, demanda una tarea de equilibrio entre los derechos a la libertad de expresión y al honor, estableciéndose la viabilidad de los medios que tutelen al segundo, siempre que no signifique anular al primero:

*De lo dicho no se deduce que las disposiciones contra la difamación no puedan aplicarse a las publicaciones que se refieren a la conducta y a las actitudes de los políticos. El Convenio reconoce también el derecho del hombre público a la protección contra los ataques injustificados a su reputación que se publiquen en la prensa o se expresen de otra manera, como motivo en que se apoyan las restricciones a la libertad de expresión. (2013, Serie C, n.º 265, párr. 75).*

En este último sentido, en los casos como “Castells vs. España”, “Novaya Gazeta y Borodyanskiy vs. Rusia” y “Mamère vs. France”, el Tribunal Europeo valida la existencia de normas penales tendientes a resguardar al ciudadano contra manifestaciones injuriosas o difamatorias emanadas con evidente mala fe o sustento. En el primer caso, el Tribunal hace ver que “[...] permanece abierta la posibilidad para las autoridades competentes del Estado de adoptar, en su condición de garantes del orden público, medidas, aún penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva frente a imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe”. (1992, sentencia 11798/85, párr. 46).

En la sentencia del caso “Novaya Gazeta y Borodyanskiy vs. Rusia”, el Tribunal Europeo precisa que el ámbito de protección que la libertad de expresión otorga al ejercicio del periodista no es ilimitado, aun tratándose de asuntos de relevancia pública, de modo que:

*Aún cuando están amparados bajo la protección de la libertad de expresión, los periodistas deben ejercer sus labores obedeciendo a los principios de un periodismo responsable, es decir, actuar de buena fe, brindar información precisa y confiable, reflejar de manera objetiva las opiniones de los involucrados en el debate público y abstenerse de caer en sensacionalismos. (2013, sentencia n.º 14087/08 del 28 de marzo de 2013, párr. 37).*

Y en el caso “Mamère vs. France”, el TEDH indica que: “[...] si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede prevalecer siempre en todos los casos sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación, ya sea de

personas privadas o de funcionarios públicos”. (2006, sentencia n.º 12697/03, párr. 27).

## **TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL**

A la Sala de Casación Penal como máximo tribunal de justicia en materia penal en Costa Rica le ha correspondido validar la tutela otorgada al derecho al honor de las personas funcionarias públicas frente a la libertad de expresión ejercida en el ámbito periodístico o no, reconociendo, como lo hace el propio derecho de la Constitución, el balance y los límites entre los bienes jurídicos en juego.

Mediante el voto n.º 2011-01167 de las dieciséis horas diez minutos del veintidós de septiembre de dos mil once, la Sala de Casación no solo distingue y conceptualiza la libertad de expresión y el honor, sino también reflexiona como sigue:

*En un Estado Democrático, la libertad de expresión y de información, constituyen dos principios fundamentales que lo caracterizan, lo que implica también que estos dos principios esenciales, encuentren su límite en otros derechos igualmente trascendentes como el honor y la intimidad de las personas, de tal manera que, según los intereses que estén en juego individuales o colectivos, así será la prevalencia de uno sobre otro, surgiendo el conflicto cuando tales principios, que tampoco son absolutos, colisionan entre sí. (Costa Rica, 2011).*

Los razonamientos anteriores conducen a destacar, en la resolución de cita, la prevalencia del ejercicio de comunicación sobre el honor, cuando se trate de información dotada de interés público y cuya emisión no la secunde un acto de

mala fe, incluyendo entonces la ausencia de dolo y el elemento de la veracidad:

*Partiendo de lo anterior, es necesario aclarar, que aun mediando un interés público, debe ser considerada una condición fundamental que haría la diferencia entre un ejercicio al derecho de expresión e información transparente y veraz, y una injerencia inaceptable o menoscabo al honor y la intimidad de una persona, y esa condición viene a estar dada por la veracidad de la información difundida, carente de animus injuriandi en daño del afectado. (Costa Rica, 2011).*

En el mismo sentido anterior, la Sala de Casación se pronuncia en las resoluciones n.° 2005-00880, n.° 2007-01501 y n.° 2011-01167, señalando acertadamente que el solo hecho de difundir una información significa ya una afectación positiva o negativa al honor, intimidad o imagen del involucrado, aun cuando el ejercicio de información periodístico sea ético y objetivo. Se cita además que lo que se exige del comunicador es, aparte de la ausencia de dolo o intención injuriosa, un “mínimo y aceptable soporte probatorio que le proporcione visos de credibilidad y seriedad”. (Costa Rica, 2008).

Según la demanda de veracidad, en completa coincidencia con los postulados emanados de la Corte Interamericana y la Sala Constitucional, la Sala de Casación Penal concluye que se trata de una diligente y responsable búsqueda y evacuación de elementos de convicción que respalden una noticia, junto al desempeño leal y objetivo del comunicador.

Así, en la resolución n.° 2012-01456, el alto tribunal penal, al referirse al caso de un ex juez del Poder Judicial que denuncia por delitos contra el honor a una periodista, acude al elemento de veracidad para descartar el *animus injuriandi*

de esta última y añade otros elementos como de seguido se observa:

*Los criterios empleados por el Tribunal al efecto (veracidad, equilibrio, constatación y contraste de fuentes), son los razonables para lograr el adecuado balance entre el derecho a la información, y la tutela del derecho al honor, porque, como se ha dicho, no se debe exigir a los periodistas el tratamiento de una noticia o de un tema mediante conceptos y categorías del Derecho, ni tampoco debe exigirse una adecuación absoluta entre la noticia y la realidad. (Costa Rica, 2012).*

Posteriormente, en la resolución n.° 2014-00801, la cual versa sobre un proceso donde el denunciante le atribuye al editor de un periódico local que ha incurrido en una publicación difamatoria, por asuntos relacionados con violencia doméstica, la Sala de Casación Penal valida la conclusión del tribunal inferior ordinario en el sentido de que aquella temática sí reviste interés público, que esto torna procedente la aplicación de la *exceptio veritatis*, y que los hechos informados sí se apegan a la realidad, por lo que se descarta la antijuridicidad de la conducta.

## CONCLUSIONES

El derecho al honor representa la tutela a un ámbito privado del ser humano derivado de su propia dignidad, constituido tanto por apreciaciones de sí mismo (perfil subjetivo) como por la apreciación de los semejantes (perfil objetivo). Al tratarse de un derecho inherente a todas las personas, las conductas de terceras personas que puedan resultarle lesivas, pueden ser objeto de amparo y reparación conforme lo establezca previamente el ordenamiento de cada Estado.

Las personas que ejercen cargos propios de la función pública no están exentas de dicha tutela.

El respeto al honor, en conjunto con el respeto al derecho de libertad de expresión, es una exigencia consagrada en diversos instrumentos internacionales y nacionales, cuya colisión ha sido objeto de múltiples pronunciamientos en la jurisprudencia de los tribunales internos como externos de cada Estado.

El conflicto entre los señalados derechos surge cuando se ejerce la libertad de comunicar y opinar sobre las actuaciones de las personas funcionarias públicas, con ocasión de las labores que les fueron encomendadas en razón de dicha investidura, mas en ese ejercicio se exponen informaciones que resultan ofensivas para su honor.

En la necesaria ponderación de dicho conflicto, se ha advertido que las personas en la función pública deben su desempeño a una mayor transparencia y tolerancia a las críticas, lo cual no excluye la posibilidad de reclamar abusos en caso de atropellos injustificados a sus derechos fundamentales.

Como elementos de distinción para resolver el conflicto, existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que la información vertida por el comunicador debe estar revestida de un interés público, y que la conducta esté desprovista de mala fe, sino más bien debe estar conducida por un afán de veracidad, entendida en términos de un actuar diligente y responsable que respalde la emisión de los datos.

Discusión aparte es el tipo de tutela que debe otorgarse a las acciones lesivas del honor de las personas funcionarias públicas, ya que, en los últimos, se aboga por la despenalización de tales conductas procurando que se ventilen únicamente en la vía civil.

En ese sentido, figura como principal impulsora la Relatoría para la Libertad de Expresión, organismo adscrito a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyas tesis han

sido reproducidas en doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

No obstante, tanto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se han mantenido la vigencia y validez de las normas penales previstas en las legislaciones para sancionar los comportamientos de las personas comunicadoras, cuando revelen como elemento subjetivo distinto del dolo el ánimo de injuriar o difamar a la persona funcionaria pública aludida y la ausencia de los supuestos antes indicados de diligencia por la veracidad e interés público del dato.

Queda claro que no se puede avalar el argumento de una primacía absoluta del derecho a informar sobre el derecho al honor de las personas dedicadas al servicio público, aun cuando se trate de asuntos de interés público, ya que el reconocimiento de la transparencia y amplitud de escrutinio por parte de quienes ejercen la función pública no puede significar una licencia para mancillar libremente su dignidad, bajo la excusa de un ejercicio informativo de exposición.

La existencia de tipos penales como forma de prevención de comportamientos tendientes a mancillar el honor de terceras personas no resulta ilegítima, cuando está revestida de parámetros de proporcionalidad y razonabilidad que alcanzan además a quienes corresponde la administración de justicia, parámetros que han motivado, en ordenamientos como el costarricense, que la sanción prevista para esa clase de injustos penales se trata de pena de multa y nunca la privación de libertad u otras más gravosas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alarcón Requejo, G. (2020, diciembre). Interés público y despenalización de los delitos contra el honor cometidos a través de la prensa. Una

evaluación de la experiencia peruana. En: *Política Criminal*. Vol. 15, n° 30, art. 16, pp. 1009-1051. Recuperado de: <http://politerim.com/wp-content/uploads/2020/12/Vol15N30A16.pdf>

Alpízar Matamoros, V. (2019, noviembre). La Sala Constitucional 30 años después. Historia, logros y retos. *Revista Judicial*. Poder Judicial de Costa Rica, n.º 127, pp. 203-222.

Bacigalupo, E. (1999.) *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi S.R.L.

Botero Marino, C. (2014). *Derecho penal y libertad de expresión: deliberación pública, democracia y derecho penal*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

Carmona Salgado, C. (2012). *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31007.pdf>

Carrillo López, M. (1996). *Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor. Derecho privado y constitución*. 10, 91-116. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/17798>

Castillo Córdova, L. F. (2005, enero-junio). ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? En *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. 0 (12), 99-129. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/12/ard/ard4.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985). *Caso La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva n.º OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001) *Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C, n.º 73.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C, n.º 107.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C, n.º 111.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C, n.º 135.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C, n.º 177.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Sentencia del 29 de noviembre de 2011. Serie C, n.º 238.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Sentencia del 3 de septiembre de 2012. Serie C, n.º 248.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Caso Mémoli vs. Argentina*. Sentencia del 22 de agosto de 2013. Serie C, n.º 265.

Costa Rica. (1994) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1994-01026 de las diez horas cincuenta y cuatro minutos del dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Costa Rica. (2000). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2000-

01791 de las nueve horas del veinticinco de febrero de dos mil.

Costa Rica. (2005). Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-00857 de las nueve horas veinte minutos del cinco de agosto de dos mil cinco.

Costa Rica. (2005). Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-00880 de las doce horas cero minutos del doce de agosto de dos mil cinco.

Costa Rica. (2007). Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2007). Resolución n.º 2007-01501 de las dieciséis horas quince minutos del veinte de diciembre de dos mil siete.

Costa Rica. (2007). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2007-015269 de las doce horas y cincuenta y uno minutos del diecinueve de octubre de dos mil siete.

Costa Rica. (2009). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2009-14384 de las quince horas y cincuenta y cinco minutos del dieciséis de septiembre de dos mil nueve.

Costa Rica. (2011). Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2011-01167 de las dieciséis horas diez minutos del veintidós de septiembre de dos mil once.

Costa Rica. (2012). Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2012-01456 de las nueve horas y diez minutos del veinte de septiembre de dos mil doce.

Costa Rica. (2014). Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 201400801 de las ocho horas y cincuenta y cuatro minutos del veintitrés de mayo de dos mil catorce.

De Verda y Beamonte, J. y otro. (2012, julio). La colisión entre el derecho al honor y la libertad de información. (Deber de veracidad y reportaje neutral). En: *Revista Bolivariana de Derecho*. N.º 14, pp. 122-139. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9043845.pdf>

Durán Martínez, A. (1997). El derecho al honor también existe. En: Gros Espiell. *Amicorum Liber. Persona humana y derecho internacional*. (1) Bruselas: Bruylant, 287-310. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/9165.pdf>

Fix Fierro, M. C. (2006). *El derecho al honor como límite a la libertad de expresión*. México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Gutiérrez y González, E. (2002). *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*. México D. F.: Editorial Porrúa.

Marciani, Burgos, B. (2005). La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos. En: *Pensamiento Constitucional*. Año XI N. N.º 11, pp. 351-378. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7688>

Miranda Bonilla, H. (2019, noviembre). Los derechos innominados en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. *Revista Judicial*. Poder Judicial de Costa Rica. N.º 127, pp 223-246.

Pietrino, R. (2013). Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad. En: Alonso Regueira, E. *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*. (203-217). Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos



Humanos. (2009). *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Washington D. C.: Organización de Estados Americanos.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1986). Caso *Lingens*. Sentencia del 8 de julio de 1986. Serie A, n.º 103.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1992). Caso *Castells contra España*. Sentencia 11798/85 del 23 de abril de 1992.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2006). Caso "*Mamère vs. France*". Sentencia n.º 12697/03 del 7 de noviembre de 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2013). Caso *Novaya Gazeta y Borodyanskiy vs. Rusia*. Sentencia n.º 14087/08 del 28 de marzo de 2013.



# LA PLURALIDAD DE OBLIGACIONES DE DISTINTOS ACREEDORES COMO REQUISITO NECESARIO PARA LA APERTURA DEL CONCURSO

Dr. Farith Suárez Valverde\*

## RESUMEN

En esta investigación, se desarrollarán los artículos 5.1, 14.3.1 y 14.5 de la Ley Concursal de Costa Rica, en lo atinente a la necesidad de acreditar la existencia de pluralidad de obligaciones de distintas personas acreedoras como requisito necesario para ordenar la apertura del proceso concursal.

**Palabras clave:** Ley Concursal de Costa Rica, pluralidad de obligaciones, pluralidad de acreedores, requisitos de apertura del proceso concursal.

## ABSTRACT

This investigation is regardless the articles 5.1, 14.3.1 and 14.5 of “La Ley Concursal de Costa Rica”. It has a particular focus about the necessity to prove the existence of plurality of obligations of different creditors as a necessary requirement to order the opening of the process.

**Keywords:** Ley Concursal de Costa Rica, plurality of obligations, different creditors, requirements to open the process.

Aprobado: 10 de abril de 2024

---

\* Actualmente, es juez del Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José y facilitador de la Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica. Correo electrónico: [fsuarez@poder-judicial.go.cr](mailto:fsuarez@poder-judicial.go.cr).

## 1. A modo de introducción

De previo a la entrada en vigencia de la Ley Concursal de Costa Rica, Número 9957, el ordenamiento jurídico costarricense contaba con una variedad de normas asistemáticas que dificultaban el abordaje de las posibles situaciones de crisis económicas que las personas podrían presentar.

Se partía de una distinción de trato, dependiendo de si se trataba de una persona física o jurídica e, incluso, respecto a estas últimas, se establecían limitaciones en ocasiones odiosas, de carácter subjetivo para poder acceder a determinados tipos de procesos y, con ellos, soluciones como lo eran, por ejemplo: la administración y reorganización con intervención judicial dirigida a empresas, cuya desaparición podría provocar efectos sociales perniciosos. Además, no existía claridad respecto a los mecanismos para afrontar la situación de crisis que podrían desafiar los patrimonios autónomos, tales como los fideicomisos, las sociedades en etapa de liquidación o las sucesiones.

Se sumaba un entramado normativo complejo, no solo por su alto carácter técnico, sino también porque estaba lleno de remisiones internas y otras leyes, así como de variedad de conceptos jurídicos en demasía abstractos que dificultaban su comprensión en muchas ocasiones.

Lejos de beneficiar, lo anterior condicionó en buena medida el acceso de las personas a la tutela concursal y, con ello, no en pocas ocasiones propició la imposibilidad oportuna de rescate de empresas en crisis o una atención eficaz que permitiera a la persona física salir de una situación de insolvencia.

La legislación actual procura sistematizar, concentrar, simplificar en lo posible y modernizar la atención de los casos concursales, lo primero porque integra en un solo ordenamiento todos los aspectos sustantivos como procesales que regulen las diversas situaciones atinentes a una insuficiencia de carácter patrimonial efectiva o inminente. Es concentrada al ser inclusiva en un solo procedimiento con distintas posibles ramificaciones, tanto de personas físicas y jurídicas como de otros tipos de patrimonios sin hacer más distinciones que las necesarias<sup>1</sup>.

También simplifica el régimen porque ya no hay una diversidad de leyes con procedimientos y normativa sustantiva distinta. Se trata de un solo cuerpo legal con regulaciones particulares y ajustables a cada caso concreto. Es de carácter moderno porque, en su desarrollo, se toma en cuenta la experiencia del derecho comparado y la costarricense para procurar en lo posible soluciones equitativas para todas las personas involucradas, como la o las personas deudoras, las acreedoras, así como el fin público que tutela los intereses de la ciudadanía.

## 2. Objetivos de la investigación

En el presente resumen, se pretende abordar los siguientes aspectos:

- Realizar un ejercicio comparativo con la anterior legislación.
- Establecer si es necesaria la pluralidad de obligaciones como parte de este.
- Si dicha multiplicidad puede ser de un único acreedor o no.
- Delimitar el requisito objetivo para la apertura del proceso concursal.

Este trabajo tiene por objetivo abordar la necesidad de pluralidad de obligaciones pertenecientes a

---

1 Como los pequeños concursos.

distintos acreedores como requisito necesario para la apertura del proceso concursal.

Daremos primero un rápido vistazo a la legislación derogada y lo que esta disponía tratándose de los procesos de ejecución colectiva. Dicha información servirá de parangón comparativo para entender cómo y por qué se regula de la manera que se dirá en la legislación actual.

No serán objeto de abordaje los otros procesos concursales que eran predominantemente no liquidadores, a saber, la administración y reorganización con intervención judicial y el convenio preventivo, porque, en la actualidad, el proceso concursal es unitario, se trata de uno solo con distintas fases y posibles alternativas de solución dependiendo de la situación que se trate.

En realidad, lo que interesa es analizar la llave que permite la apertura de este tipo de asuntos. Sin dejar de considerar que, ante la posibilidad de que no se logre en todos los casos una solución no liquidadora, el legislador optó en la Ley Concursal por unificar desde un inicio todo bajo un mismo régimen de requisitos para su apertura, los cuales delimitó como requerimientos subjetivos y objetivos.

Como segundo punto, tratándose del requisito objetivo, nos enfocaremos en la legislación actual. Se procurará un acercamiento del tema, en qué consiste dicha exigencia, así como cuál sería su implicación desde la óptica de lo que aquí se propone relacionada a la pluralidad de obligaciones de distintos acreedores.

Finalmente, en un apartado conclusivo, se procurará delimitar el requisito objetivo para la apertura del proceso concursal desde la óptica de la tesis propuesta.

### 3. Los requisitos objetivos en el Concurso Civil de Acreedores y la quiebra

Tratándose de procesos de ejecución colectiva, la normativa derogada<sup>2</sup> regulaba puntualmente dos tipos de procesos; por un lado, teníamos el Concurso Civil de Acreedores y, por otro, la quiebra.

#### 3.1. Concurso Civil de Acreedores

En el primero, se abordaban las situaciones de insolvencia de las personas físicas no comerciantes. Los artículos 886 y 887 del Código Civil en sumatoria al 575 del Código Procesal Civil, Ley 7130, establecían la insolvencia como requisito objetivo para su procedencia.

A través de los años, se desarrolló toda una línea jurisprudencial que explicaba en qué consistía. Se le definió como la insuficiencia consistente en la condición de patología patrimonial del ejecutado concursal.

Se delimitaba como la insuficiencia de patrimonio para afrontar dos o más obligaciones pendientes, la cual se presumía cuando la persona “*no tenga bienes inscritos o no los presente el deudor para la satisfacción de sus créditos*”.

En la Sección II del Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, se conceptualizó como la insuficiencia del patrimonio para afrontar dos o más obligaciones pendientes, la cual se presumía cuando la persona “*no tenga bienes inscritos o no los presente el deudor para la satisfacción de sus créditos*”. Además, se indicó:

*Por su parte, el presupuesto objetivo, consistente en la condición de patología patrimonial del ejecutado*

2 Código de Comercio en sus artículos 16, 851 al 967. Código Civil en los cardinales 884 a 980 y del 985 al 1000 y lo que quedó vigente para la materia civil del Código Procesal Civil, Ley 7130, artículos 709 a 818.

*concurstal, está delimitado en nuestra legislación como la insuficiencia patrimonial del deudor para afrontar dos o más obligaciones pendientes. [...] Se presume la insuficiencia patrimonial -iuris tantum o de manera relativa-, cuando no tenga bienes inscritos o no los presente el deudor para la satisfacción de sus créditos. Voto 351-2019.*

Tomando como base lo anterior, se afianzó un criterio que delimitaba:

- a) La solicitud debía ser planteada por lo menos por un acreedor, provisto de título ejecutivo, siempre y cuando comprobara la existencia de dos o más ejecuciones pendientes contra su deudor.*
- b) Esa comprobación no era necesaria cuando varios acreedores pedían la apertura.*
- c) El deudor podía solicitar la apertura de su concurso, exigiéndose, en este caso, la demostración de la pluralidad de acreedores.*

Al respecto, pueden consultarse, entre otros, los votos 91-078 y 776-2006 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia; 317-2019, 351-2019 y 2-2022 de la Sección II y 391-2020 de la Sección I del Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José.

### **3.2. La quiebra**

Frente a este tipo de proceso, se encontraba la quiebra, la cual procedía respecto a aquellas personas que fueran comerciantes.

En esta materia, el cardinal 851 del Código de Comercio regulaba una serie de circunstancias bajo las cuales procedía su decreto. En lo que interesa, el inciso b) permitía la apertura del procedimiento:

*Cuando un acreedor compruebe que el comerciante o sociedad ha dejado de pagar una o varias obligaciones vencidas, o que ha cesado en el pago de obligaciones a favor de otras personas.*

Con vista en lo anterior, se nos presentaban dos situaciones:

- a) La posibilidad de decretar la quiebra cuando se comprobara el cese en el pago de más de una obligación a favor de personas distintas al acreedor que presentaba la gestión sin necesidad de que su obligación estuviera vencida conforme la relación de ese numeral con el cardinal 852 siguiente.*
- b) O bien, como acontecía en la mayoría de casos, cuando el acreedor con título hábil respectivo comprobaba que su obligación era líquida como exigible, y que el deudor había dejado de honrarla.*

De esta manera, aunque se regulaba la posibilidad de comprobar que la persona comerciante había dejado de cancelar varias obligaciones vencidas, ciertamente, bastaba con que la persona promovente acreditara la propia para dar pie al decreto de la quiebra.

Como vemos, contrario a la insolvencia, no se requería en aquel momento de una pluralidad de personas acreedoras para ordenar la apertura del procedimiento.

Ello fue objeto que, al menos en dos ocasiones, se plantearan acciones de inconstitucionalidad contra dicho numeral por violación al principio de igualdad, de libertad de empresa, de crear mayores imposiciones a una persona comerciante, en síntesis, por la existencia de un procedimiento individual para el posible cobro.

En ambos casos, la Sala Constitucional emitió criterio refiriendo a la libertad de configuración

que tenía la Asamblea Legislativa, la pluralidad de medios y procesos que una persona acreedora podría requerir el pago de una obligación. Por ende, nada impedía que, con su sola acreditación y que esta estuviera sin cancelar, se decretara tal estado, aun con los efectos gravosos que producía. Se estimó que ello no conculcaba con la necesidad de agotar la vía individual, ni la limitación de los derechos de la persona comerciante con motivo de los efectos del proceso:

*[...] es claro que, en esta materia, el Legislador ostenta una libertad de configuración para determinar los medios y los procesos que puede utilizar el acreedor para hacer efectivo el pago de una obligación, siempre que se respeten los estándares que se desprenden de la Jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dichos estándares no se estiman vulnerados en el sub examine. Ver votos n.º 2017-017941 y 6966-94.*

No solo por la vinculatoriedad de aquellos pronunciamientos, sino por el propio ejercicio interpretativo jurisdiccional, se llegó a estimar la admisibilidad del concurso cuando se comprobara la existencia de una única obligación vencida de ese tipo.

En esa línea, el otrora Tribunal Segundo Civil de San José, órgano encargado de conocer las apelaciones de este tipo de procedimientos a nivel nacional, refirió:

*A criterio del Tribunal, la norma debe ser interpretada en el sentido de que basta tan sólo una sola obligación vencida no honrada por la parte deudora, para que ese requisito se cumpla. De lo contrario, no tendría razón de ser que se hubiera incluido la palabra “una”, pues se partiría*

*de la exigencia de varias obligaciones vencidas. Voto 251-2010 del otrora Tribunal II Civil de San José, Sección I. La declaratoria de quiebra procede contra un deudor que sea comerciante; y una de las causales previstas en la ley para hacer esa declaratoria es que un acreedor demuestre que su deudor comerciante ha dejado de pagar una o varias obligaciones vencidas (artículos 851 párrafo primero e inciso b) y 852 del Código de Comercio). Y para que un acreedor tenga derecho a pedir la quiebra es indispensable que demuestre su calidad de tal, presentando el título respectivo, en el que conste una obligación dineraria líquida y exigible. Ese título puede ser cualquiera a los que las leyes les da el carácter ejecutivo; o bien un documento privado que carezca de esa fuerza, cuando a juicio del juez la firma o firmas del obligado fueren auténticas. VI. En la especie están cumplidos todos esos requisitos. La demandada, por el solo hecho de ser una sociedad inscrita en la Sección Mercantil del Registro Público, es considerada por la ley como comerciante (artículo 5 inciso c) del Código de Comercio). Voto 315-2003 del otrora Tribunal II Civil de San José, Sección II.*

#### **4. Evolución hacia la Ley Concursal de Costa Rica**

Frente a lo anterior, la legislación actual procura unificar los distintos tipos de procesos tanto liquidadores como preventivos en uno solo. La novel regulación admite una gama amplia de posibilidades tendentes a determinar y ejecutar –en lo posible– tanto soluciones justas como funcionales a las crisis patrimoniales que les impida el normal cumplimiento de sus obligaciones.

En esos términos, el cardinal 1 de la ley regula:

*ARTÍCULO 1- Finalidad: Esta ley tiene por finalidad determinar y ejecutar soluciones justas y funcionales a las crisis patrimoniales de deudores privados contemplados en ella, que les impida el normal cumplimiento de sus obligaciones. En la solución de situaciones concursales, siguiendo criterios de proporcionalidad y razonabilidad, se procurará de manera armónica y equilibrada:*

- 1) Restablecer y, en su caso, asegurar la viabilidad de las empresas.*
- 2) Preservar, de ser posible, la unidad del patrimonio concursado.*
- 3) Organizar el pago de las deudas del concursado, a través de la tutela efectiva de los intereses de los acreedores que integran la masa.*
- 4) Respetar los principios de igualdad y proporcionalidad en el trato de acreedores de una misma clase, salvo los casos de excepción expresamente establecidos por la ley.*

Este artículo se dirige, entre otros, a las distintas personas deudoras sean comerciantes o no<sup>3</sup>. Esta situación repercute de manera directa en la forma disgregada que la legislación anterior regulaba

la apertura de la insolvencia o quiebra, porque unificaba el procedimiento en uno solo.

Esto trae como implicación que, si se llega a estimar que es necesaria la pluralidad de personas acreedoras para la apertura del concurso, ello afectaría por igual a todos los diferentes tipos de sujetos pasivos, dejando atrás aquella diferencia odiosa que citábamos donde, en algunos casos, se requerían determinados requisitos y otros en distintos supuestos.

## **5. La pluralidad de obligaciones como requisito objetivo**

Un ejercicio de interpretación literal, teleológica y sistemática de la norma permite concluir sin mucho esfuerzo sobre la necesidad de que exista más de una obligación pendiente como requisito indispensable para la apertura del concurso o, al menos, con inminencia de que ello acontezca.

Iniciamos con el cardinal 1 de la Ley Concursal. Como se indicaba, la finalidad del procedimiento es procurar soluciones a las situaciones que les impide el normal cumplimiento de sus obligaciones. De esta manera, parte el ordenamiento de un supuesto de plurilateral de obligaciones que afectan el patrimonio de la persona concursada.

3 4.1. Sujetos susceptibles de concurso: Podrán someterse a concurso: 1) Las personas físicas, independientemente de su actividad habitual, profesión u oficio. 2) Las sucesiones. 3) Las personas jurídicas de derecho privado, independientemente de su naturaleza, objeto o actividad, salvo las entidades expresamente excluidas por ley especial. 4) Las personas jurídicas en fase de disolución o liquidación. 4.2. Prevalencia del régimen concursal respecto de sucesiones, disoluciones y liquidaciones. Tratándose del concurso de una sucesión o persona jurídica en etapa de disolución o liquidación, se tramitará primero el proceso concursal y una vez concluido este, de haber remanente de bienes, se continuará con lo que corresponda, en el proceso sucesorio o de liquidación. 4.3. Concurso de patrimonios autónomos con actividad económica propia. Podrán ser sometidos a concurso los patrimonios autónomos reconocidos por la legislación que realicen actividades empresariales propias, en cuyo caso serán representados por quienes los administren o representen, de acuerdo con la ley o el contrato. Se nombrará a un curador procesal en caso de intereses contrapuestos entre el concurso y la persona a quien le corresponde su representación o administración.



El artículo 3.1 *ibid.*<sup>4</sup> refiere a la igualdad de tratamiento a las personas acreedoras de una misma categoría con independencia del vencimiento y de la fuente de la obligación, y el 3.3 *ibidem*<sup>5</sup> delimita el principio de universalidad subjetiva, según el cual, todas las personas acreedoras de obligaciones dinerarias del concursado conforman la masa pasiva del concurso, sometidos a sus reglas.

Como puede verse, en todos los casos, se habla de pluralidad de obligaciones –interpretación literal-. Esto es así en tanto es finalidad esencial de la Ley Concursal reunir en un solo proceso a todas las personas acreedoras que puedan tener un deudor o un grupo de ellos en los casos donde se admita esta multiplicidad pasiva – interpretación sistemática-. Con ello, desde un orden social y tomando en cuenta los efectos perniciosos que puedan generarse para la sociedad<sup>6</sup>, podrá asegurar la atención de la crisis como un todo – finalidad teleológica-.

En esta línea de pensamiento, el autor José Rodolfo León Díaz indica:

*La concursabilidad consiste, sobre todo, en la consideración unitaria de los activos y pasivos en el proceso. No se trata de relaciones jurídicas particulares,*

*como sucede desde la óptica procesal en los procesos civiles de conocimiento establecidos en la legislación procesal civil, o en las consideraciones de obligaciones o contratos concretos, como se aborda normalmente en el derecho sustantivo*<sup>7</sup>.

A lo anterior se suma que particularmente el cardinal 5.1<sup>8</sup> delimita los presupuestos objetivos necesarios para la apertura del concurso y ahí hace referencia a la multiplicidad de obligaciones como elemento necesario para su apertura, con independencia de si la persona concursada se encuentra en una situación de insuficiencia patrimonial, actual o inminente.

Se entiende ese escenario como aquella crisis patrimonial, de carácter general y no transitoria, referida a “*la imposibilidad de un patrimonio de responder funcionalmente a los créditos que pesan sobre este*”<sup>9</sup>, o lo que arriba mencionábamos como condición patológica del patrimonio y que podríamos ver materializada de diferentes formas, por ejemplo:

*a) La persona o patrimonio deudor recibe agresión patrimonial de distintos frentes que le impiden de manera relevante responder con sus compromisos*

4 Artículo 3.1. Igualdad: Salvo las disposiciones especiales que establezca la ley, en el concurso se tratará de manera igualitaria y proporcional a sus créditos a los acreedores de una misma clase, independientemente del vencimiento y fuente de las obligaciones.

5 Artículo 3.3. Universalidad subjetiva: Todos los acreedores de obligaciones dinerarias del concursado, cualquiera que sea su naturaleza, nacionalidad o domicilio, quedarán comprendidos en la masa pasiva del concurso, sometidos al régimen de esta ley y deberán ejercer sus derechos de crédito en el proceso concursal, sin perjuicio de las normas legales que permitan ejercerlos fuera de él.

6 Menos competencia de mercados, limitaciones en el crédito, afectaciones a los acreedores y, con ello, el efecto a su capacidad para poder continuar con su propia gestión económica, disminución de posibilidades laborales, entre otras.

7 *Ley Concursal de Costa Rica, comentada*, p. 44.

8 Artículo 5- Presupuestos objetivos. 5.1. Insuficiencia patrimonial. Procederá la apertura del concurso con respecto a un deudor que se encuentre en una crisis patrimonial, general y no transitoria, que le impida satisfacer puntualmente sus obligaciones dinerarias. También procederá cuando sea inminente su insuficiencia patrimonial.

9 *Ley Concursal de Costa Rica, comentada*, p. 53.

*más básicos como lo son los salarios, impuestos, pago a proveedores, o tratándose de personas físicas, el pago de su alimentación, servicios básicos, entre otros.*

*b) El comerciante que brinca mes a mes para ir tapando huecos, donde un mes paga una obligación y el otro deja de hacerlo para poder abonar a otra.*

*c) Simplemente porque no se cuente con activos suficientes para responder a las deudas.*

*d) Como consecuencia de la ejecución que realiza un solo acreedor sobre parte importante del activo empresarial; pensemos, por ejemplo, el remate de una garantía mobiliaria consistente en los hornos que permiten producir la materia prima de todo el negocio.*

La consecuencia de esa circunstancia de crisis debe producir como resultado la imposibilidad para satisfacer puntualmente las obligaciones dinerarias de la persona deudora, no de manera temporal, sino de ahí y en adelante o, bien, de manera inminente.

Como se indicó, dicho numeral refiere a la pluralidad de obligaciones de la persona deudora o del patrimonio autónomo, lo cual es concordante a su vez con lo dispuesto en el guarismo 5.2.2 de ese cuerpo legal, en cuando presume que la persona se encuentra en esa situación, cuando:

*Ha dejado de cumplir dos o más obligaciones vencidas en perjuicio de*

*acreedores distintos, sin que se evidencian bienes suficientes para responder por su pago.*

Ese mismo requerimiento se replica en los incisos 2) al 5)<sup>10</sup> de ese cardinal en cuanto intima la relación de las circunstancias ahí descritas con la existencia de una pluralidad de obligaciones.

Lo anterior nos da pie a considerar como premisa la necesidad de una diversidad de obligaciones que den pie a la situación de crisis. Pero no basta en sí mismo que se compruebe su existencia, sino que además debe demostrarse el incumplimiento efectivo en su pago o que con inminencia se entrará en este con falencia de bienes o, bien, por falta de previsiones al cesar la actividad, ausencia u ocultamiento de los representantes, actos de disposición patrimonial que comprometan el cumplimiento de las obligaciones, la realización de actos perniciosos y otros que permitan considerar que existe la crisis.

Por ejemplo, una empresa en marcha puede tener variedad de obligaciones, y todas excepto la del acreedor que solicita el concurso se encuentran cancelándose al día. En ese supuesto, y si no se acredita que es inminente el estado de crisis que afectará al resto de acreedores, no habría motivo para decretar el concurso, pues la vía particular sería la debida para que dicho acreedor haga valer sus derechos.

En contrapartida, podría meditar que esa multiplicidad no se requiere en todas las situaciones, como el que indica el inciso 1)

10 5.2. Presunción de insuficiencia patrimonial. Salvo que se demuestre lo contrario, se presume el estado de insuficiencia patrimonial del deudor, cuando: 1) Admita su estado de insuficiencia patrimonial y solicite su propio concurso. 2) Ha dejado de cumplir dos o más obligaciones vencidas en perjuicio de acreedores distintos, sin que se evidencien bienes suficientes para responder por su pago. 3) Cese su actividad empresarial, o todos sus representantes legales se oculten o ausenten, sin haber adoptado las previsiones necesarias para cumplir puntualmente sus obligaciones. 4) Realice actos de disposición patrimonial, que beneficien a uno o varios acreedores o terceros, con los cuales pueda comprometer el pago puntual de sus demás obligaciones. 5) Recorra a actos o procesos ruinosos, fraudulentos o ficticios, para obtener recursos económicos o dejar de cumplir sus obligaciones. 6) Concurran otras circunstancias que evidencien su insuficiencia patrimonial.

del cardinal 5.2., el cual refiere a la presunción de insuficiencia patrimonial cuando el propio concursado admite ese estado y solicita su concurso.

No obstante, nótese que, conforme el artículo 5.1 citado, uno de los requisitos que constatan tal situación de insuficiencia patrimonial es la variedad de obligaciones como presupuesto base. Lo anterior deja sin sustento cualquier intento en el sentido de descartar lo hasta ahora expuesto.

Sobre ello, indica el autor León Díaz:

*Ínsita en dicho presupuesto se encuentra la pluralidad de créditos, pues en caso de no existir bastan los procesos comunes de tutela de las obligaciones dinerarias<sup>11</sup>.*

De esta manera, se erige como presupuesto objetivo de acuerdo con la ley, la necesidad de constatar la existencia de una pluralidad de obligaciones a cargo de la persona concursada.

## **6. Diferencia entre legitimación y el mencionado requisito objetivo**

Frente a lo expuesto, es necesario realizar alguna aclaración entre la legitimación que tiene una persona acreedora para demandar la apertura del concurso y la demostración de la pluralidad de obligaciones.

Conforme al cardinal 12.3, se encuentran legitimados para requerir la apertura del concurso: “3) *Los acreedores del deudor o de los patrimonios autónomos*”. En esa línea, según lo regula el artículo 14.1<sup>12</sup>, para ello la persona acreedora tendrá que presentar un título legalmente válido de cualquier naturaleza donde conste una obligación dineraria a cargo del demandado, sin que necesariamente esté vencida.

También se admite a quien tenga una resolución firme, laudo o acuerdo homologado judicialmente que contenga una obligación dineraria exigible, o a los acreedores de garantías prendarias, hipotecarias, mobiliarias, reales o equiparables en determinados casos.

11 *Ley Concursal de Costa Rica, comentada*, p. 53.

12 Artículo 14.1. Legitimación de la condición de acreedor. Podrá gestionar el concurso, el acreedor que presente un título legalmente válido de cualquier naturaleza en el que conste una obligación dineraria a cargo del demandado, sin que necesariamente esté vencida. El título deberá ser original, copia certificada cuando lo admita la ley para su cobro judicial o estar contenido en un soporte en el que aparezca como indubitable quién es el deudor y su firma o la de sus representantes legítimos. Si se presenta un título ejecutivo, la firma del deudor o su representante legal será indispensable únicamente cuando la ley lo exija. Cuando se presente el título físico original, se le insertará una razón de haber sido presentado al proceso concursal, con la fecha y hora exactas, y se incorporará una copia fiel a la carpeta. El original será devuelto al gestionante, quien deberá custodiarlo debidamente y tendrá la obligación de presentarlo, si el tribunal así lo requiere. De no hacerlo antes de la declaratoria de concurso, según las circunstancias, podrá decretarse la inadmisibilidad del proceso. Luego de la declaratoria de la apertura del concurso, por razones justificadas el tribunal podrá requerir la presentación del título original. Si el acreedor solicitante del concurso no lo aporta en el plazo que se le conceda al efecto, se podrá tener por rechazado su crédito, cuando haya sido objetado oportunamente. Un acreedor favorecido con resolución firme, laudo o acuerdo homologado judicialmente, que contenga obligaciones dinerarias exigibles, solo podrá gestionar la declaratoria de concurso en las mismas condiciones dispuestas para los demás acreedores, cuando demuestre que concurre alguno de los hechos que hace presumir la insuficiencia patrimonial. Los acreedores con garantías prendarias, hipotecarias, mobiliarias, reales o equiparables solo podrán solicitar la apertura del concurso, si renuncian a su privilegio o cuando los bienes que respondan por la obligación hayan resultado insuficientes para satisfacer la totalidad del crédito, incluido el desmejoramiento de las garantías debidamente acreditado.

Por ende, la legitimación de la persona acreedora se justifica cuando acredite la existencia de su crédito en las condiciones dichas. Pero a ello debe sumársele algo más. Al plantear su demanda, conforme el guarismo 14.3.1<sup>13</sup>, además de acreditar su crédito, la persona acreedora debe indicar la causal que hace presumir la insuficiencia patrimonial.

Este requisito presenta una profunda implicación, porque recordemos que el estado de insuficiencia se sustenta en la existencia de no solo esa única obligación vencida, sino en una pluralidad de aquellas. La causal puede sustentarse en que su propia obligación esté vencida y no cancelada, a la cual tendría que sumarle como mínimo otra más, la existencia de insuficiencia de bienes o, bien, la falta de actividad sin previsiones necesarias para cumplir con las obligaciones, disposiciones patrimoniales que perjudiquen a la masa de acreedores o que sean perniciosas, por ejemplo, esté su obligación vencida o no. Esta carga probatoria debe asignarse en primera mano a la persona que así lo alega conforme el numeral 41.1.1<sup>14</sup> del Código Procesal Civil.

No quiere decirse con esto que el acreedor deba demostrar imposibles, porque no necesariamente tiene cómo y ni por qué conocer sobre otras posibles obligaciones no honradas por parte de quien se pretende concursar.

Para su demostración, se puede acudir a la disponibilidad y facilidad probatoria<sup>15</sup>. En esos términos, se podría ofrecer que dicha información

sea aportada por parte de la persona a la cual se concursa, en referencia a los estados financieros, de la mano con otras pruebas como lo pueden ser la declaración de parte, el nombramiento de un perito o una perita que estudie las finanzas de la persona concursada, entre otros. Nótese, contrario a la legislación derogada, que aquí no estiló el legislador requerir alguna prueba tasada desde su inicio.

Solo así se lograría el grado de convicción necesario para cumplir con lo preceptuado en el párrafo primero del artículo 15.3 de la Ley Concursal y el 61.2 del Código Procesal Civil, en cuanto a resolver lo que es objeto de debate, en otras palabras, si se cumplen con los requisitos mínimos necesarios para ordenar la apertura del proceso concursal.

Lo que sí está claro es que no basta con que el acreedor demuestre la existencia de su título y, con ello, se quede de brazos cruzados esperando, pues la normativa actual impone una carga mayor en su actuar que no puede dejarse de analizar.

## 7. Pluralidad de acreedores

Queda otro aspecto que abordar

### **¿A qué se refiere la ley con la existencia de múltiples obligaciones dinerarias a cargo de la persona concursada?**

La luz para lo anterior se localiza en el cardinal 14.5<sup>16</sup> de la Ley, el cual refiere la carencia de pluralidad de acreedores como causa de

13 Artículo 14.3. Demanda. Además de los requisitos generales que establece la legislación procesal civil, la demanda de declaratoria de concurso, deberá indicar: 1) La causal que hace presumir el estado de insuficiencia patrimonial.

14 Artículo 41.1 Carga de la prueba. Incumbe la carga de la prueba: 1. A quien formule una pretensión, respecto de los hechos constitutivos de su derecho.

15 “[...] Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo, se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido.”

16 14.5. Demanda improponible. Además de los supuestos que establezca la legislación procesal civil, mediante sentencia anticipada, se declararán improponibles las demandas concursales cuando sea evidente cualquiera de los siguientes supuestos: [...] 3) Que el deudor o el patrimonio autónomo que se pretendan concursar, carecen de pluralidad de acreedores.

improponibilidad de la demanda y, por ende, la erige como requisito material necesario para la apertura del concurso.

De esta forma, aunque estuviéramos ante el caso de pluralidad de obligaciones, si en todas estas quien figura es el mismo acreedor, carecería de sentido la apertura del proceso concursal y, en su lugar, tendría que acudirse a la vía regular o particular para el cobro de estas. A menos que se demuestre que el cobro de esta obligación vencida conlleve, al mismo tiempo, esa inminencia en que se sustenta la crisis de tal forma que produciría como efecto dejar de pagar el resto de obligaciones que tiene en ese momento al día.

Se justifica lo anterior al tratarse el concurso de una medida extremadamente invasiva que afectará a la persona concursada gravemente desde el punto de vista jurídico y económico, hasta el extremo que podría llegar a quedar inhibida para administrar su patrimonio e, incluso, afrontar la liquidación de este.

Con lo hasta aquí indicado, no se puede dejar de considerar algo más. Dicho guarismo se refiere a la improponibilidad de la demanda. De esta forma, podría afirmarse que la variedad de acreedores es necesaria solo en los casos donde uno o más acreedores demanden la apertura del concurso; pero no cuando la persona deudora lo requiere, pues en tal situación, no hablamos de una demanda en estricto sentido<sup>17</sup>.

No obstante, el análisis sistemático normativo ya realizado nos lleva a concluir en el mismo sentido. Si, por ejemplo, se trata de una persona física que

solicita la apertura del concurso justificado en la existencia de un solo acreedor que tiene una o varias obligaciones en su contra, la vía común no concursal sería la idónea, pues lo contrario sería obligar a un único acreedor a sostener discusiones sobre posibles arreglos, aplazamientos u otras formas de solución distintas a la liquidación dentro del proceso.

Esto limitaría la posibilidad de un solo acreedor para que ejercite su cobro, sin que exista motivo suficiente, vaciando los principios de universalidad e intereses públicos en juego al inicio mencionados. Nótese que, también en la normativa que rige el cobro individual, existe regulación atinente a la protección de los derechos mínimos de la persona deudora, como lo son las reglas de inembargabilidad.

En todo caso, en la práctica, resulta difícil pensar en un escenario donde una persona física no comerciante y, más aún, alguna que ejerza actos de comercio no tengan pluralidad de acreedores. Por un lado, porque la normativa no se centra únicamente en el vencimiento de estas, sino en otras posibilidades que pueden dar pie a considerar que existe insuficiencia patrimonial actual o inminente, y porque, además, en una sociedad capitalista como la actual, lo normal es pensar en personas que tienen cuentas por tarjetas de crédito, teléfono, servicios básicos de agua, electricidad, entre otros; por tanto, una variedad de acreedores, aunque no necesariamente todas esas obligaciones estén vencidas, ni que decir de personas o patrimonios con actividades empresariales, en relación con las obligaciones con la CCSS, tributación, entre otras.

17 En ese sentido y sin desgastarnos en la amplitud de argumentos técnicos-jurídicos para distinguir una cosa de la otra, mientras que el cardinal 13.5 refiere a la gestión del deudor como “solicitud”, en el 14.3, se le da la connotación de “demanda” a aquella formulada por el acreedor. Esto último es coherente con lo preceptuado en el cardinal 23.1 del Código Procesal Civil, en cuanto se pretende una declaratoria determinada. Esos guarismos indican en lo conducente: “13.5. Requisitos de la solicitud del deudor y de patrimonios autónomos. **La solicitud de concurso** del propio deudor o del representante o administrador del patrimonio autónomo deberá cumplir los siguientes requisitos”. “14.3. Demanda. Además de los requisitos generales que establece la legislación procesal civil, **la demanda** de declaratoria de concurso, deberá indicar:”. (Subrayado y negrillas suplidos).

## 8. Algunas conclusiones

Lo hasta aquí mencionado permite arribar a dos grandes conclusiones generales:

### 8.1. La pluralidad de obligaciones de distintos acreedores es un requisito necesario para la apertura del concurso:

- El proceso concursal sienta sus bases en el principio de responsabilidad patrimonial, según el cual los activos del deudor -legalmente embargables- responden por sus deudas (artículo 981 del Código Civil).
- Cuanto se constata la existencia de insuficiencia patrimonial por parte de la persona concursada, lo conveniente es procurar alguna solución que permita sacar adelante el negocio, si se trata de empresas.
- En caso de que no sea viable al menos tratar de preservar la unidad del patrimonio concursado respecto a su liquidación.
- En todas las situaciones, se procura cumplir con el pago de las distintas obligaciones a cargo de la persona concursada.
- Para ello, la Ley Concursal establece una serie de requisitos de corte subjetivo como objetivo para la procedencia del proceso concursal.
- En su modalidad objetiva, se requiere como necesaria la acreditación de la insuficiencia patrimonial y, con ello, la existencia de varias obligaciones pertenecientes a personas acreedoras distintas.
- Si no se considera necesaria la existencia de pluralidad de acreedores, no tendría sentido calificar el proceso como concurso, porque se vaciaría toda la regulación normativa en cuanto a sus efectos, los grados o privilegios, las acciones

concurrarles, el pago proporcional o a prorrata, los acuerdos, entre otros.

- Conforme el principio de igualdad y universalidad subjetiva, tal requerimiento viabiliza, por ejemplo, que los acreedores comunes tengan alguna posibilidad de ver resarcida su obligación, manteniéndose en lo posible la unidad del patrimonio.
- Si no se procede así, ese tipo de acreedores en condiciones normales correría el riesgo de no obtener el pago de su obligación, ya sea porque llegó de último a ejecutar embargos, o porque la mayoría del patrimonio está sujeta a la existencia de otros con privilegios especiales o generales.
- Por su parte, la persona deudora no tendría posibilidad alguna de intentar salvar la empresa o, bien, procurar de alguna manera solventar la mayor cantidad de obligaciones que pueda con su patrimonio. Quedaría a merced del interés particular de cada acreedor.

### 8.2. Se debe distinguir tanto entre legitimación activa y pluralidad de obligaciones como de acreedores:

- Desde el punto de vista de la legitimación activa, es viable que un solo acreedor presente el proceso contra su deudor. La legislación se lo permite. Pero también dos o más de los primeros pueden hacerlo de manera conjunta o, bien, apersonarse otro al proceso ya establecido.
- Cuando la demanda es presentada por un acreedor, este no solo debe acreditar su legitimación, sino además debe alegar y ofrecer pruebas tendientes a demostrar el requisito objetivo de insuficiencia patrimonial.
- Y con este, la existencia de más de una obligación dineraria sin satisfacer de

- manera actual o inminente, con pluralidad de personas acreedoras.
- Con lo dicho, se entiende que no solo debe existir pluralidad de acreedores, sino también se requiere variedad de títulos, entendidos como causas generadoras de las obligaciones distintas.
  - Por ejemplo, a nada conllevaría que existan varios acreedores de una única obligación garantizada con un solo título, porque, al final, se trataría de una deuda.
  - Al demostrar el acreedor que el concurso presenta la existencia de su obligación en los términos del artículo 14.1, conlleva que se tenga al menos una de las dos o más obligaciones de distintos acreedores que la normativa prevé.
  - Por deducción inductiva, si dos o más acreedores piden dicha apertura en los términos expuestos, se tendrían por acreditados los elementos fácticos base de la presunción de insuficiencia patrimonial descrita al admitirse en principio sus obligaciones.
  - Si la solicitud se sustenta en cualquiera de las otras causales que presumen la existencia de insuficiencia, siempre va a requerirse la acreditación que la persona deudora tiene variedad de obligaciones de distintos acreedores.
  - Si no se realiza de esa manera, no se cumpliría con la naturaleza concursal del proceso. Se reitera que toda la normativa citada hace referencia a esa pluralidad.
  - En esos términos, un acreedor podría afirmar e, incluso, demostrar la existencia de su crédito y de la causal que presume la insuficiencia patrimonial, sustentada por ejemplo en la disposición ficticia de todo o la parte más relevante del patrimonio de la persona deudora. A nada conllevaría esto, si no se presenta la pluralidad descrita en tanto esa persona acreedora podría acudir a las vías ordinarias particulares para discutir, por ejemplo, la simulación.
  - Finalmente, claro está que la propia persona deudora puede solicitar la

apertura de su propio concurso, sujeta a la acreditación de lo expuesto durante ese trámite inicial.

## 9. Bibliografía

### 9.1. Leyes

- a) Ley Concursal de Costa Rica
- b) Código de Comercio
- c) Código Civil
- d) Código Procesal Civil, Ley 7130

### 9.2. Resoluciones judiciales

- a) Voto 6966-94. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- b) Voto 2017-017941. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- c) Voto 91-078. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.
- d) Voto 776-2006. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.
- e) Voto 315-2003. Otrora Tribunal II Civil de San José, Sección II.
- f) Voto 251-2010. Otrora Tribunal II Civil de San José, Sección I.
- g) Voto 351-2019. Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, Sección II.
- h) Voto 317-2019. Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, Sección II.
- i) Voto 351-2019. Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, Sección II.
- j) Voto 391-2020. Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, Sección I.
- k) Voto 2-2022. Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, Sección II.

### 9.3. Doctrina

León Díaz José Rodolfo. *Ley Concursal de Costa Rica, comentada.*





# FAMILIA DE CRIANZA, REALIDAD SOCIAL VISIBILIZADA EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

MSc. Karla Leiva Canales\*

## RESUMEN

A partir de la Ley N.º 10166, Ley de Reconocimiento de Derechos a Madres y Padres de Crianza, que empezó a regir a partir del 5 de noviembre de 2022, se abre espacio a la visualización de las familias conformadas por quienes se han desempeñado como madres o padres de crianza, y quienes se identifican como hijos e hijas de crianza. Se incluye esta figura como una nueva forma de filiación social en Costa Rica, teniendo como base los alcances de la crianza y el afecto como elementos claves para considerar esa relación dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, su necesidad de protección por parte del Estado, al generarse derechos y obligaciones recíprocos.

**Palabras claves:** Afectividad, afinidad, consanguinidad, familia de crianza, familia de hecho, familias ensambladas, familia social y afectivamente constituida, filiación, hijos e hijas de crianza, hogar, sentido de pertenencia, socioafectividad, padres y madres de crianza, parentesco ficticio.

## ABSTRACT

Beginning with Law No. 10166, the Law on the Recognition of the Rights of Foster Mothers and Fathers, enacted on November 5, 2022, Costa Rica has taken significant strides towards acknowledging and protecting families composed of foster parents and their foster children, emphasizing caregiving and affection as fundamental elements defining these relationships within our legal framework. Consequently, the State acknowledges the necessity to protect these relationships by establishing mutual rights and obligations.

**Keywords:** affectivity, kinship, consanguinity, foster family, blended family, Socially and emotionally constituted family, filiation, foster sons and daughters, home, sense of belonging, socio-affectiveness, foster parents, fictitious kinship.

Aprobado: 10 de abril de 2024

---

\* En la actualidad, se destaca como profesional en Derecho del Centro de Información Jurisprudencial del Poder Judicial. Correo electrónico: [kleivac@poder-judicial.go.cr](mailto:kleivac@poder-judicial.go.cr).

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Concepto de familia. 3. Sobre familia de crianza. 4. Alcances del parentesco, hogar y familia. 5. Sobre los hijos y las hijas de crianza en Colombia. 6. Sobre la socioafectividad. 7. El “afecto” en la Reforma al Código Civil y Comercial de Argentina. 8. Alimentos y herencia. 9. Régimen de visitas y salida del país. 10. Conclusión. 11. Bibliografía.

## 1. Introducción

Antes de la Ley N.º 10166, Ley de Reconocimiento de Derechos a Madres y Padres de Crianza<sup>1</sup>, la falta de reconocimiento de la figura de la crianza, como parte de un parentesco, generaba una indefensión a quienes conformaban lo que hoy podemos identificar como una familia social y afectivamente constituida, en donde terceras personas han sido pilares importantes en la formación de la identidad de una persona, al haberse aportado valores y principios indispensables para los seres humanos, esto pese a que no existe ninguna relación de parentesco por consanguinidad o afinidad como en los casos de familias ensambladas que las una, siendo la dinámica familiar generada con el paso de los años lo que la vuelve familia.

Dentro de la familia de crianza, no hay diferencia alguna o discriminación entre los hijos y las hijas habidos dentro del matrimonio o fuera de él, y los hijos e hijas de crianza se consideran hermanos (as), viven bajo un mismo techo donde, por otra parte, quienes ejercen esa crianza les dan un trato y fama como hijos e hijas ante terceras personas, ya que se les cuida, cría y educa con el mismo afán, protección y cariño que se han tenido como

parte de una familia y, por tanto, merecen de protección.

El reconocimiento de los derechos de la familia de crianza es importante porque pone en evidencia que el cuidado, la convivencia y dinámica familiar realizados por terceras personas sin parentesco alguno logran un sentimiento de pertenencia que no podemos dejar de lado y que su visualización en la legislación costarricense facilita a quienes administran justicia la ruta que se debe seguir para acreditar esa condición cuando se da trámite en un proceso judicial, siendo el principal medio probatorio la afectividad, la dependencia afectiva y/o económica y sentido de pertenencia generado, y que, con ello, se pueda reconocer el derecho de dar y recibir beneficios, por ejemplo, en temas como seguridad social, y también la participación dentro de procesos sucesorios donde se acredite que se han ejercido los atributos de la autoridad parental sin parentesco que viene a reforzar y visibilizar las crianzas afectivas.

## 2. Concepto de familia

Para efectos de poder sensibilizarnos sobre el reconocimiento de una familia de crianza como parte de nuestra sociedad, es necesario identificar lo que la normativa y la jurisprudencia constitucional han definido como familia. Al respecto, el artículo 51 de la Constitución Política de Costa Rica<sup>2</sup> considera a la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad y, por consiguiente, esta tiene derecho a la protección del Estado.

Por medio del voto 1125-2007 del 30 de enero de 2007, la Sala Constitucional ha clasificado dos

1 Ver Ley N.º 10166. [En línea] disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=96845&nValor3=129958&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=96845&nValor3=129958&strTipM=TC)

2 Constitución Política. [En línea] disponible en: [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871)

grandes grupos familiares en los que se pueden identificar:

*a) Familia extensa, compleja o patriarcal: Este concepto tiene varias acepciones, puesto que, puede ser sinónimo de familia consanguínea - engloba a los abuelos, tíos, primos y demás parientes de primera línea de consanguinidad-, de una red de parentela que excede el grupo o círculo doméstico o puede hacer referencia a una estructura de parentesco que habita en una misma unidad doméstica u hogar, conformada por parientes de diversas generaciones (abuelos, tíos, primos e, incluso, medio hermanos, hijos adoptivos, etc.).*

*b) Familia nuclear, conyugal o simple: Comprende a los progenitores –padres- y su descendencia –uno o más hijos- que no ha logrado independencia económica y se encuentran solteros, toda vez, que una vez que obtienen el primer elemento, ordinariamente, asumen autonomía y en caso de contraer matrimonio o de convivir libremente abandonan el hogar constituyendo el suyo propio. Obviamente, comprende los grupos familiares asentados en el matrimonio (familia de Derecho) como en la simple convivencia (familia de hecho).*

Por otra parte, resulta de interés lo indicado por el jurista costarricense Diego Benavides Santos en el Código de Familia de Costa Rica, en la 5.<sup>a</sup> edición CF actualizado, concordado y comentado, en el artículo 2, relacionado con lo que se debe tomar en cuenta a la hora de definir un hogar:

*El hogar puede definirse como una unidad económica y social constituida por el conjunto de individuos que conviven habitualmente bajo el mismo techo y ocupan la misma vivienda, y la familia podría definir en función de los lazos de*

*parentesco que surgen del proceso de reproducción y cuya reglamentación se basa en la costumbre o en la ley. [...].*

La conformación de una unidad económica y social es relevante para tratar el tema de crianza, en donde la cotidianidad de un grupo de personas y el vivir bajo un mismo techo son significativos para determinar si esa convivencia genera sentimientos de pertenencia a esa familia de terceras personas ajenas a su familia consanguínea, donde esa crianza, al ser una realidad social y ser reconocida en nuestra normativa, garantiza el disfrute de derechos como familia de hecho, libre de cualquier tipo de discriminación por la forma o motivos en los que se han llegado a constituir, respetando así la vida privada y lo que ellos consideran familia.

### **3. Sobre familia de crianza**

Los cambios que sufre la familia y su conformación generan nuevos puntos de vista que se desarrollan de acuerdo con la realidad a la que se enfrenta cada país, para evidenciar aún más que la crianza es importante como un elemento de la conformación de una familia.

En nuestro contexto latinoamericano, países como Colombia y Argentina han dado importantes avances en el reconocimiento de las familias de crianza. En Colombia, han investigado y, a través de jurisprudencia constitucional, han declarado con lugar el reconocimiento de los padres, madres e hijos de crianza en temas como la seguridad social, dejando aún más claro que no podemos rechazar la existencia de estos vínculos y que, en ocasiones, tener contacto con los padres biológicos no es óbice para no ser parte de los beneficios que se otorgan o se reconocen vía administrativa o judicial.

En Argentina, se ha reconocido una importante transformación social que ha venido a confrontarse

por medio de la reforma en el Código Civil y Comercial a partir del 2014, dejando en evidencia que existen nuevas realidades familiares, donde le dan relevancia a la figura del “afecto” como un nuevo concepto jurídico, reconociendo la relación familiar creada con terceras personas, quienes, pese a que no mantienen un vínculo consanguíneo o legal, se han hecho cargo y se comportan “a modo y semejanza” como verdaderos progenitores, aplicándose el refrán conocido por la sociedad costarricense que indica: “Padre o madre no solo es el que engendra, sino el que cría”.

#### **4. Alcances del parentesco, el hogar y familia**

Ahora, para tener una idea más clara, con respecto a la conformación de familia, es relevante el punto de vista sociológico, aportado por el autor Luis Felipe Lira en su artículo *La familia como unidad de estudio demográfico*<sup>3</sup>, quien nos indica que, ciertamente, hay casos en concreto en donde no existen necesariamente vínculos creados por consanguinidad o afinidad. Agrega que nos podemos encontrar ante una figura llamada “parentesco ficticio”, siendo para esto importante valorar aspectos, tales como la residencia, la colaboración, la solidaridad o participación económica entre sus miembros, como parte del diario vivir, y cómo, en ocasiones, la separación espacial o residencial de alguno de los miembros no es impedimento para seguir manteniendo contacto; al contrario, siempre es posible mantener una interacción familiar, y desarrolla este tema de la siguiente manera:

*[...] El primero se refiere a la definición “operacional” del término familia: ¿Qué constituye una familia empíricamente hablando? Presumiblemente, un conjunto*

*de personas ligadas entre sí por la sangre o el matrimonio. Pero no incluye a todas las personas ligadas en esta forma, y a veces incluye a personas a las cuales se considera ligadas así, como ocurre en los casos de adopción o parentesco ficticio. Todavía más, es posible y necesario ampliar el concepto en dos sentidos. En primer término, a la definición de familia habría que agregarle como elemento la residencia común y considerar como miembros de la misma unidad familiar a las personas que viven en la misma vivienda y comparten el diario vivir participando en una “economía doméstica”, compartiendo sus comidas, etc. La unidad familiar así definida podría denominarse familia de residencias! En segundo lugar, hay que tener presente el hecho de que las relaciones entre parientes pueden ser profundas y altamente significativas aun cuando no compartan la misma morada y vivan en realidad a considerable distancia unos de otros. Las personas así vinculadas, independientemente de su separación espacial o residencial, pueden denominarse familia de interacción. Sin embargo, la familia de interacción no puede delimitarse de una manera única, ya que en un caso dado sus miembros pueden diferenciarse según el tipo de interacción que se considere. O sea, se la podría definir como un conjunto de parientes que mantienen una interacción personal frecuente; o que podría ampliarse e incluir a quienes mantienen relaciones por correo o por teléfono. Si se deseara conocer las fuentes de influencia del comportamiento de un individuo, su familia podría definirse de manera que incluyera a los parientes con los cuales no mantiene relaciones efectivas, en el sentido ordinario del término, pero que constituyen un grupo de referencia*

3 Ver Lira, Luis Felipe. (1976). *La familia como unidad de estudio demográfico*. [En línea] disponible en: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/9136/S301428B947\\_es.pdf?Sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/9136/S301428B947_es.pdf?Sequence=1)

*significativo para el individuo como consecuencia de su primera socialización. (Lira, L, 1976, pp. 214-215).*

De lo anterior, podemos llegar a la conclusión de que la familia persiste independientemente de cómo haya sido conformada y, como tal, tiene una protección no solamente derivada de nuestra Constitución Política, sino también una protección en las normas internacionales como parte de los derechos humanos, donde la intimidad y la convivencia entre sus miembros son de relevancia, y el amor y el afecto sobrepasan esos vínculos consanguíneos y jurídicos existentes, siendo estos elementos determinantes que se deben tomar en cuenta en el reconocimiento de la creación de nuevas familias en el ordenamiento jurídico costarricense.

## **5. Sobre de los hijos y las hijas de crianza en Colombia**

Ahora bien, con respecto al tema sobre la figura de padres, madres, hijos e hijas de crianza, es importante el aporte derivado de los trabajos de investigación y de la jurisprudencia colombiana constitucional que contribuyen a determinar la existencia de un parentesco derivado del afecto y que, con el pasar del tiempo, han sido parte en la resolución de casos en concreto donde se han tenido que tratar ya no como un mito, sino como una realidad social que se debe afrontar.

Mediante un ensayo de los autores Leonardo Acosta Arengas y Lina María Araújo Quiroga del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, denominado *El hijo de crianza en Colombia, ¿mito o realidad?*<sup>4</sup>, se destaca lo siguiente:

*En la jurisprudencia colombiana reciente encontramos un significativo número de sentencias en las que vemos a los jueces referirse al hijo de crianza, no solamente como un mito, una figura meramente decorativa, cuya existencia es intrascendente, sino que en algunas ocasiones se le ha dado un tratamiento jurídico de sujeto de derechos y obligaciones en relación con sus padres de crianza, derivado del reconocimiento de una realidad social en la que lo familiar va más allá del vínculo sanguíneo o civil, atendiendo en este caso al vínculo afectivo y a la posesión notoria del estado de hijo (de crianza), y que, por tanto, nos hace pensar que dicha figura es más que una fantasía jurisprudencial para constituirse como una realidad. Como más adelante veremos, existen casos en los que se ha reconocido la prevalencia de los derechos del hijo de crianza sobre los trámites administrativos de instituciones estatales e incluso también sobre los derechos de los padres biológicos, con fundamento en el interés superior del menor. También existen casos en donde se han reconocido los derechos de los padres de crianza a reclamar perjuicios morales en casos de responsabilidad estatal, pensión de sobrevivientes, subsidio familiar, y a ser preferidos en el proceso de adopción como padres adoptantes del menor. (Acosta, L. & Araújo, L., 2012, pp.17-18).*

En su sentencia T-233/15, la Corte Constitucional de Colombia ha indicado lo siguiente con respecto a los padres y los hijos de crianza:

*4.1. Protección a la familia de hecho, padres e hijos de crianza. (Reiteración*

4 Ver Acosta Arengas, Leonardo; Araújo, Lina María. (2012). *El hijo de crianza en Colombia: ¿mito o realidad?* [En línea] disponible en: <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/1755/1618>

*de jurisprudencia). La jurisprudencia constitucional ha protegido diferentes formas de familia más allá de las creadas por vínculos de consanguinidad y/o aquellas reconocidas por las formalidades jurídicas, como por ejemplo, la adopción. Así entonces, esta Corporación ha protegido tanto a los hijos como a los padres de crianza, quienes a través de lazos de afecto, solidaridad, respeto y asistencia han creados vínculos reales y materiales que deben ser reconocidos y protegidos por el Estado. A través de la sentencia T-495 de 1997, la Sala Cuarta de Revisión estudió un caso en el que una pareja de esposos acogió en su hogar a un menor abandonado desde que este tenía ocho años de edad. Asumieron su cuidado y crianza hasta que el joven tuvo edad de entrar a laborar y sostenerse económicamente, sin que nunca se formalizara jurídicamente dicha relación. Su hijo de crianza falleció con ocasión a sus labores como soldado del Ejército Nacional, razón por la cual solicitaron al Ministerio de Defensa indemnización por su muerte. La entidad administrativa negó el reconocimiento de la indemnización alegando que los “padres de crianza” no se encontraban establecidos en el ordenamiento como beneficiarios de esta. Esta Corporación, concluyó que el Ministerio “hizo prevalecer lo meramente formal sobre lo sustancial, y desconoció el deber que el Constituyente le asignó al Estado de garantizar a los ciudadanos unas condiciones mínimas de justicia material”[7]. En consecuencia, ordenó el pago de la compensación económica por la muerte del soldado a los entonces accionantes.*

Esta figura de la familia de crianza abordada en Colombia deriva de elementos, como lo son no mantener vínculo consanguíneo o legal de por medio, y que lo primordial es acreditar la

existencia de vínculo socioafectivo natural como lo es en la realidad; es decir, la relación que tienen los padres con sus hijos e hijas y viceversa, donde, por medio de una prueba idónea, se pruebe una efectiva posesión notoria de estado que se mantuvo o mantiene con esa familia de crianza.

Este país ha tenido que ir desarrollando su línea que debe seguir conforme aparecen casos en la vía administrativa y judicial, pues no pueden ignorar ese fenómeno social que tuvo que ser resaltado y rescatado por medio de jurisprudencia, reconociéndose así aquellos derechos a quienes han asumido el papel de padre o madre de crianza, y a quienes ocupan el lugar de un hijo o una hija por los lazos afectivos generados a partir de la convivencia, dependencia económica, emocional y de respeto mutuo que los ha unido, y, muy importante, que se mantiene durante años, generándose derechos y obligaciones, tal como lo mantienen las familias tradicionales.

Para comprender el tema de la relación afectiva que une a las familias de crianza, según lo desarrollado en el párrafo anterior, es importante conocer el significado “afectividad” para poder potenciar la existencia del vínculo creado por los progenitores con los hijos y las hijas de crianza, y de acuerdo con el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, la afectividad se define como:

*afectividad*

- 1. f. Cualidad de afectivo.*
- 2. f. Conjunto de sentimientos, emociones y pasiones de una persona.*
- 3. f. Tendencia a la reacción emotiva o sentimental.*
- 4. f. Psicol. Desarrollo de la propensión a querer.*

Para la psicología, la afectividad tiene una relevancia en la evolución del desarrollo del ser humano:

*la afectividad empieza a construirse con el nacimiento y se encuentra en pleno desarrollo hasta alcanzar la madurez. En este recorrido, los afectos se van estructurando. En la primera infancia, los afectos se suelen orientar a los padres. De a poco, el niño adquiere la capacidad de dirigir la afectividad a otros familiares y luego a figuras externas, lo que supone que gana autonomía en cuanto a sus sentimientos. Que la afectividad se desarrolle correctamente es imprescindible para tener una autoestima positiva. De hecho, llegada la madurez, la afectividad permite resolver eventuales problemas afectivos y traumas que, en su momento, dificultaron el crecimiento integral<sup>5</sup>.*

De ahí surge la importancia que tiene este vínculo al momento de considerar la existencia de una familia de crianza y al ser esta relación socioafectiva un pilar importante en la formación de la identidad de una persona, como lo he indicado, cuando se aportan valores y principios que son indispensables para los seres humanos dentro de un ambiente de pertenencia.

## **6. Sobre la socioafectividad**

En términos muy sencillos, la noción de “socioafectividad” implica la consideración del sentimiento de afecto y cariño creado entre las personas en un núcleo familiar o en lo que ellos consideran que es su hogar, el cual está formado por quienes viven bajo un mismo techo, sin importar si existen vínculos biológicos o no.

En Costa Rica, el vínculo afectivo y sus efectos jurídicos en el derecho de familia vienen

desarrollándose de forma paulatina, y solo podemos conocer más de esta figura por medio del derecho comparado.

Sin embargo, para comprender aún más cuál es el significado de “socioafectividad”, podemos consultar ya el término en el *Diccionario usual del Poder Judicial* donde se indica:

*En materia de familia, relación de afecto con la trascendencia social que comprende comportarse como padre o madre con una persona determinada. “Del análisis de la doctrina comparada el concepto de socioafectividad, así como sus efectos jurídicos, estén regulados o no, difieren dependiendo de la concepción que cada ordenamiento tenga de la misma, encontrándonos con algunas legislaciones que la consideran como un símil de la posesión de estado de hijo, otros lo consideran fuente de filiación, o también como un principio y valor que debe ser considerado. [...] La filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales y de la inexistencia de una base biológica. (Medina Millaman, 2023). ► afecto 2. social. || Tipo de relación afectiva entre personas físicas que tiene semejanza con otra relación, específicamente regulada, y que busca o pretende un reconocimiento determinado. “Este vínculo [la socioafectividad] está compuesto por dos elementos: El interno, motivado por el afecto existente entre los integrantes de la familia y el externo, dado por el reconocimiento social de este afecto, es decir, su externalización”. (Medina Millaman, 2023). ► afectivo (a)<sup>6</sup>.*

5 Ver *Diccionario usual del Poder Judicial*. [En línea] disponible en: <https://definicion.de/afectividad/>

6 Ver *Diccionario usual del Poder Judicial*. [En línea] disponible en: [https://dictionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario?query=socioafect&search\\_type=contains](https://dictionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario?query=socioafect&search_type=contains)

A partir de la definición anterior, se podría entender la afectividad como el principio o valor que debe ser tomado en consideración para fundamentar el derecho de las familias de crianza y así garantizar el respeto a ese sentimiento de pertenencia o estabilidad construida de la relación familiar que se ha creado con primacía sobre el origen biológico y, por lo tanto, puede trascender al reconocimiento de derechos patrimoniales, sin importar que exista algún grado de consanguinidad.

## 7. El “afecto” en la Reforma al Código Civil y Comercial de Argentina

Se considera de interés abordar lo que la solidaridad y los vínculos afectivos en Argentina significaron en su momento, para dar cabida a aquellas familias donde no existe un parentesco consanguíneo o civil en su ordenamiento jurídico. Se rescata lo externado por la jurista Aída Kemelmajer de Carlucci en un artículo denominado *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014*<sup>7</sup>, publicado en *Revista Jurídica La Ley* del 8 de octubre de 2014, donde se refiere al afecto como un nuevo concepto jurídico:

*VI. La apertura al “afecto” como concepto jurídico. Llamativamente, el afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia. No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, o en el de la regulación legal única; de allí que un concepto que parecía pertenecer sólo al derecho brasileño (la afetividade) (24), se ha trasladado a otros ordenamientos*

*en los que ya se comienza a hablar del “parentesco social afectivo”, para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza; se ha producido, entonces, lo que ha dado en llamarse “desencarnación”, o sea, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo”. (Kemelmajer de Carlucci, A. 2014, p. 9).*

Sin lugar a dudas, el afecto es fundamental en la creación de vínculos familiares y de amistad si se quiere, y, en la actualidad, ante las nuevas tendencias en la conformación de vínculos familiares, el acompañamiento que se brinda a una persona durante su crianza y adultez inclusive marca la vida de quienes han convivido y han generado dependencia afectiva y hasta económica recíproca dentro de esa relación, en donde evidentemente se han generado sentimientos de pertenencia a esa familia y de apego que, día a día, se ven reforzados en esa dinámica familiar donde se debe considerar y respetar si hay relación o contacto con los progenitores o la familia biológica.

Por tanto, en Costa Rica, al ya existir la posibilidad por medio de la Ley N.º 10166 de que se reconozca este “parentesco social”, al igual que como lo indica doña Aida Kemelmajer, el afecto viene a ser un elemento más que se debe valorar en cualquier proceso judicial o administrativo donde se alegue la existencia de un vínculo socioafectivo.

## 8. Sobre alimentos y herencia

Conforme el artículo 2 de la Ley N.º 10166, son madres y padres de crianza:

*quienes, de hecho asumieron de manera gratuita, voluntaria y permanente el*

7 Ver Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014*. [En línea] disponible en: <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>



*cuidado de una persona menor de edad hasta la mayoría de edad, velando por su desarrollo físico y mental y por la provisión de sus necesidades y, en general, cumpliendo las obligaciones afectivas, sociales y económicas que les son propias a los padres y madres biológicos o adoptivos, sin la existencia de un vínculo jurídico o una obligación legal que así lo exigiera.*

Para abordar el tema de interés, debemos considerar todos aquellos cuestionamientos que surgen a partir del reconocimiento de la figura de familia de crianza en la legislación costarricense. Entre estas interrogantes, se encuentra la manera en que se aplicará la normativa de pensiones alimentarias en los casos que se presenten a estrados judiciales.

La pensión alimentaria representa una obligación de los progenitores y, por ende, se trata de un derecho primordial y necesario para todas las personas menores de edad. Este derecho busca satisfacer sus necesidades básicas, tales como la educación, alimentos, vivienda, vestido, entretenimiento, salud, entre otros, y quien está facultado para solicitar ese derecho es el padre o la madre que ejerza la guarda, crianza y educación de los hijos y las hijas.

El artículo 3 de la Ley N.º10166 reforma el inciso 2) del artículo 169 de la Ley 5476, Código de Familia, donde se señala que: *“Deben alimentos: [...] 2- Los padres y madres a sus hijos e hijas menores o incapaces y los hijos y/o hijas a sus padres y madres, inclusive los y las de crianza”*. Esta normativa es relevante en el contexto del artículo en estudio, ya que reconoce que, a partir de la formación de una familia de crianza, también se derivan derechos y obligaciones en relación con temas de alimentos entre sus miembros, lo que, de alguna manera, garantiza el derecho que tienen los padres y las madres de

crianza a reclamar el apoyo económico, debido al reconocimiento que ese vínculo ha formado.

Sin embargo, de acuerdo con el mencionado artículo 3, se desprende que los padres y las madres de crianza sí tendrían protagonismo al tener el derecho de solicitar pensión alimentaria por parte de las personas a quienes cuidaron y atendieron durante su minoría de edad.

Dejando de lado el derecho que los hijos y las hijas de crianza pueden llegar a tener, para que esos mismos padres y madres de crianza que velaron por su desarrollo y atenciones, puedan ser considerados como obligados alimentarios en caso de que el niño, la niña o la o el adolescente llegara a necesitarlo, lo que evidencia que la norma no está aplicando el mejor interés para la persona menor de edad, dejándolos desprotegidos.

También debemos cuestionarnos qué sucede en aquellos casos donde existen familias ensambladas, como al igual que, en las familias de crianza, han tenido un rol de proveedoras alimentarias y afectivas, qué pasa en casos donde se rompe ese vínculo y quedan sin un apoyo económico y afectivo, distorsionando su estilo de vida. ¿Tienen estas personas menores de edad derecho de beneficiarse en un proceso de alimentos contra aquellos padres y madres con los que mantuvieron un vínculo socioafectivo?

Ahora, ¿cómo podemos abordar la facultad de solicitar una pensión alimentaria cuando el o la solicitante es una tercera persona sin vínculos consanguíneos ni jurídicos con la persona menor de edad? (Por lo general, este tipo de procesos alimentarios surge debido a asuntos matrimoniales, uniones de hecho o por acuerdo de voluntades de los progenitores y, en otros casos, casi siempre, se presentan con motivo de divorcio).

¿Qué ocurre cuando quien tiene bajo su cuidado a una persona menor de edad la considera propia,

aunque carezca de legitimación para solicitar el beneficio y necesite de esa ayuda para continuar con la manutención?

Debe tomarse en cuenta que estas familias de crianza se forman debido a situaciones de vida, donde los progenitores por las razones que tengan no pueden ejercer su rol de cuidado y delegan esa importante labor a personas ajenas a la familia. ¿Cómo pueden estas terceras personas solicitar el beneficio alimentario, sin que ello genere conflictos en su dinámica familiar?

De ahí surgen la controversia y la necesidad de crear presupuestos o líneas jurisprudenciales que permitan a una tercera persona solicitar una pensión alimentaria para aquellas personas menores de edad que han estado bajo su cuidado de manera incondicional y voluntaria.

En cuanto el derecho a heredar, se reforma el inciso 1) del artículo 572 de la Ley 63, Código Civil, donde se indica que: *“Son herederos legítimos y herederas legítimas. 1) Los hijos e hijas y los padres y las madres, incluidos e incluidas los y las de crianza, y el consorte, la consorte, el conviviente o la conviviente en unión de hecho, con las siguientes advertencias: [...]”*.

Al igual que lo abordado con respecto al tema de pensiones, en el inciso 1) del artículo 572 de la Ley 63, Código Civil, no se incluye a los hijos ni las hijas de crianza, lo que, sin lugar a dudas, a pesar de que la reforma consideró la incorporación de la familia de crianza en los procesos de sucesión, esta medida únicamente reconoce el derecho de aquellas terceras personas que, con el paso del tiempo, han creado o construido vínculos de los que ha derivado dependencia económica y socioafectiva.

Esto crea una desigualdad en relación con el derecho que también deberían tener los hijos y las hijas de crianza para heredar y así participar en la

distribución y disfrute de los bienes de aquellos a quienes en vida fueron considerados como su padre o su madre de crianza.

## 9. Régimen de visitas y salida del país

Para finalizar, resulta relevante abordar el tema de régimen de visitas o interrelación familiar en caso del reconocimiento de las relaciones familiares socioafectivas. Nos encontramos con situaciones en las que la persona menor de edad no se ha desvinculado totalmente de sus progenitores.

Debemos reconocer que existen circunstancias de vida que dificultan la relación tradicional entre padres, madres, hijos e hijas. Temas como inmigración y hasta cuestiones de trabajo pueden dificultar la relación familiar convencional. En algunos casos, esta separación no es ocasional, sino permanente y estable donde las personas menores de edad quedan bajo el cuidado de alguien que no necesariamente es un familiar.

Surge una serie de situaciones en estas dinámicas sociales que, como he mencionado, generan la creación de vínculos socioafectivos que, con el tiempo, transforman a estas personas en familia. Por lo tanto, es esencial respetar tanto el derecho a la vida familiar como el derecho a la pertenencia y la identidad.

Con respecto a la importancia de la relación paterno-filial, en el voto 12019-2006, la Sala Constitucional indicó:

*VII.- Los artículos 7 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen claramente que éstos tienen derecho a relacionarse con sus padres, salvo que dicha relación sea contraria a lo que se ha denominado “el interés superior del niño”. En tal caso, y de previo a cualquier decisión, la Convención dispone que deberá seguirse un procedimiento de*

*conformidad con la normativa interna y con participación de todas las partes; ello está obviado por la norma en cuestión*<sup>8</sup>.

Así, en determinados casos, si se logra evidenciar y acreditar que, a pesar de que una persona menor de edad se encuentra bajo el cuidado de una tercera persona y mantiene algún tipo de contacto con su familia biológica, esto no debería ser impedimento para reconocer la labor desempeñada por los padres y las madres de crianza. Incluso, en situaciones donde se detecte esa vivencia o interacción irregular, se debe evitar interponer procesos de protección donde se considere separar a la persona menor de edad de quien piensa que es su verdadero progenitor. Siempre es preferible escuchar la opinión de la persona menor de edad, dejando de lado la visión adultocentrista, ponderando los derechos de las personas menores de edad involucradas.

Según esa visión adultocentrista<sup>9</sup>, es importante resaltar lo señalado en el libro *Discursos de resistencias juveniles en sociedades adultocéntricas*:

*Dicha matriz da cuenta de una construcción sociocultural que sitúa a este grupo social, sus producciones y reproducciones como carentes, peligrosas, e incluso les invisibiliza sacándolos de las situaciones presentes y los resitúa en el futuro inexistente. Esta matriz la hemos denominado adultocentrismo<sup>73</sup>, en tanto sitúa lo adulto como punto de referencia para el mundo juvenil, en función del deber ser, de lo que debe hacerse paraser*

*considerado en la sociedad (madurez, responsabilidad, integración al mercado de consumo y de producción, reproducción de la familia, participación cívica, etc.). (Duarte, 2016, p. 64).*

Con respecto a la solicitud de permiso de salida del país, es de interés lo que ha dispuesto el Tribunal de Familia en su resolución n.º 00349 - 2023:

*III. Antes de referirse al contenido de los agravios formulados por el apelante, el Tribunal estima conveniente hacer una referencia a la evolución procesal y orgánica que ha existido para la tramitación y resolución de las solicitudes de autorización de salida del país de las personas menores de edad, en aquellos casos en que sus progenitores no la hayan autorizado directamente, ya sea porque estos han fallecido -o porque, por alguna otra razón, hayan sido privados o suspendidos del ejercicio de los atributos de la función parental-; porque alguno de ellos, o ambos, no pueda concederla por alguna otra razón -como la ausencia prolongada o el desconocimiento de su paradero, por ejemplo-, o porque existe un conflicto entre ellos<sup>10</sup>.*

A partir de lo anteriormente expuesto, en relación con los permisos de salida del país de personas menores de edad que se encuentran bajo el cuidado y supervisión de una tercera persona (sin que existan procesos de protección como depósitos judiciales o de abandono de persona

8 Ver Sala Constitucional 12019-2006. [En línea] disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-371746>

9 Ver Duarte Quapper, C. (2006). *Discursos de resistencias juveniles en sociedades adultocéntricas*. [En línea] disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/122312>

10 Ver Tribunal de Familia. Resolución n.º 00349 – 2023. [En línea] disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1153094>

menor de edad), es posible tomar decisiones contemplando el principio del mejor interés.

Esto podría llegar a ser posiblemente válido en situaciones donde no se tiene conocimiento del paradero de los progenitores, o donde haya alguna situación que imposibilite su participación en el trámite, quedando abierta la posibilidad de que el padre o la madre de crianza gestione la solicitud al ser la persona adulta responsable y quien ha tenido bajo su cuidado a la persona menor de edad. Esto vendría a resaltar una vez más esa facultad que el tiempo le ha otorgado para ejercer de hecho una responsabilidad parental, aunque no tenga vínculo más que el socioafectivo.

## 10. Conclusión

El tema anteriormente abordado tiene como fin sensibilizar y conocer más sobre las familias de crianza y fundamentar cómo, de alguna manera, la entrada en vigencia de la Ley N.º10166, Ley de Reconocimiento de Derechos a Madres y Padres de Crianza, destaca la importancia de la socioafectividad en la construcción de relaciones familiares, donde pese a no tener vínculos consanguíneos o legales, se puede reconocer derechos y brindar los beneficios que surgen de estas relaciones.

Se puede concluir que previo a la Ley N.º10166, la figura de los padres, las madres, hijos e hijas de crianza pasó de ser un tema tabú a convertirse en un tema reconocido en la realidad social de Costa Rica, resaltándose aún más el refrán popular: *“Padre no solo es el que engendra, sino el que cría”*. El tema en sí no deja de ser controversial, ya que, según lo analizado, no basta con su reconocimiento en la normativa nacional, sino que debemos enfocarnos en cómo aplicarlo en cada caso que se presente ante los estrados judiciales, asegurando siempre un acceso y tutela efectivos a la justicia.

Surgen interrogantes acerca de las implicaciones que resulten de los derechos alimentarios y de herencia, ya que la norma no aborda el derecho que tienen las personas menores de edad de ser beneficiarias de una pensión alimentaria o una herencia. Esto quebranta el interés de la persona menor de edad, ya que únicamente consideró el derecho que tienen los padres y las madres de crianza de incoar el proceso alimentario o sucesorios en contra de los hijos y las hijas de crianza. Pero no se contempla el derecho de esos hijos e hijas de reclamar alimentos en caso de que lleguen a necesitarlos o sean parte de una herencia de quienes han considerado como su padre o su madre de crianza.

De la doctrina rescatada a nivel nacional e internacional, se desprende que, para abordar los asuntos donde se desea reconocer derechos y/o beneficios de los padres, madres, hijos e hijas de crianza, es importante contar con una definición de esta figura y de lo que es un hogar, tomando siempre en consideración el estado de pertenencia que manifiesten las personas que conforman este tipo de familia, con el fin de que las autoridades correspondientes puedan evaluar y ponderar de manera discrecional cada una de las circunstancias que se presenten, garantizando el respeto por los motivos que rodean la formación de esta familia, y que la falta de un vínculo biológico o legal no sea óbice para el reconocimiento de beneficios y/o derechos patrimoniales, como, por ejemplo, la posibilidad de heredar *ab intestato*.

Por otra parte, se rescata cómo Colombia ha abarcado el tema de los padres, madres, hijos e hijas de crianza a través de su jurisprudencia constitucional, aplicando el principio de igualdad y acceso a la justicia en el reconocimiento de una realidad social en relación con aquellos que, independientemente de los motivos que tengan, han asumido la crianza de una persona desde su infancia hasta la edad adulta inclusive, creándose vínculos socioafectivos significativos

donde prevalece la unión familiar más allá del parentesco consanguíneo, dando un tratamiento jurídico a los y las miembros de esta familia socialmente afectiva considerándolos como sujetos de derechos y obligaciones.

Gracias a este reconocimiento constitucional, se ha logrado reconocer su vínculo en trámites administrativos de instituciones estatales y se ha abierto la posibilidad de participar de beneficios derivados de procesos sucesorios tanto para padres y madres de crianza como para hijos e hijas de crianza y viceversa, al acreditarse dependencia afectiva y económica.

Al ser el tema de familia de crianza en Costa Rica un tema novedoso, evidentemente podemos concluir que, conforme a la Ley N.º 10166 y la próxima entrada en vigencia de la Reforma Procesal Familiar, se detecta cierta inquietud o incertidumbre acerca de lo que va a pasar en la práctica con respecto al reconocimiento de vínculos socioafectivos en temas, tales como alimentos, herencia, visitas y salidas del país donde estén involucradas personas menores de edad.

Surgen dudas sobre qué ocurre cuando hay contacto con los progenitores y no existe, ni se ha suspendido o dictado una sentencia de abandono o pérdida de responsabilidad parental. En este caso, ¿a quién se debe demandar por alimentos? Además, debemos preguntarnos hasta qué punto una tercera persona puede ejercer los atributos de la responsabilidad parental, y si esa relación puede ser considerada como una posesión notoria de estado para su reconocimiento.

¿Qué sucede con las personas menores de edad cuando se rompe el vínculo en casos de familias ensambladas o de crianza? ¿A quién se demanda ante la formación de vínculos afectivos, dependencia económica y estilo de vida?

En cuanto a los asuntos de permiso para salidas del país, ¿tendrán terceras personas la legitimación para iniciar un proceso en caso de que la persona menor de edad lo solicite por cuestiones académicas o recreativas? Sin lugar a dudas, estas situaciones irán surgiendo como resultado de la relación socioafectiva que ha evolucionado con el tiempo, y el Estado debe estar preparado para dar soluciones a quienes conforman este tipo de familias.

Ahora bien, para reconocer estos derechos, también debemos plantearnos cuáles deben ser los presupuestos que se deben demostrar con el fin de equiparar a las familias de crianza con las familias consanguíneas o legalmente establecidas.

Por estos motivos, considero de interés que se tome en cuenta lo siguiente: el afecto, el tiempo, la convivencia y la dependencia económica. Para lo cual, es necesario analizar cada caso concreto y determinar la conformación de una familia de crianza a través de un abordaje psicosocial que acredite el grado de pertenencia de las y los miembros involucrados.

Además, es importante escuchar a la persona menor de edad, todo esto garantizando la aplicación de instrumentos nacionales e internacionales a la luz de los derechos humanos, con el fin de respetar cómo se formó la familia y permitir que, si existe algún tipo de relación con los progenitores, se pueda mantener el contacto sin que esto sea un obstáculo para reclamar derechos, tanto mientras la persona sea menor de edad, como cuando haya alcanzado la mayoría de edad. Todo esto crea la posibilidad a futuro de aplicar en nuestro ordenamiento jurídico lo que se conoce como multiparentalidad en relaciones socioafectivas.

Con respecto al factor tiempo, se deben aplicar criterios de razonabilidad y proporcionalidad para rescatar o reforzar la continuidad y pertenencia que se han mantenido dentro de la familia

de crianza, para que, a través de las pruebas recabadas dentro del proceso, se acredite que sus miembros han crecido y se han desarrollado de manera integral en dicho entorno.

En ese sentido, podríamos empezar a cuestionarnos si será factible comparar, por ejemplo, este período con el plazo establecido en el artículo 109, inciso b) del Código de Familia. Dicho artículo se refiere a los requisitos para la adopción de personas mayores de edad y estipula como presupuesto una convivencia de no menos de seis años antes de cumplir la mayoría de edad, así como mantener un vínculo afectivo o de familiaridad, tal y como se requiere para el reconocimiento de la familia de crianza, quedando a discusión cómo abordar el plazo que se debe aplicar cuando se trata de personas menores de edad que han estado bajo el cuidado de una tercera persona durante diferentes etapas de la infancia.

En relación con la dependencia económica, es importante que se cumplan los requisitos mencionados anteriormente, pues como sucede en todas las familias, incluyendo la de crianza, la convivencia conlleva responsabilidades y deberes para con sus miembros ante la evidente participación activa en la economía familiar y en los proyectos de vida compartidos. Y en caso de que alguno de sus miembros fallezca o se reclamen derechos alimentarios en razón de su dependencia económica, podría brindarse una respuesta efectiva a sus pretensiones.

Para finalizar, el afecto, sin lugar a dudas, se convierte en un elemento relevante en el reconocimiento de las relaciones personales. Este afecto abarca tanto el ámbito familiar como particular, y no se puede negar que las familias de crianza se fortalecen a través de él.

Como hemos observado, en estas familias, se van desarrollando responsabilidades y habilidades entre padre, madre, hijos e hijas y viceversa. Esto ocurre al integrar a una tercera persona como parte de la unidad familiar, asumiendo roles de cuidado, educación, manutención, obediencia y respeto.

Estas relaciones personales socioafectivas son alimentadas por la cotidianidad y las dinámicas familiares, donde la determinación de la residencia o de lo que es más importante, el sentido de lo que significa un hogar, es lo que debe prevalecer a la hora de regular casos donde se discuten derechos de los padres, las madres, los hijos y las hijas de crianza. Por tanto, sin duda, estos criterios estudiados pueden llegar a ser una guía para así evitar que personas malintencionadas pretendan obtener derechos y saquen provecho de manera inapropiada.

## 11. Bibliografía

### Normativa

*Constitución Política de Costa Rica.* [En línea] disponible en:

[https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871)

*Código de Familia.* [En línea] disponible en:

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970](http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970)

*Ley N.º 10166. Ley de Reconocimiento de Derechos a Madres y Padres de Crianza.*

[En línea] disponible en:

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=96845&nValor3=129958&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=96845&nValor3=129958&strTipM=TC)

### **Jurisprudencia nacional**

*Resolución n.º 12019 – 2006 de la Sala Constitucional, del 16 de agosto de 2006 a las 16:32.*

[En línea] disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-371746>

*Resolución n.º 1125-2007 de la Sala Constitucional del 30 de enero de 2007 a las 15:02.*

[En línea] disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-372108>

*Resolución n.º 00349–2023 del Tribunal de Familia, del 21 de abril de 2023 a las 10:27.*

[En línea] disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1153094>

### **Jurisprudencia internacional**

*Sentencia T-233/15. (30 de abril). Corte Constitucional de Colombia. Bogotá. D. C.*

[En línea] disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-233-15.htm>

### **Referencias de interés**

Acosta arengas, Leonardo y Araújo, Lina María. (2012). *El hijo de crianza en Colombia: ¿mito o realidad?* [En línea] disponible en: <https://>

[revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/1755/1618](https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/1755/1618)

*Diccionario usual del Poder Judicial.* [En línea] disponible en: [https://diccionariouusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario?query=socioafect&search\\_type=contains](https://diccionariouusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario?query=socioafect&search_type=contains)

Duarte quapper, C. (2006). *Discursos de resistencias juveniles en sociedades adultocéntricas.*

[En línea] disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/122312>

Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino* de 2014.

[En línea] disponible en: <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>

LIRA, Luis Felipe. (1976). *La familia como unidad de estudio demográfico.*

[En línea] disponible en: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/9136/S301428B947\\_es.pdf?Sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/9136/S301428B947_es.pdf?Sequence=1)

Pérez Porto, J. (15 de octubre de 2021). *Afectividad. Qué es, evolución, definición y concepto.* Definición de. [En línea] disponible en: <https://definicion.de/afectividad/>





# EL COMISO DE PIEZAS ARQUEOLÓGICAS EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

MSc. Paúl Fuentes Sing\*

## RESUMEN

En Costa Rica, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, existe poca información sobre la forma de operar del instituto del comiso en favor del Estado, en aquellos procesos penales por delitos de infracción a la Ley sobre el Patrimonio Nacional Arqueológico y donde existan piezas arqueológicas decomisadas. Analizando la normativa que ha reglado lo correspondiente desde 1923, se ha permitido, en casos excepcionales, que tales objetos se mantengan en manos de personas particulares y, por ello, la persona juzgadora debe conocer la legislación, previo a ordenar el comiso. Precisamente, ese es el tema que se va a tratar en el presente artículo, debido a que, para cada caso en concreto, se debe contar con la información suficiente facilitada por el Departamento de Protección del Patrimonio Cultural del Museo Nacional de Costa Rica y el Registro Público del Patrimonio Nacional Arqueológico, con la finalidad de que la jueza o el juez pueda resolver de manera definitiva sobre el destino de esos bienes demaniales.

**Palabras clave:** Comiso, arqueología, patrimonio nacional arqueológico, bienes demaniales.

## ABSTRACT

Both doctrinally and jurisprudence, there is few to no information in Costa Rica, about the way that the confiscation in favor of the State works, among the criminal judicial cases, that involve archaeological pieces and crimes of infringement of the National Archaeological Heritage Law. Since 1923, the regulations regarding this subject matter, had allowed, in exceptional cases, that these objects remain in the hands of private persons; therefore, this specific legislation must be known by the judge, prior to ordering the confiscation. This essay regards precisely, this issue, due to the importance that each specific case, needs to be resolved taking in consideration the information provided by the Department of Protection of Cultural Heritage of the National Museum of Costa Rica, which is the institution in charge of the registry of private archaeological collections and the Public Registry of National Archaeological Heritage. This is the only legal way, that allows the judge whose in charge of making a final decision, to determine the destination of these objects, in terms of returning or confiscating them.

**Keywords:** Confiscation, archaeology, national archaeological heritage, public assets.

Aprobado: 10 de abril de 2024

---

\* Es abogado, notario público, máster en Derecho Penal y, en la actualidad, se destaca como juez penal. Correo electrónico: [pfuentes@poder-judicial.go.cr](mailto:pfuentes@poder-judicial.go.cr).

## 1. Origen de la demanialidad de las piezas arqueológicas

Respecto a la demanialidad del patrimonio arqueológico y en específico sobre la peculiaridad inherente a la tutela de la propiedad demanial, señala el autor Renato Alessi:

*[...] consiste en que mientras los sujetos privados no pueden proteger su propiedad sino por medio de la acción judicial, el Estado, por el contrario, puede proceder directamente a tutelar la propiedad demanial mediante la actividad administrativa, en especial mediante la actividad de policía (la llamada policía de los bienes demaniales)... que tiende a reprimir cualquier ocupación o modificación arbitraria de los bienes demaniales, o bien cualquier actividad del individuo perjudicial para la integridad de dichos bienes y que contravenga las normas que tutelan la integridad de los mismos[...]<sup>1</sup>.*

En igual sentido, menciona el autor Miguel Marienhoff:

*[...] El Estado no sólo tiene el “derecho”, sino también y fundamentalmente el “deber” de velar por la conservación del dominio público [...] “[...] Desde el punto de vista “administrativo”, la “cosa” demanial se protege por autotutela. Tal autotutela no sólo tiende a proteger la integridad material o física de la cosa, impidiendo -por la fuerza, si fuere menester- la realización de actos de terceras personas que la degraden*

*o pueden degradar, sino que también protege la tenencia de la cosa, a fin de recuperar en todo o en parte su “corpus” detentado ilícitamente por terceros [...]”<sup>2</sup>.*

De la misma manera, el *Manual de normas y procedimientos para el tratamiento y el manejo de las colecciones arqueológicas* del Museo Nacional de Costa Rica menciona: “*en materia de patrimonio nacional arqueológico, y de acuerdo con los pronunciamientos de la Procuraduría General de la República, el Museo Nacional de Costa Rica posee potestades de imperio y los bienes que forman dicho patrimonio son bienes de dominio público*”<sup>3</sup>.

De esta forma, tomando como base lo referido por los autores supracitados, el patrimonio nacional arqueológico es parte de los bienes del Estado y corresponde a los bienes demaniales a los que el Estado costarricense debe dar una debida vigilancia, cuidado y mantenimiento, pues se tratan de objetos que representan la historia y la cultura del país.

La razón de la preservación de esos objetos es conservarlos para las futuras generaciones para que así se puedan retrotraer al pasado y conocer respecto a la identidad de nuestros antecesores y de nuestras culturas precolombinas.

Se debe señalar por su importancia que, en la normativa costarricense, existen tres leyes que deben ser tomadas en consideración para poder establecer que las piezas arqueológicas nacionales son propiedad y parte del patrimonio nacional arqueológico costarricense y, por lo tanto, se trata de bienes demaniales. Estas leyes son: **a)** Ley Número 14 del 14 de septiembre de 1923; **b)** la

1 Renato Alessi. *Derecho administrativo*. (1970). 3.ª edición. Tomo III. Barcelona: Bosch, pp. 417-418.

2 Miguel Marienhoff. (1966). *Tratado de dominio público*. Argentina: Tipográfica Editora Argentina, pp. 276-278.

3 Museo Nacional de Costa Rica. (2016). *Manual de normas y procedimientos para el tratamiento y el manejo de las colecciones arqueológicas con contexto*. San José: Museo Nacional de Costa Rica,

Ley Número 7 del 6 de octubre de 1938 (regula la propiedad, explotación y comercio de reliquias arqueológicas) y su Reglamento, Decreto N.º 14 del 20 de diciembre de 1938, y c) la Ley Número 6703 (Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico) que entró en vigencia el 19 de enero de 1982.

Respecto a la Ley Número 7 del 6 de octubre de 1938, los artículos 1, 2 y 7<sup>4</sup>, así como su reglamento, de acuerdo con el Decreto N.º 14 del 20 de diciembre de 1938<sup>5</sup>, recogen la posesión de objetos arqueológicos de la época precolombina y refieren con importancia lo siguiente:

***Artículo 1:** Son de propiedad del Estado todos los objetos arqueológicos existentes en el suelo de Costa Rica anteriores a la conquista española, así como los monumentos del mismo género que pudieran encontrarse, no comprendidos en el patrimonio particular al ser promulgada la presente ley. **Artículo 2:** Para los efectos del artículo anterior, se entenderán como objetos arqueológicos y monumentos los restos de la actividad humana de importancia artística, científica e histórica. **Artículo 7:** El Museo Nacional de Costa Rica llevará un Registro donde deben ser inscritos todos los monumentos y objetos arqueológicos que tenga en custodia, consignando cuantos datos sean necesarios para identificarlos debidamente.*

De esta manera, desde la entrada en vigor de la Ley que Regula la Propiedad, Explotación y

Comercio de Reliquias Arqueológicas, Número 7, del 6 de octubre de 1938, se dispuso que: “*los bienes arqueológicos que estuviesen en posesión del estado y los que fueren objeto de hallazgo en forma posterior pertenecían y tenían que ser administrados por el Estado, en su condición de bien demanial*”<sup>6</sup>.

Por lo anterior, se indicó que el Estado tenía la obligación de velar por todos los bienes demaniales que estuvieran en su posesión y que fueran hallados posteriormente a la entrada de la Ley Número 7 del 6 de octubre de 1938, vigilancia que fue otorgada al Museo Nacional de Costa Rica.

También, en la ya mencionada Ley Número 7 del 6 de octubre de 1938<sup>7</sup>, en el transitorio se señaló: “*Quedan a salvo los derechos otorgados a los particulares en virtud de contratos celebrados con el Estado con anterioridad a la promulgación de esta ley*”. Este derecho tenía su antecedente en la Ley Número 14, artículo 5, del 14 de septiembre de 1923<sup>8</sup>: “*Toda persona que, de acuerdo con esta ley sea legítima poseedora de objetos arqueológicos podrá solicitar del Director del Museo Nacional una certificación de autenticidad, con indicación del lugar de donde fueron extraídos y con la fotografía de cada objeto, de acuerdo con un modelo que dicho Director exhibirá*”.

En el mismo sentido, la Ley Número 6703 (Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico),<sup>9</sup> que entró en vigor el 19 de enero de 1982, reguló el tema y, en el artículo 1, señaló lo siguiente: “*Constituyen patrimonio nacional arqueológico, los muebles e inmuebles, producto de las*

4 Ley Número 7 del 6 de octubre de 1938, artículos 1, 2, 7.

5 Decreto Número 14 del 20 de diciembre de 1938.

6 Ley Número 7 del 6 de octubre de 1938.

7 Transitorio de la Ley Número 7 del 6 de octubre de 1938.

8 Ley Número 14 del 14 de septiembre de 1923, artículo 5.

9 Ley Número 6703 (Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico), artículo 1.

*culturas indígenas anteriores o contemporáneas al establecimiento de la cultura hispánica en el territorio nacional, así como los restos humanos, flora y fauna relacionados con estas culturas”.*

Así, tenemos normativas distintas que, en momentos históricos diferentes, han regulado el tema de la demanialidad del patrimonio arqueológico y, en virtud de lo anterior, ante el hallazgo o decomiso de objetos en procesos penales que correspondan al patrimonio nacional arqueológico, la persona juzgadora encargada de resolver el caso en concreto debe ponderar si existe la posibilidad del comiso de dichos bienes o si hay autorización para que las personas privadas los posean, tal y como se señaló anteriormente.

Como se mencionó, el patrimonio arqueológico forma parte de la memoria de un país o de una comunidad, debido a que refleja la identidad histórica de un determinado lugar y, por esta razón, su protección es de vital importancia para que una región pueda revalorizar, identificarse y apropiarse de su pasado y así darle forma a su futuro, manteniendo su esencia y sus raíces.

## **2. Sobre el registro de colecciones de las piezas arqueológicas**

Es importante mencionar que, en Costa Rica, a partir de 1982, por disposición del artículo 16 de la Ley Número 6703, se creó el Registro Público del Patrimonio Nacional Arqueológico como dependencia del Museo Nacional, el cual además es parte del Departamento de Protección del Patrimonio Cultural del Museo Nacional de Costa Rica que es el ente encargado de regular el registro de las colecciones<sup>10</sup>.

Según se refiere en el sitio web del Museo Nacional de Costa Rica:

*el Departamento de Protección del Patrimonio Cultural del Museo Nacional de Costa Rica es el encargado del Registro de colecciones arqueológicas privadas y Registro Público del Patrimonio Nacional Arqueológico y tiene como objetivos la protección del patrimonio cultural, con especial énfasis en el patrimonio arqueológico mueble, el manejo de las colecciones del museo y la conservación preventiva y correctiva de bienes (restauración) <sup>11</sup>.*

En materia de registro de colecciones, el artículo 6 de la Ley Número 6703<sup>12</sup>, que entró a regir el 19 de enero de 1982, expresamente señala:

*Se concede, a los coleccionistas y tenedores de objetos arqueológicos, un plazo de seis meses a partir de la vigencia de esta ley, a fin de que presenten un inventario de sus colecciones al Registro Público del Patrimonio Nacional Arqueológico, con el propósito exclusivo de su identificación. Este inventario se hará bajo la fe de juramento y de acuerdo con el artículo 17 de esta ley.*

Por su parte, el artículo 17 de la Ley Número 6703<sup>13</sup> indica:

*Todos los poseedores de objetos arqueológicos están obligados a presentarlos al Registro Público del Patrimonio Nacional Arqueológico, para su inscripción, de acuerdo con el plazo*

10 Nota del autor: el Museo Nacional de Costa Rica maneja un registro temático de todos los objetos y muestras del inventario patrimonial. Los criterios generales contemplan principalmente la procedencia y la antigüedad.

11 <https://www.museocostarica.go.cr/transparencia/informacion-institucional/departamento-de-proteccion-del-patrimonio-cultural>.

12 Ley Número 6703 (Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico), artículo 6.

13 Ley Número 6703 (Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico), artículo 17.

*que señala el artículo 6° de esta ley, so pena de perder su calidad de depositarios. Es facultad del Registro Público del Patrimonio Nacional Arqueológico revisar de oficio los objetos inscritos para su comprobación, por medio propio o por medio de la autoridad que juzgue conveniente.*

*La inscripción de los objetos, a que se refiere, este artículo, entre otras cosas contendrá:*

- a) La naturaleza y dimensión de cada uno de los objetos.*
- b) Su procedencia.*
- c) El lugar donde se hallan actualmente.*
- ch) Fotografías de los objetos.*
- d) Nombre y domicilio de quien los tiene en custodia.*

Así, en virtud de la normativa anteriormente citada, se puede denotar que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Número 6703, existió la obligación de los particulares que poseían bienes arqueológicos de registrar dichos objetos en el plazo de los seis meses, de lo contrario perderían la calidad de depositarios, y la custodia de los objetos se trasladaría al Museo Nacional.

### **3. Sobre la titularidad de los objetos arqueológicos**

Las resoluciones de la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, de las 10:00 horas del 14 de abril de 1983 (expediente número 0047-82, promovido por Rogelio Alfaro Quesada), de las 13:00 horas del 12 de mayo de 1989<sup>14</sup>, así como los votos de la Sala Constitucional número

2005-12129 de las 14 horas 30 minutos del 7 de septiembre de 2005<sup>15</sup>, el voto número 2006-10097 de las 14:55 horas del 12 de julio de 2006<sup>16</sup> y el voto número 2012-05520 de las 14:31 horas del 2 de mayo de 2012<sup>17</sup> han tratado ampliamente el tema de la propiedad de los objetos, del registro de estos como requisito indispensable para su tenencia y el régimen de dominio público que ostentan los bienes que forman parte del patrimonio nacional arqueológico.

Así, para demostrar la legítima titularidad de los objetos arqueológicos de la época precolombina, tal y como se ha señalado por vía jurisprudencial, la carga de la prueba le corresponde al particular.

En ese orden de ideas, en la resolución 2003-10698, de acuerdo con el expediente número 03-006424-0007-CO, la Sala Constitucional indicó lo siguiente:

*IV.-Conclusión.- De lo expuesto se concluye que la Ley N° 6703 estableció un plazo para que aquellas personas que tuvieran en su poder bienes arqueológicos lo informaran así o los entregarán al Museo Nacional. Incumplir esa obligación, que tiene como fundamento que el Estado es el propietario de tales bienes de conformidad con el artículo 3°, acarrea la sanción de pena de prisión establecida en el artículo 20. La Sala no observa vicio de inconstitucionalidad alguno en la norma, por lo que la acción resulta improcedente, lo que motiva su rechazo por el fondo. Por tanto: Se rechaza por el fondo la acción<sup>18</sup>.*

14 Expediente número 0047-82, promovido por Rogelio Alfaro Quesada, de las 13:00 horas del 12 de mayo de 1989.

15 Resolución de la Sala Constitucional número 2005-12129 de las 14 horas 30 minutos del 7 de septiembre de 2005.

16 Resolución de la Sala Constitucional número 2006-10097 de las 14:55 horas del 12 de julio de 2006.

17 Resolución de la Sala Constitucional número 2012-05520 de las 14:31 horas del 2 de mayo de 2012.

18 Resolución de la Sala Constitucional número 2003-10698 de 16:43 horas del 23 de septiembre de 2003.

En igual sentido, como antecedente de reciente data, el voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 409-2019 de las 10:55 horas del 16 de mayo de 2019<sup>19</sup> versó sobre un asunto donde, por medio de la Procuraduría General de la República, el Estado demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda al señor M.E.M.D, a la Inmobiliaria Yanomani Uno S.A. y a la Inversora Motilonia S. A. para que, en sentencia, se declarara que eran de dominio público del Estado costarricense, por afectación de las Leyes 7 de 1938, artículo primero, y la Ley Número 6703 de 1982, artículos primero y tercero, 110 objetos arqueológicos precolombinos que estaban en la Finca Motilonia, situada en San Rafael de Heredia, frente al Castillo Country Club.

Estos objetos fueron decomisados por el Ministerio Público cuando el Juzgado Penal de Heredia practicó un allanamiento el 23 de julio de 2010, dentro del expediente penal 09-004966-059-PE y, en dicha resolución, expresamente se señaló que “por ser bienes de dominio público estatal debían permanecer en custodia definitiva del Museo Nacional. La parte demandada contestó en forma negativa y opuso las defensas de cosa juzgada, demanda defectuosa y falta de derecho”<sup>20</sup>.

Por su parte, el Tribunal Contencioso Administrativo desestimó las defensas, rechazó la falta de derecho, declaró con lugar la demanda de la Procuraduría General de la República y decretó que esos objetos eran de dominio público del Estado costarricense, y dispuso que “dichos objetos arqueológicos precolombinos debían permanecer en custodia definitiva del Museo Nacional”. La parte vencida presentó el recurso de casación aludido, el cual fue conocido por la

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y fue rechazado.

En interés, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se basó en los argumentos del Tribunal Contencioso Administrativo para declarar con lugar la demanda en favor del Estado y determinó que la carga probatoria le correspondía a la parte accionada, en este caso a la Inmobiliaria Yanomani Uno S. A. y la Inversora Motilonia S. A., quienes no acreditaron durante el proceso que los objetos precolombinos fueron adquiridos antes de la Ley Número 7 de 1938 y, por lo tanto, se trataban de bienes demaniales que debían quedar en custodia del Museo Nacional de Costa Rica.

La resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia expresamente mencionó:

*[...] El Tribunal señaló que conforme a la Ley 7 de 1938 los bienes arqueológicos son propiedad del Estado, y en sus cánones 7 y 9 dispuso la obligación de registrarlos ante el Museo Nacional sin disponer plazo para ello. Continúo, la Ley 6703 reiteró la titularidad del Estado y estableció en su artículo 6 el plazo de 6 meses para inscribir tales bienes. Así, manifestó, el ordenamiento jurídico admite aún hoy que objetos de esa naturaleza permanezcan bajo titularidad particular, pero sólo respecto de aquellos que estaban en el dominio particular antes de 1938. De esta manera, prosiguió, “cualquier particular que pretenda el reconocimiento de la titularidad sobre dichos bienes, tenía que demostrar, a juicio de este órgano decisor, que las piezas sobre las que reclama, estaban bajo el dominio privado antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 7”. Sobre el subjúdice, determinó, es*

19 Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 409-2019 de las 10:55 horas del 16 de mayo de 2019.

20 Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 409-2019 de las 10:55 horas del 16 de mayo de 2019.

*claro que las piezas no se encontraban bajo la titularidad de los accionados con anterioridad a 1938, pues según la confesión del propio señor Mihkel Mannil D'Empaire, su padre quien fue quien adquirió la colección, ingresó al país en los años cincuenta. Asimismo, continuó, por cuanto no acreditaron los demandados que fueron adquiridas de un tercero cuya titularidad era previa a 1938. Lo cual, estableció, era "carga probatoria que, a tenor del artículo 317 del Código Procesal Civil, corresponde en este caso a la parte accionada, la cual no presenta una factura, un recibo, o cuando menos un testimonio que brinde alguna luz a este Tribunal sobre la forma de adquisición de las piezas y respecto de si estas se encontraban bajo el dominio público o privado, sin que resulte aplicable en este caso el principio de que la posesión vale por título, pues precisamente con ocasión del carácter demanial de los bienes, se estableció en el ordenamiento jurídico un sistema, si se quiere agravado, para su trasiego legítimo<sup>21</sup>.*

También, es importante tomar en cuenta el Dictamen C-127-1988 de la Procuraduría General de la República <sup>22</sup>, avalado en las sentencias de la Sala Constitucional número 2005-12129 y 2006-10097 para establecer que las piezas arqueológicas se encuentran fuera del comercio de los hombres y excluye la posesión *animus domini* de terceros.

#### **4. Sobre el comiso de bienes arqueológicos**

En caso de que proceda el comiso de bienes arqueológicos, se tiene que valorar lo establecido en los artículos 110 del Código Penal <sup>23</sup> y 489 del Código Procesal Penal<sup>24</sup>:

***Artículo 110.-Comiso:** El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o los valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros.*

***Artículo 489.- Comiso:** Cuando en la sentencia se ordene el comiso de algún objeto, el tribunal le dará el destino que corresponda según su naturaleza, conforme a las normas que rigen la materia. En su caso los instrumentos con que se cometió el delito, serán remitidos al Museo Criminológico de la Corte Suprema de Justicia.*

De la misma manera, es importante hacer referencia que, tanto la Ley Número 7 del 6 de octubre de 1938 en el artículo 30 <sup>25</sup>, como el artículo 17 de la Ley Número 6703 <sup>26</sup> se refieren al comiso de objetos arqueológicos y ambas señalan:

*- Ley Número 7 del 6 de octubre de 1938, artículo 30: "El comiso de los objetos*

21 Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 409-2019 de las 10:55 horas del 16 de mayo de 2019.

22 Dictamen C-127-1988 de la Procuraduría General de la República.

23 Código Penal, artículo 110.

24 Código Procesal Penal, artículo 489.

25 Ley Número 7 del 6 de octubre de 1938, artículo 30.

26 Ley Número 6703, artículo 17.

*arqueológicos, se decretará siempre a favor del Museo Nacional”.*

*- Ley Número 6703, artículo 17: “Los objetos arqueológicos que no sean presentados al Registro Público del Patrimonio Nacional Arqueológico pasarán a manos del museo Nacional”.*

Si observamos los artículos supracitados y tomamos en consideración que nos encontramos en presencia de figuras penales para aplicar el instituto del comiso, no se distingue el comiso entre delitos dolosos y culposos y, por lo tanto, se podría arribar a la conclusión de que ambos estarían incluidos, excluyendo la aplicación respecto a las contravenciones<sup>27</sup>. Sin embargo, al ponderar la doctrina, mayoritariamente, se ha considerado que procede únicamente respecto a delitos dolosos<sup>28</sup>.

Otro aspecto que se debe considerar es la posición de la línea jurisprudencial costarricense, en el sentido de que se ha permitido aplicar el instituto del comiso aún en casos cuando no exista una sentencia condenatoria; es decir, es

posible que se otorgue el comiso de bienes, ya sea en sentencia absolutoria, como, por ejemplo, al tratarse de bienes demaniales establecidos por una normativa previa o, por ejemplo, también en casos del dictado de sentencias de sobreseimiento definitivo o resoluciones desestimatorias en etapas previas a la etapa plenaria. Esta posición incluso ha sido avalada por circulares del Ministerio Público y por la Comisión de Asuntos Penales, según se denota de las circulares 38-99 del 29 de octubre de 1999 y 09-ADM-2010 de marzo de 2010<sup>29</sup>.

Sobre el tema, existen posiciones doctrinales encontradas que solamente avalan la aplicación del comiso en caso del dictado de sentencias condenatorias. Por ejemplo, para el autor Rubén Hernández (1998, p. 148)<sup>30</sup>: “la garantía que prohíbe las penas confiscatorias implica que ninguna persona puede ser desposeída totalmente de los bienes y hacienda que ha obtenido con su esfuerzo personal o ha heredado de terceras personas”.

En igual sentido, según Abdelnour (1984, p. 363)<sup>31</sup>: “la idea de universalidad que caracteriza

27 Campos, José Luis. (2013). Consideraciones sobre la figura del comiso en el derecho penal y procesal costarricense. *Revista Judicial*. N.º 110, pp. 161-162.

28 Zaffaroni, Eugenio. (1988). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, p. 261.

29 Las circulares del Ministerio Público de Costa Rica número 38-99 del 29 de octubre de 1999 y número 09-ADM-2010 de marzo de 2010 han señalado lo siguiente: “[...] “El Código Penal señala en el artículo 103, que el comiso es una de las consecuencias civiles del hecho punible, excluyéndolo así de las penas principales y accesorias, que tal y como se establece en el artículo 50, son únicamente la prisión, el extrañamiento, la multa e inhabilitación y la inhabilitación especial. Dentro de la misma línea de pensamiento, el Código Procesal Penal, incluye dentro de las normas que regulan la ejecución civil, la figura del comiso en su artículo 465. En los casos que señala el consultante, no existe impedimento para que el Juez que dicta sentencia en la que se extingue la acción penal por el pago máximo de la multa (artículo 30 inciso c del Código Procesal Penal), ordene el comiso de los instrumentos con que se cometió el delito, así como de las cosas provenientes de su realización, pues la extinción de la acción penal por esa causal no implica que el hecho delictivo no haya tenido consecuencias civiles a favor del Estado. Resultaría contrario a los fines del Derecho Penal, que en delitos tipificados por ejemplo en la Ley de Conservación de Vida Silvestre, el imputado pague el máximo de la multa, y se proceda a la devolución del equipo utilizado para la extracción o caza ilegal de flora o fauna silvestre, o bien de los animales en peligro de extinción, pues ello se traduciría en un contrasentido, ya que en otras palabras se le estaría diciendo al infractor que pague el máximo de la multa si quiere mantener en su poder, por ejemplo, los animales que cazó y que se encuentran en peligro de extinción, o bien, el equipo utilizado para la comisión del hecho”.

30 Hernández, Rubén. (1998). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. San José: Juricentro, p. 148.

31 Abdelnour, Rosa María. (1984). *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*. San José: Juricentro, p. 363.



a la confiscación general, no se encuentra jamás en la especial, y si bien en ambos casos se opera una verdadera transferencia de propiedad en beneficio del Estado, no deben confundirse. El comiso es también confiscación, pero especial, de naturaleza y efectos diversos a los de la confiscación general”.

Así, pese a las posiciones encontradas de manera doctrinal, como se señaló anteriormente, la jurisprudencia costarricense ha permitido el comiso de bienes en casos donde no existía sentencia condenatoria y aun ante el dictado de una sentencia de sobreseimiento definitivo o una resolución de desestimación en la etapa intermedia del proceso penal.

Una vez realizada la reseña anterior, para efectos del comiso de bienes que forman parte del patrimonio nacional arqueológico, se deben valorar los diversos escenarios para poder resolver la situación jurídica de los bienes arqueológicos que hayan sido objeto de un proceso penal.

Respecto a los posibles escenarios en un proceso penal por infracción a la Ley sobre el Patrimonio Nacional Arqueológico, nos podríamos encontrar en tres distintas situaciones que son importantes de mencionar y que, para resolver sobre el tema, se debe contar con la suficiente información por parte del Departamento de Protección del Patrimonio Cultural del Museo Nacional de Costa Rica.

a) El primer supuesto incluye los bienes arqueológicos hallados antes de la Ley de 1938. En este caso, se tratarían de bienes de propiedad privada de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de 1938<sup>32</sup>.

b) El segundo supuesto comprende los bienes arqueológicos hallados antes de la Ley de 1982; pero después de la Ley de 1938. En este caso, los objetos arqueológicos se encontrarían sometidos al régimen de dominio estatal de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de 1938 y, para la autorización de la posesión parte de particulares, tenían que haber presentado un inventario de sus colecciones seis meses después de entrada en vigencia de la Ley 6703 el 19 de enero de 1982<sup>33</sup>, según el artículo 6 de dicha ley.

También es importante señalar que no se refiere a hallazgos posteriores, en forma excluyente, sino a la “posesión” de objetos arqueológicos, con lo cual quedan allí comprometidos dos grupos de bienes: a) Los hallados antes de la Ley de 1938 que son de propiedad privada, de acuerdo con el artículo 1.º de esa ley; y b) Los hallados después de esa Ley, los cuales sí pertenecen al Estado.

c) El tercer supuesto configura los bienes arqueológicos hallados después de la Ley que entró en vigencia en 1982 y, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 6703<sup>34</sup>, correspondería a propiedad del Estado.

Para reseñar lo antes mencionado, se cita, en lo que interesa, lo planteado en la resolución de la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de San José, a las trece horas del doce de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, la cual hace mención claramente a los escenarios desarrollados anteriormente de la siguiente manera:

*[...] XXIV.- Debe subrayarse que las alegaciones de la recurrente se refieren a bienes arqueológicos hallados antes de*

32 Ley Número 7 del 6 de octubre de 1938, artículo 1.

33 Ley Número 6703 (Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico), artículo 6.

34 Ley Número 6703 (Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico), artículo 3.

la Ley de 1981, pero después de la Ley de 1938, es decir, de objetos que quedaron sometidos al régimen de dominio estatal de acuerdo con el artículo 1° de esa Ley de 1938. El texto que se impugna (de la Ley de 1981), dice: “Artículo 3°.- Son propiedad del Estado todos los objetos arqueológicos que sean descubiertos en cualquier forma, encontrados a partir de la vigencia de esta ley, así como los poseídos por particulares después de la vigencia de la Ley N° 7 de 6 de octubre de 1938, cuando éstos no hayan cumplido los requisitos exigidos por esa ley”. La segunda regla de ese artículo es la que interesa en este asunto, de acuerdo con las alegaciones del recurso; y esa regla se ocupa de los objetos poseídos por los particulares después de la Ley N°7 de 1938. No se refiere a hallazgos posteriores, en forma excluyente, sino a la “posesión” de objetos arqueológicos, con lo cual quedan allí comprometidos dos grupos de bienes: a) Los hallados antes de la Ley de 1938, que son de propiedad privada, de acuerdo con el artículo 1° de esa Ley; y b) Los hallados después de ella, que sí pertenecen al Estado, por no ser inconstitucional la regla que así lo dispone. Ahora bien, si lo que se discute en el recurso es lo referente a objetos arqueológicos de hallazgo posterior a la Ley N.º 7 de 1938, la norma que se impugna (del artículo 3° de la Ley de 1981), sólo podría ser contraria a la Constitución si al propio tiempo lo fuera el artículo 1° de la Ley de 1938. pero al no ser esto así, lógicamente el citado artículo 3° de la Ley 1981 no está privando a nadie de ningún derecho de propiedad, desde luego que se trata de bienes pertenecientes al Estado; y eso excluye todo posible quebranto del

artículo 34 de la Constitución. Lo mismo cabe decir en lo que atañe al artículo 39 *Ibidem*, puesto que, si los bienes pertenecen al Estado, ninguna “pena de pérdida de la propiedad” podría resultar de lo que prescribe el artículo 3° de la Ley de 1981. Todo ello deja ver que la única inconstitucionalidad que podría existir se reduce a los bienes que estaban legítimamente en mano privada al entrar en vigencia la Ley N.º 7 de 1938; y esa inconstitucionalidad ya fue declarada por esta Corte, al resolver el recurso de los señores Rogelio Alfaro Quesada y Bolívar Cabezas Bermúdez. XXV.- Las razones expuestas son suficientes para concluir que ninguno de los textos legales citados se contraponen a las normas de la Constitución que invoca la parte recurrente, y por ello el recurso debe desestimarse en su totalidad, como en efecto se resuelve<sup>35</sup>.

Por tanto, los tres supuestos antes señalados deben ser valorados por parte del resolutor para adoptar la decisión del comiso de los bienes arqueológicos o, por el contrario, luego de un estudio de la información suministrada por parte del Departamento de Protección del Patrimonio Cultural del Museo Nacional de Costa Rica, determinar si ha existido la autorización para que se encuentren en manos de particulares o si son de propiedad privada antes de la Ley de 1938.

## CONCLUSIÓN

De esta manera, en virtud de lo antes expuesto y por tratarse de bienes de dominio del Estado, según las Ley de 1938 y la Ley Número 6703, con excepción de las piezas arqueológicas que legítimamente estaban en propiedad privada o

35 Resolución de la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de San José, a las trece horas del doce de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

las debidamente autorizadas, en los procesos penales donde se hayan decomisado bienes arqueológicos, ante el requerimiento conclusivo por parte del Ministerio Público, como lo sería la desestimación, el sobreseimiento definitivo o la acusación fiscal, la persona juzgadora encargada de resolver el proceso debe tomar en consideración que procede el comiso de los objetos en favor del Museo Nacional de Costa Rica, como institución del Estado con potestades de imperio en materia de patrimonio nacional arqueológico.

De acuerdo con lo anterior, mediante resolución fundada y con base en el análisis de la normativa supracitada, deberá disponer de los bienes y, para lo cual, tiene dos únicas opciones: **a)** si se cumple con los requisitos que la legislación estableció para tales efectos, lo que procede es la devolución al particular que poseía legalmente los bienes o, en su defecto, **b)** ordenar el comiso en favor del Estado costarricense.

También es importante resaltar que el tráfico ilegal de patrimonio arqueológico es una actividad que genera grandes ganancias al crimen organizado, manteniendo un mercado negro que conlleva no solamente a la pérdida del país de su patrimonio histórico, sino también se utiliza para engrosar el caudal económico de las organizaciones criminales, lo cual genera su crecimiento y expansión a nivel transnacional, así como la proliferación de acciones ilegales.

De esta forma, el comiso de las piezas no solamente reviste de importancia en cuanto a la protección de la historia, la identidad y el pasado de un país, sino también para el combate económico de la delincuencia organizada.

Así, los bienes arqueológicos constituyen un patrimonio invaluable para la humanidad, no solo para el pueblo de un territorio o un país, sino también para el resto de los habitantes del planeta que requieren conocer a fondo cómo se construye

una identidad, cómo se determina la historia de un país o región en específico.

La ausencia de normativa regulatoria sobre la tenencia y adquisición es una limitante para su protección; pero sobre todo la ausencia de normas dogmáticas y pragmáticas que permitan devolver a su lugar de origen las piezas arqueológicas afecta un bien invaluable para el pueblo, su historia y su desarrollo.

Desde nuestro punto de vista, es necesario alimentar jurídicamente el vacío legal con que cuenta esta materia y así poder sensibilizar a los y las habitantes sobre la importancia de que los bienes arqueológicos se encuentren en posesión estatal para su verdadera y correcta conservación.

## BIBLIOGRAFÍA

Abdelnour, Rosa María. (1984). *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*. San José: Juricentro.

Alesi, Renato. (1970). *Derecho administrativo. 3.ª edición. Tomo III*. Italia: Bosch Casa Editorial, Barcelona, España.

Campos, José Luis. (2013). Consideraciones sobre la figura del comiso en el derecho penal y procesal costarricense. *Revista Judicial*. N. °110, 155-172.

Hernández, Rubén. (1998). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. San José: Juricentro.

Marienhoff, Miguel. (1996). *Tratado de dominio público*. Argentina: Tipográfica Editora Argentina.

Museo Nacional de Costa Rica. (2016). *Manual de normas y procedimientos para el tratamiento y el manejo de las colecciones arqueológicas con*

*contexto*. San José: Museo Nacional de Costa Rica.

Zaffaroni, Eugenio. (1988). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

## **LEYES Y DECRETOS**

Ley Número 14 del 14 de septiembre de 1923, artículo 5.

Ley Número 7 del 6 de octubre de 1938 de Costa Rica, artículos 1, 2, 7, 30, transitorio.

Decreto Número 14 del 20 de diciembre de 1938 de Costa Rica.

Ley Número 6703 de Costa Rica del 19 de enero de 1982. Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico, artículos 1, 3, 6, 17.

Código Penal de Costa Rica, artículo 110.

Código Procesal Penal de Costa Rica, artículo 489.

## **RESOLUCIONES JUDICIALES**

Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 10:00 horas del 14 de abril de 1983.

Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, expediente número 0047-82, promovido por Rogelio Alfaro Quesada, resolución de las 13:00 horas del 12 de mayo de 1989.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 2003-10698 de las dieciséis horas con cuarenta y tres minutos del veinticuatro de septiembre de dos mil tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 2005-12129 de las catorce horas con treinta minutos del siete de septiembre de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 2006-10097 de las catorce horas cincuenta y cinco minutos del doce de julio de dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 2012-05520 de las catorce horas treinta y un minutos del dos de mayo de dos mil doce.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 409-2019 de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del dieciséis de mayo de dos mil diecinueve.

## **OTROS CUERPOS JURÍDICOS**

Dictamen número C-127-1988 de la Procuraduría General de la República de Costa Rica.

Circulares de la Fiscalía General de la República números 38-99 del 29 de octubre de 1999 y 09 ADM 2010 de marzo de 2010.

# LA INFLUENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LOS PROCESOS JUDICIALES

MSc. Ana Carolina Lizano Salazar \*

## RESUMEN

La era digital ha incrementado la cobertura de los procesos judiciales, planteando reflexiones sobre la relación entre la información transmitida y la confianza ciudadana en la función Judicial. Se abordarán temas como la libertad de prensa, la influencia de medios en la opinión pública y el posible impacto en la imparcialidad de los actores judiciales. La presión por resultados rápidos y opiniones preconcebidas podría comprometer la independencia judicial y la legitimidad de las instituciones democráticas. La libertad de prensa, crucial para la democracia y el control ciudadano, debe ejercerse responsablemente, evitando narrativas sesgadas o sensacionalistas que distorsionen la comprensión de los procesos legales y que erosionen la confianza pública en las instituciones judiciales. Se requieren mecanismos que armonicen este derecho con la integridad del sistema judicial, desafío que demanda mayor investigación para asegurar soluciones efectivas.

**Palabras clave:** Influencia mediática, legitimación ciudadana, libertad de prensa, independencia judicial, democracia, juicios mediáticos.

## ABSTRACT

The digital era has expanded the coverage of judicial processes, prompting reflections on the relationship between transmitted information and citizen trust in the Judiciary. Topics such as press freedom, media influence on public opinion, and potential impacts on the impartiality of judicial actors will be addressed. The pressure for quick results and preconceived opinions could compromise judicial independence and the legitimacy of democratic institutions. Press freedom, crucial for democracy and citizen oversight, must be exercised responsibly, avoiding biased or sensationalist narratives that distort the understanding of legal processes and erode public trust in judicial institutions. Mechanisms are needed to harmonize this right with the integrity of the judicial system, a challenge that requires further research to ensure effective solutions.

**Keywords:** Media influence, citizen legitimization, press freedom, judicial independence, democracy, media trials.

Aprobado: 10 de abril de 2024

---

\* Es máster en Derechos Humanos y cuenta con una especialidad en Derecho Notarial y Registral. Correo electrónico: [clizano@poder-judicial.go.cr](mailto:clizano@poder-judicial.go.cr).

## INTRODUCCIÓN

Actualmente, debido a la acelerada expansión digital que existe, los medios de comunicación digitales han generado un gran acceso y posibilidad de transmitir información. Estas facilidades que representan las plataformas tecnológicas para que los distintos medios de comunicación puedan disputar las primicias de los procesos judiciales, teniendo en cuenta que esta difusión mediática es conveniente dentro de los sistemas democráticos, hacen que sea necesario reflexionar sobre los conflictos que estas prácticas de información periodística pueden ocasionar en los procesos judiciales.

En este contexto, se busca reflexionar sobre la relación potencial que se crea entre la información que transmiten los medios de comunicación y la confianza de la ciudadanía hacia la función del Poder Judicial.

En especial, interesa analizar ¿cómo se ajustan estas prácticas de cobertura mediática de la función judicial, con los fines y garantías procesales que rigen esta labor? Este tema resulta crucial para la gobernanza por múltiples razones. Se destaca la notable influencia de los medios de comunicación en la formación de la percepción pública sobre las actividades judiciales, lo que incide directamente en la confianza y legitimidad otorgadas a las instituciones judiciales por parte de la población.

Además, el trabajo de los medios puede incidir en el desarrollo de los procesos judiciales al influir en la opinión pública y, en ocasiones, en las personas actoras judiciales. Esto plantea desafíos importantes para mantener la imparcialidad y objetividad en la tramitación de los procedimientos legales. De esta manera, la forma en que los medios presentan la información sobre la función judicial puede afectar la percepción del público,

la confianza en las instituciones y la efectividad y legitimidad de la gobernanza judicial.

En los últimos años, en el caso de Costa Rica, se ha otorgado una mayor cobertura y difusión mediática a los asuntos judiciales, lo que resulta conveniente como control ciudadano dentro de los sistemas democráticos.

Incluso, el *Informe de estado de la Justicia* ha reconocido el factor de la cobertura mediática del Poder Judicial, como uno de los desafíos en el ámbito de la gobernanza política que, desde el primer informe del año 2015, está siendo analizado. (Programa Estado de la Nación 2022).

No obstante, pueden ocasionarse conflictos con algunas prácticas periodísticas que atentan contra las garantías procesales y que amenazan la función que ejerce el Poder Judicial, la cual se requiere que sea ejecutada de manera libre e independiente de cualquier presión política, externa o mediática.

El interés con este texto es hacer notar el abordaje que realizan los medios de comunicación sobre los procesos judiciales, así como la facilidad que tienen estos actores para transmitir sus ideas sin que, necesariamente, las comunicaciones se apeguen al debido proceso y a la legislación vigente, y evidenciar la posibilidad que tienen de generar una influencia directa en la sociedad, pues crean una atmósfera de expectativas populares, sobre la forma como debe ser tramitado un proceso.

Es importante tener en cuenta que la opinión popular no siempre está acorde con el sistema legal y que, en caso de que no se vea acogida, genera una insatisfacción ciudadana. Debe considerarse si esta situación puede ser un factor de riesgo, para que las personas encargadas de la tramitación de estos procesos judiciales se vean influenciadas y comprometan su independencia judicial.

En un inicio, se abordarán la conceptualización correspondiente a la libertad de prensa, así como la capacidad que tienen los medios de comunicación masivos para articular sus ideas y generar espacios de demanda social respecto a los procesos judiciales. Posteriormente, se pretende realizar una exploración por los institutos que rigen, en el caso de Costa Rica, la forma como se debe transmitir información referente a un proceso judicial, para finalmente sopesar si estas prácticas mediáticas se encuentran acordes con los fines y garantías que legalmente se han establecido para el correcto ejercicio de la función judicial y en respeto al debido proceso.

### **La libertad de opinión y expresión de los medios de comunicación**

Se ha expuesto que la libertad de información es un derecho de doble vía, es decir, tanto para quien la produce como para quien la recibe, y es un factor tan central para la democracia que se ha convertido en un indicador del tipo de sociedad donde se vive. (Aristizábal y Carreño Bustamante 2016).

Así, primeramente, se debe tener clara la Convención Americana de los Derechos Humanos, la cual indica en su artículo 13:

*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

*2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*

*a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*

*b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

*3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*

Se evidencia, entonces, que el derecho a la libre opinión y expresión se encuentra contemplado como parte de los derechos fundamentales de todo ser humano por su simple condición de serlo y cobija la facultad de toda persona para emitir criterios subjetivos.

Sin embargo, igualmente deben resaltarse dos aspectos de interés que se vislumbran de lo expuesto, el primero tiene relación con la responsabilidad legal que debe afrontar cualquier persona en caso de que cometa un abuso en ejercicio de estos derechos y, en segundo lugar, la necesidad de mesurar las conductas que, en ejercicio de este derecho, comprometan la reputación de una persona o coloquen en riesgo la seguridad del Estado o una sana convivencia en sociedad.

Este es un elemento importante de la gobernanza democrática, ya que garantiza la transparencia y rendición de cuentas, así como la participación ciudadana en políticas gubernamentales. Por ello, resulta necesario resguardar y promover este derecho como mecanismo que garantice el acceso a la información ciudadana, pues permite una participación y un adecuado control sobre

las labores que ejerce un poder de la república. (Unesco, 2021).

Es bajo este amparo supraconstitucional donde los medios de comunicación masiva<sup>1</sup> se arrojan participación directa y tangible dentro de las problemáticas judiciales, al ser los encargados de brindar información de los procesos según la cobertura y proyección mediática que ejerzan en la sociedad.

En este sentido, Michelle Bonner señala:

*El delito es un ejemplo por excelencia de las noticias como entretenimiento. Las historias de delitos siempre han formado parte de las noticias. Sin embargo, cuando los mercados de los medios de comunicación se privatizan, se subvencionan menos y se regulan menos, la cantidad y la prominencia de las historias de delitos aumenta. [...] Las historias de delitos ofrecen el clásico drama de los buenos y los malos. Atraen a grandes audiencias a un bajo coste. Además, la policía proporciona un suministro constante de historias que llenan la creciente demanda de noticias de la televisión que transmite las 24 horas del día (a partir de la década de 1990) y las noticias de Internet y las redes sociales (a partir de la década de 2000). (Bonner, 2021, 84-85).*

La libre comunicación por parte de los distintos medios informativos es una función necesaria como mecanismo de control del ejercicio de la función pública y la participación ciudadana

en las políticas de interés social, también como mecanismo legitimador de la justicia.

Hoy en día, se observa que, aunque ciertamente en muchos países existe esta libertad de prensa que pregonan los medios de comunicación, también debe tomarse en cuenta que el ejercicio irrestricto de esta información puede conllevar a generar afectaciones a la imagen o intimidad de las personas e, incluso, al orden y seguridad del Estado. Por ello, esta libertad no puede ser promovida de manera tal que represente un obstáculo para el correcto funcionamiento de las autoridades estatales.

La percepción del sistema y proceso judicial de personas que no poseen experiencia directa en temas legales se fundamenta mayormente en la información proveniente de los medios de comunicación. En su mayoría, las personas ciudadanas obtienen conocimiento sobre los resultados de procesos judiciales a través de noticias que, generalmente, ofrecen breves resúmenes de la vasta información relacionada con dichos casos.

Al estudiar cómo influye la cobertura mediática en la percepción pública sobre la ley o los sistemas judiciales, algunas personas autoras han señalado la influencia significativa que la exposición prolongada a estos mensajes tiene en la formación de creencias y comportamientos del público hacia el sistema legal, denominando esto como *cultivation analysis*.

Esta teoría sugiere que la presentación de sentencias en los medios impacta la percepción del público sobre la severidad de la ley. Por ejemplo, aquellos expuestos a una cobertura

---

<sup>1</sup> Para el presente artículo, se entienden como medios de comunicación masiva los diferentes tipos que, en esta categoría, podemos encontrar. Existen entonces las personas periodistas, comunicadoras independientes, medios televisivos, noticieros, periódicos, programas de radio, entre otros, sin diferenciar entre los medios que pueden ser considerados tradicionales como radio, prensa o televisión, de las nuevas plataformas digitales de comunicación e información, como son las redes sociales y de información digital.



mediática que retrata las sentencias como más indulgentes podrían desarrollar preferencias más punitivas en el sistema de justicia penal. Incluso, aquellas personas que nunca han tenido contacto con un proceso legal corren el riesgo de construir su pensamiento del sistema judicial, basado en la información obtenida tanto por la desmedida cobertura mediática de crímenes violentos y sensacionalistas, como de programas ficticios con esta temática. (Hans y Dee, 1991).

### **Prácticas mediáticas de cobertura de los procesos judiciales**

Con el paso del tiempo, se ha logrado evidenciar que existe un auge de comunicación de noticias que tienen relación directa con la tramitación de una investigación judicial. Es fácil observar diariamente publicaciones que proyectan asuntos judiciales generalmente relacionados con temas de seguridad ciudadana. Esta tendencia se explica por el interés público en los delitos, los cuales se han convertido en un entretenimiento. Además, los medios tienen la capacidad de aprovechar recursos tecnológicos y temporales para la transmisión de información de manera continua.

Un estudio realizado por el Estado de la Justicia indica que se ha generado un aumento en la cobertura mediática que se realiza de los asuntos del Poder Judicial, y que los medios de comunicación han generado un aumento exponencial de las noticias ligadas al Poder Judicial, con un promedio anual de aproximadamente 2 640 notas en el periodo comprendido entre los años 2014 al 2018. (Quirós Orozco, 2020).

Es importante reflexionar si este auge de información que se le brinda a la ciudadanía realmente significa una comprensión sobre lo que acontece y conlleva la tramitación de un proceso judicial; en especial, si se toma en consideración que, en el informe anterior, se señaló que, para el

año 2013, más del 50% de los artículos de opinión proyectados por los medios de comunicación expresaban posturas negativas sobre el trabajo del Poder Judicial. (Fernández Sanabria, Porter Aguilar y Brenes Barahona, 2015).

También debe tomarse en consideración que existe una disparidad entre los ritmos periodísticos y judiciales, pues se comunican de manera prácticamente instantánea los detalles de un proceso que legalmente durará mucho más tiempo en ser resuelto. Esta circunstancia no favorece la verdadera comprensión del fenómeno a los espectadores, situación que resulta ventajosa para los actores mediáticos y que les permite impulsar y articular sus ideas.

Lo anterior también ha sido reconocido por el Estado de la Nación, al señalar que, cuando surgen tensiones entre los medios y las instituciones de cobertura, “los primeros tienen un amplio potencial para moldear la opinión pública y la agenda de asuntos importantes para el país, así como para influenciar la toma de decisiones de las autoridades”. (Fernández Sanabria, Porter Aguilar y Brenes Barahona, 2015, 270).

Bien se ha expuesto sobre los juicios mediáticos:

*Los profesionales de la información tampoco ignoran la trascendencia constitucional de estas tensiones, pero son aún más conscientes del beneficio económico que se obtiene de la dramatización y exageración en la cobertura mediática de los fenómenos sociales, y particularmente la difusión de los hechos criminales. (Montalvo Abiol, 2012).*

Además, se observa que, en la mayoría de las ocasiones, estas comunicaciones se realizan sin ningún tipo de filtro, regulación o reserva ética o legal, pudiendo poner en riesgo no solamente las investigaciones, sino también la vida y

privacidad de las personas intervinientes, derecho que contempla además de los datos personales o información de su identificación lo referente a su honor o reputación.

Se debe procurar que el mal uso de la información no genere un daño sustancial a la reputación de las personas. Entonces, prácticas como la publicación de una fotografía o video con la imagen de una persona procesada, la publicación de sus datos personales o argumentos tendientes a la imposición automática de una condena son prácticas que entran en conflicto con este derecho. (Deepti, Shilpa y Sukhvinder, 2022).

Al respecto, juristas que anteriormente trataron el tema han señalado que:

*[...] si bien la difusión mediática es conveniente dentro de un proceso penal democrático, particularmente en la fase del contradictorio, lo cierto es que algunas prácticas frecuentes en las informaciones periodísticas atentan contra las garantías fundamentales propias del proceso penal, pues más allá de informar objetivamente, se tiende a introducir en la noticia, ya sea de forma implícita o expresa, la opinión del medio o del o de la periodista de cómo se debe fallar un asunto sub judice, sea a favor de la persona acusada o en su contra, presionando a los jueces y juezas a que resuelvan el asunto en el sentido que preconiza el medio, o bien vulnerando su derecho a intimidad, honor e imagen al presentar a personas sometidas a procesos como culpables, antes de que exista una condena en firme. (Porter Aguilar, 2008).*

En algunas ocasiones, los medios de comunicación se valen de titulares llamativos que capturan la atención ciudadana para generar ingresos, otorgando a las declaraciones de las personas intervinientes un valor probatorio casi

irrefutable, difuminando la frontera entre hechos probados y opiniones de estrategia de defensa, sin que sea extraño que la comunicación de noticias referentes a procesos judiciales contenga una narrativa basada en populismo punitivo.

Estas corrientes discursivas son las que prevalecen en los medios de comunicación como ideologías o corrientes expansionistas de las últimas décadas que se han utilizado como mecanismo de combate a la delincuencia, de seguridad ciudadana, o bien, dentro de la política criminal. Se basa en corrientes tendientes a la victimización o miedo social y a la creación de nuevos delitos, al reclamo por endurecimiento de las penas, la restricción de derechos a la sociedad, además de minimizar las garantías procesales de las personas que enfrentan un proceso penal.

Ya décadas atrás, autores como Foucault advertían de la estrategia de ejercicio de poder a través del castigo, de los denominados fines de prevención de las penas y la prioridad que se le otorgaba a la represión penal para ganar apoyo popular. (Foucault, 1975).

Cuando se perdieron la confianza y la capacidad estatal para combatir la delincuencia mediante el trabajo social, las políticas institucionales y los programas de tratamiento en los años 1980, se generó un auge de propuestas punitivas para combatir la criminalidad y se expuso a los delincuentes como seres egoístas e inmorales que actuaban contra los intereses legítimos del resto de la sociedad.

Surge el término de populismo punitivo, atribuido a Anthony Bottoms por analizar las prácticas punitivas y la teoría del control social, aportando una perspectiva crítica sobre los discursos que enfatizan el castigo como respuesta a la problemática social. (Cigüela Sola, 2020).

En resumen, puede señalarse el beneficio de la cobertura mediática de los procesos judiciales para el acceso a la información y transparencia, pues ello puede resultar en una mayor conciencia pública sobre temas de relevancia nacional, y se podría influir en la formulación de políticas públicas y legislación atinente a las necesidades sociales.

Sin embargo, los distintos medios también pueden fomentar la idea de que una persona procesada debe ser sometida a una pena automática, creando discursos sensacionalistas fundamentados en ideas de inseguridad ciudadana y lejanos al respeto del sistema de derecho que impera.

### **El papel de las ideas en las discusiones mediáticas de procesos judiciales**

Luego de exponer la creciente tendencia a publicar noticias relacionadas con los procesos judiciales y la predisposición que se observa en la mayoría de estas publicaciones, cabe recordar que cada actor estructura sus narrativas conforme a sus intereses, utilizando las ideas como una herramienta importante para dotar de sentido su retórica, explicando su ideología y justificando las propuestas de solución a una problemática específica.

Desde la perspectiva de los actores que conforman los medios de comunicación, estos figuran como visión o ideología ampliamente influyentes. Algunas veces, defienden ideas sobre la pena que debe imponerse en un proceso judicial. Reclaman el derecho a la libertad de prensa y de poder obtener información de los procesos para mediatizarlo. Animan además el proceso de formación de política pública exponiendo argumentos sugerentes a la creación de leyes o reformas punitivas, como mecanismo único de combate a la delincuencia o la necesidad de aplicar sanciones a las personas funcionarias que

no resuelven asuntos conforme popularmente se demanda.

Mientras tanto, en el caso de los actores judiciales, estas ideas figuran como principios rectores que rigen su labor y determinan cómo resolver procesos. Defienden ideas paradigmáticas como la necesidad de respetar las normativas y el debido proceso o sistema de derecho, también la necesidad de dar a conocer los aspectos técnicos y legales que rigen la toma de decisiones de un asunto judicial y el derecho a que se divulgue información de calidad y veraz de los procesos judiciales.

Al momento de estructurar la facilidad de transmisión de ideas, es importante también entender que, mientras los actores judiciales cuentan con el recurso jurídico que les otorga legitimación formal en sus decisiones por ser una función delegada por ley, así como el recurso humano cualitativo, compuesto por personal técnico y profesional, estos recursos se quedan cortos de frente a los que disponen los medios de comunicación, los cuales tienen un mayor recurso económico que les permite costear salarios, locales y tecnologías de transmisión, además de un importante recurso como es el consenso, debido a la facilidad de transmisión de ideas, lo que les permite influir en la percepción de la función judicial y, con ello, pueden ocasionar una amenaza a la institucionalidad que rige el actuar de las personas trabajadoras judiciales.

Debe resaltarse la importancia e influencia que han adquirido los medios de comunicación, incluso se ha señalado que *“los medios de comunicación se han constituido en un nuevo poder, con capacidad de mantener la democracia o restituirla cuando se ha perdido, pero también han logrado modificar conductas sociales, cambiar la economía, afectar la cultura y definir la política”*. (Aristizábal y Carreño Bustamante, 2016).

En síntesis, se observa que, en la actualidad, el discurso de los medios de comunicación refiere a las políticas que enfatizan la represión y el castigo como respuesta para solucionar las problemáticas sociales.

Para el tema aquí en estudio, resulta acertada la definición de la autora Michelle Bonner en la cual expone que “el populismo punitivo se refiere al uso que hacen los líderes políticos de la retórica y las políticas de mano dura contra el delito para ganar elecciones y apoyo popular”. (Bonner, 2021).

Existe un riesgo de que, por medio de estas coberturas mediáticas, se coloque la función jurisdiccional en un centro de discusión mediática, política y social que conlleve a que las decisiones y actos sobre los cuales recae el sistema de justicia se tomen de manera influenciada, con pretensiones que lesionan la imparcialidad y el correcto ejercicio del derecho, pudiendo también incrementar la desconfianza de la población respecto a la correcta función que recae en la persona juzgadora de impartir justicia.

### **Libertad de prensa y procesos judiciales**

La importancia de la libertad de prensa recae en la garantía de control ciudadano que permite ejercer a los poderes del Estado al acceso de información que se les otorga a las personas, para así también garantizar una sociedad transparente y democrática.

Es también fundamental recordar que el Poder Judicial es el encargado de garantizar los derechos ciudadanos, y esta función debe ser ejecutada de manera libre e independiente de cualquier presión política, externa o mediática.

Los actores judiciales son los encargados de mantener el orden social de un Estado y, aunque legalmente se encuentran plasmados los límites

constitucionales que existen para la libertad de opinión y expresión, realmente en nuestro país no existen políticas atinadas respecto al correcto ejercicio de la libertad de prensa cuando se tratan procesos judiciales.

Citando a Carvajal Martínez, quien analiza el texto de María Elena García Perrote respecto a la incidencia de la publicidad del proceso penal en los derechos fundamentales, se refleja que este tema no resulta ajeno a nivel internacional. Incluso, en relación con el ejercicio de prensa e influencia de esta sobre los procesos judiciales, se analiza que:

*se ha estudiado bajo diferentes conceptos: el populismo punitivo, la política criminal mediática y los juicios paralelos. Los dos primeros se centran en la fase de la criminalización los medios de comunicación al distorsionar la realidad y centrarse insistentemente en la cuestión criminal, provocan una reacción en la sociedad de inconformidad y rechazo con el tratamiento de la seguridad, lo cual es aprovechado por algunos políticos que obtienen réditos electorales a través de la promoción de la cárcel [...] De ahí que la sociedad pida un aumento de penas e ignore otras posibles soluciones [...] los juicios paralelos se centran en la fase de la criminalización, se cuestiona la presión indebida que los medios de comunicación ejercen sobre las decisiones de los jueces al discutir y al llevar un juicio simultáneo, que en ocasiones contraría las decisiones en derecho. (Carvajal Martínez, 2021, 147).*

Existe una línea muy delgada entre el ejercicio de estas libertades y los actos que pueden afectar el debido proceso o imagen de las personas procesadas judicialmente. Y no son pocas las ocasiones donde se desdibujan estas fronteras y se ocasiona un desequilibrio respecto a las funciones

de cada uno de estos actores. Se observa, en ocasiones, cómo los medios de comunicación se arrojan las funciones judiciales, publicitando noticias que inducen a imponer una opinión popular sobre la culpabilidad de una persona.

Respecto al tema se ha indicado que:

*Los medios de comunicación tienen que estar subordinados al Estado de derecho, a la Ley. Para esto debe existir una legislación que al mismo tiempo que garantice la libertad de expresión y el derecho a la información, los compatibilice con los otros derechos humanos. La existencia de una legislación que precise los derechos, las facultades, las obligaciones y responsabilidades de los medios de comunicación masiva es indispensable. (Aristizábal y Carreño Bustamante, 2016).*

Entonces, en nuestro país, ante la carencia de actos propiamente dirigidos a regular los diferentes tipos de comunicación mediática que se generen respecto a un proceso judicial y las consecuencias que a veces esto puede ocasionar, existe la posibilidad de entender que nos encontramos ante una inacción deliberada de las autoridades por delimitar hasta dónde es permitido que, mediante la consigna de aplicación del derecho a la libertad de prensa, se ponga en riesgo el debido proceso legal que asiste a los procesos judiciales.

Esta tarea no resulta imposible, existen ejemplos internacionales donde se han determinado políticas públicas específicas que regulan estos factores. Puede citarse la legislación francesa que, por medio de la Ley de Protección a la Presunción de Inocencia y los Derechos de las Víctimas, establece sanciones a la violación del principio de inocencia, para los casos donde se difundan imágenes de las personas detenidas o se promuevan publicaciones que inciten al sondeo

de opinión popular sobre la culpabilidad de una persona.

También en Alemania se regula el tema de prensa y se prohíbe el fomento de noticias que impliquen prejuizar sobre la culpabilidad antes y durante el proceso, o bien, se exige informar a la ciudadanía cuando una persona ha sido absuelta, si se les ha dado cobertura mediática a esos procesos. (Llobet Rodríguez, 2006).

Entonces, ante la carencia de una respuesta efectiva a la aplicación de las normas jurídicas que deben regular la materia, existe la necesidad de fortalecer la función judicial dentro de los procesos de su competencia por medio de otras vías.

Ante la constante presión mediática, se encuentra la necesidad de mantener íntegra y transparente esta labor, reflejando la probidad del cargo de manera proactiva, por medio de los canales y los mecanismos idóneos de rendición de cuentas que permitan reflejar a la sociedad el correcto ejercicio de la Administración de Justicia.

## **Desafíos y recomendaciones**

La influencia de los medios de comunicación en los procesos judiciales plantea desafíos significativos para los sistemas democráticos de gobierno. Garantizar la objetividad y evitar sesgos en la información mediática son cruciales, siendo un reto de gran envergadura.

En el ámbito de la gobernanza, se debe considerar cómo la percepción pública del sistema judicial puede ser influenciada por los medios de comunicación, lo que puede afectar la confianza en las instituciones democráticas y socavar la legitimidad del sistema o capacidad de ejercer autoridad efectiva. También es necesario que se establezcan regulaciones específicas y claras sobre el tema de la cobertura mediática de los procesos judiciales a efectos de garantizar la

estabilidad y el funcionamiento del sistema judicial. La ausencia de esta regulación desafía la gobernabilidad y coloca en riesgo la integridad y confianza del sistema judicial.

La relación entre los desafíos planteados y los sistemas de gobierno se centra en encontrar un equilibrio entre la libertad de prensa y el respeto por el debido proceso legal, pues la primera es esencial, pero su ejercicio irresponsable puede socavar la integridad de los procesos judiciales. Debe procurarse un resguardo de la independencia judicial, pues se corre el riesgo de que esta influencia afecte la integridad e imparcialidad de las decisiones judiciales. Es crucial asegurar que la libertad de los medios no comprometa la imparcialidad y la integridad de los procesos judiciales.

Para enfrentar estos desafíos, es necesario establecer regulaciones claras y efectivas para una adecuada cobertura mediática, contribuyendo así con la gobernabilidad al proporcionar un marco claro que equilibre la libertad de prensa con la protección del debido proceso. Esto puede incluir pautas y sanciones por difusión irresponsable de información relacionada con los procesos legales.

Además de estas regulaciones, es fundamental promover la transparencia en los procedimientos judiciales a través de canales oficiales y programas de educación ciudadana sobre el funcionamiento del sistema judicial. Al comprender mejor cómo funciona este tipo de procesos, se contribuye con la gobernanza y se permite que la población participe de manera más informada y responsable en los temas de su interés. Esto a su vez promueve una cultura de información y educación que puede mitigar la disparidad entre las expectativas públicas y los resultados judiciales.

Asimismo, es crucial crear directrices que protejan la independencia del sistema judicial frente a la influencia indebida de los medios de comunicación en los asuntos en investigación.

Estas recomendaciones fortalecerían la gobernanza al preservar la capacidad del sistema para actuar de manera justa e imparcial.

Se debe implementar un mecanismo para evaluar la cobertura mediática y sus efectos en los procesos judiciales, garantizando así la responsabilidad por acciones irresponsables y sentando las bases para la rendición de cuentas de los actores involucrados.

Además, es esencial que los actores judiciales fortalezcan sus mecanismos de rendición de cuentas, reflejando de manera proactiva la integridad y transparencia en su trabajo, posiblemente a través de informes públicos sobre el funcionamiento interno de los procesos judiciales.

En conjunto, tanto los medios como el sistema judicial deben colaborar para garantizar la divulgación de información veraz y objetiva, respetando los principios fundamentales del debido proceso. Es trascendental reconocer la influencia de los medios y la importancia de su función informativa en la sociedad.

Estas recomendaciones representan un apoyo significativo para fortalecer los sistemas de gobierno democrático. Contribuyen al mejoramiento de la gobernabilidad mediante la creación de marcos regulatorios sólidos y fortalecen la gobernanza al resguardar la integridad e independencia de las instituciones judiciales en un Estado democrático.

## CONCLUSIONES

Como resumen de lo anteriormente expuesto, se denota que los datos empíricos de las fuentes citadas evidencian un aumento significativo en la cobertura mediática de los procesos judiciales, especialmente debido a los avances tecnológicos.

Con la expansión digital, se ha generado una facilidad para el acceso y transmisión de información, situación aprovechada por los medios de comunicación para ejercer su libertad de prensa. Este derecho fundamental permite sostener la democracia y un correcto control ciudadano de las labores públicas realizadas por el Estado, por ello debe ser protegido y respetado. No obstante, la accesibilidad a diversas plataformas digitales ha ampliado el alcance de la información judicial y ha planteado desafíos significativos.

Se ha generado un aumento exponencial de la cobertura mediática que otorgan los medios de comunicación a los procesos judiciales, especialmente los relacionados con temas de seguridad ciudadana. Esto plantea un desafío para el correcto ejercicio de la función judicial, el respeto de las garantías procesales y la imparcialidad e integridad de los actores judiciales.

La rápida difusión de noticias sin filtros, la exposición de datos personales e imágenes de personas procesadas y la tendencia a dramatizar hechos judiciales han completado la cobertura. Los cambios en las tecnologías de la información han llevado a una narrativa basada en el populismo punitivo, lo que puede distorsionar la comprensión pública de los procesos judiciales y afectar la legitimidad del sistema judicial.

Esta excesiva cobertura mediática puede influir en las percepciones públicas sobre los procesos judiciales. Esto plantea desafíos significativos para la gobernanza de un Estado. Los medios de comunicación han obtenido trascendental importancia por la influencia social que generan.

Con ocasión de esto, su función mediante el ejercicio del derecho a la libertad de prensa debe ser ejecutada con responsabilidad y respeto a los límites legalmente establecidos. La constante

difusión de información, especialmente la relacionada con asuntos criminales tiende a generar opiniones preconcebidas sobre la culpabilidad de las personas involucradas en un proceso judicial. Esto podría ejercer presión sobre las personas juzgadoras, pudiendo afectar su independencia al momento de tomar decisiones imparciales, lo que afectaría la estabilidad y eficacia de las instituciones democráticas.

También por medio de los datos aquí expuestos, se puede respaldar la idea de que la influencia de los medios, especialmente en la era digital, puede poner en riesgo la independencia del sistema judicial. Existe un reto en poder mitigar la disparidad que, en ocasiones, se genera con los resultados legales emitidos respecto a las expectativas ciudadanas no satisfechas. La presión mediática para obtener una respuesta rápida y generar opinión pública sobre la culpabilidad de las personas procesadas puede interferir en la imparcialidad de las decisiones judiciales.

La desconfianza en la capacidad del sistema judicial para impartir justicia de manera imparcial afecta directamente su legitimidad como pilar de la democracia. Se afecta la legitimidad del Poder Judicial, ya que se pone en duda la capacidad de este para actuar con imparcialidad y justicia en medio de la opinión pública sesgada y generada por la cobertura mediática que agrava la desconfianza pública en el sistema judicial, erosionando su eficacia y credibilidad.

En resumen, puede sugerirse que la cobertura mediática, especialmente con avances tecnológicos, puede tener un impacto significativo en la independencia del sistema judicial. La influencia de los medios puede distorsionar la percepción pública de los procesos judiciales, lo que a su vez afecta la legitimidad del Poder Judicial. La erosión de la confianza en el sistema judicial compromete la salud democrática al minar la credibilidad de una institución clave

para el equilibrio de poderes y la protección de los derechos individuales.

Son necesarias las regulaciones legales más específicas sobre la cobertura mediática que se les puede otorgar a los procesos judiciales, pues su ausencia representa una amenaza para la integridad y la confianza en el sistema judicial. Esto también debe ir acompañado de una correcta estrategia de políticas públicas que permita una sana convivencia entre el adecuado ejercicio de la libertad de prensa y la oportuna función judicial. Sin embargo, se requiere realizar investigaciones más profundas para idear mecanismos que permitan garantizar juicios imparciales sin limitar la libertad de prensa.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aristizábal, José Fredy y María Teresa Carreño Bustamante. (2016). La justicia y la libertad de prensa. *Revista Académica e Institucional de la Universidad Católica de Pereira*. N.º 98. 63-77.

Bonner, Michelle. (2021). ¿Qué es el populismo punitivo? Una tipología basada en la comunicación mediática. Editado por Universidad de Sao Paulo. *MATRIZES* 15 15. N.º 1. 77-102.

Carvajal Martínez, Jorge Enrique. (Junio-diciembre de 2021). Medios de comunicación y procesos judiciales: una mirada desde la jurisprudencia constitucional. *Jorge Enrique Carv*. N.º 31: 145-163.

Cigüela Sola, Javier. (Octubre de 2020). Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 22. N.º 12. 1-40.

Deepti, Khubalkar, Sharma Shilpa y Singh Dari Sukhvinder. (2022). Rights of accused and victim against media victimization: a critical

examination. *Medicine, Law & Society* 15. N.º 2. 357-384.

Fernández Sanabria, Alejandro, Raymond Porter Aguilar y Amelia Brenes Barahona. (2015). *Capítulo 9: Cobertura mediática al Poder Judicial. Informe estado de la Justicia*. Programa Estado de la Nación. San José: CONARE - PEN.

Foucault, Michel. Vigilar y castigar. (2002). Traducido por Aurelio Garzón del Camino. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 1975.

Hans, Valerie P. y Juliet, Dee. (1991). Media Coverage of Law: Its Impact on Juries and the Public. *The American Behavioral Scientist*. N.º 35. 136 -149.

Llobet Rodríguez, Javier. (2006). *Código Procesal Penal Comentado*. San José: Jurídica Continental.

Montalvo Abiol, Juan Carlos. (Julio de 2012). Los juicios paralelos en el proceso penal: ¿anomalía democrática o mal necesario? Editado por Universidad Carlos III de Madrid. *Revista de Filosofía, Derecho Y Política*. N.º 16.

Porter Aguilar, Raymond. (Noviembre de 2008). *Influencia de los juicios paralelos por los medios de comunicación colectiva en el proceso penal*. Poder Judicial en Línea. file:///C:/Users/lizan/Downloads/Influencia%20de%20los%20juicios%20paralelos%20por%20los%20medios%20de%20comunicacion%20colectiva%20en%20el%20proceso%20penal.pdf (último acceso: 6 de agosto de 2022).

Programa Estado de la Nación. (2022). *Seguimiento a la atención de desafíos administrativos, jurisdiccionales y políticos del Poder Judicial*. Cuarto informe estado de la Justicia. San José: CONARE - PEN.



Quirós Orozco, Pablo. (2020). *La cobertura mediática del Poder Judicial*. Informe estado de la Justicia. San José: CONARE - PEN.

Sales Campos, Albert. (Mayo de 2023). *La cultura del castigo: una mirada crítica*. Editado por Institut Catalá Internacional per la Pau. *Por la Paz*. N.º 41.

Unesco. (2021). *Global toolkit for judicial actors: international legal standards on freedom of expression, access to information and safety of journalists*. París: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.



# EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL ¿UNIDAD AXIOLÓGICA O COLECCIÓN HERMENÉUTICA?

MSc. Javier Madrigal Navarro\*

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad el estudio del principio de culpabilidad a nivel del prisma del constitucionalismo de nuestro ordenamiento jurídico nacional mediante el análisis de algunas resoluciones de la Sala Constitucional, así como a través del derecho comparado, para entender aún más su alcance en sentido amplio como garantía constitucional y en sentido estricto de la teoría del delito.

**Palabras clave:** Culpabilidad en sentido amplio, culpabilidad en sentido estricto, responsabilidad objetiva, política criminal de la responsabilidad subjetiva, garantías derivadas.

## ABSTRACT

The purpose of this work is to study the principle of guilt at the level of the prism of constitutionalism of our national legal system through the analysis of some resolutions of the Constitutional Chamber, as well as through comparative law, to further understand its scope both in broad sense as a constitutional guarantee as well as in the strict sense of the theory of crime.

**Keywords:** Guilt in the broad sense, guilt in the strict sense, objective responsibility, criminal policy of subjective responsibility, derived guarantees.

Aprobado: 10 de abril de 2024

---

\* Es máster en Derecho Penal y cuenta con especialidades en Derecho Notarial y Registral y en Derecho Comercial. En la actualidad, se desempeña como juez de tribunal. Correo electrónico: [javiermadrigal12@yahoo.com](mailto:javiermadrigal12@yahoo.com).

## 1. Introducción

El abordaje del principio de culpabilidad contenido en nuestra Constitución Política en su artículo 39 es de suma importancia por tratarse de un principio rector del ordenamiento jurídico. La importancia de la delimitación de este principio radica en que: a.- otorga una serie de garantías procesales a la persona acusada por su carácter de ser un límite al ejercicio del *ius puniendi estatal*. La doctrina en general también aceptó que el principio de culpabilidad: b.- posibilita la imputación subjetiva por una conducta propia, desligando así al derecho penal de una responsabilidad objetiva que está apartada para otro tipo de situaciones; c.- excluye la responsabilidad por el resultado cuando no hay una conexión psíquica del sujeto activo con él; d.- permite realizar una graduación en cuanto a la participación de la persona acusada y e.- permite la determinación de la proporcionalidad en el tema de las consecuencias jurídicas<sup>1</sup>. Es nuestro interés que estos temas sean tratados por nuestra Sala Constitucional con un gran contenido.

## 2. El principio de culpabilidad en la Constitución Política y otros instrumentos

El principio de *nulla poena sine culpa* ha adquirido categoría constitucional en virtud de

la garantía consignada por el artículo 39 de la Constitución Política, según el cual:

*A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.*

También se encuentra previsto en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>2</sup>; en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>3</sup>; en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>4</sup> y en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>5</sup>. En nuestro país, el principio de culpabilidad es parte integrante del debido proceso<sup>6</sup>.

Según la doctrina nacional más calificada, este artículo consagra el principio de que las sanciones pueden imponerse cuando se ha comprobado la culpabilidad del imputado, quedando prohibida

1 Hassemer, Winfried. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación de derecho penal*. 1.ª edición. Colombia: Editorial Temis, pp. 53-58.

2 “.2 Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...]”.

3 “.2 Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

4 “Como todo hombre es presunto inocente hasta que haya sido declarado culpable, si se considerara necesario arrestarlo, toda severidad indebida que no sea necesaria para asegurar su persona debe ser severamente restringida por la Ley”.

5 “.1 Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa [...]”.

6 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

la consideración de delitos formales en los cuales no haya concurrido la voluntad en el comportamiento del inculpado, para lo cual se señala la íntima relación de este principio con el artículo 30 del Código Penal<sup>7</sup>.

De esta manera, la culpabilidad vendría a crear un vínculo de carácter subjetivo del sujeto activo con el comportamiento delictivo, en donde tienen un papel primordial aquellos motivos que lo impulsaron a actuar o abstenerse de hacerlo (en los casos de omisión propia o de comisión por omisión) con el fin de cometer un resultado.

Así, el maestro Hernández Valle nos continúa narrando que, para que exista responsabilidad penal, el resultado tiene que haber sido querido por el autor, demostrándose una vinculación subjetiva del autor para con el resultado delictivo y confinándose así al destierro la responsabilidad objetiva del derecho penal<sup>8</sup>.

Como vemos, de primera entrada, el principio de culpabilidad es relacionado con el tema de las sanciones penales y también con la necesaria voluntariedad en la realización de los delitos, precisamente porque tal y como lo señala don Rubén Hernández, la culpabilidad se relaciona con el artículo 30 de nuestro Código Penal: “*Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención*”<sup>9</sup>.

### 3. El principio de culpabilidad en el derecho comparado

De natural importancia es el hecho de conocer cuáles ordenamientos jurídicos europeos han consignado tan importante principio en su Constitución Política, esto por la relación que dicho principio de culpabilidad tiene con su historia y con los eventos de la Segunda Guerra Mundial que marcaron un antes y un después en la forma como la responsabilidad delictual fue abordada en cada ordenamiento jurídico.

Para demostrar la importancia de este sistema, vamos a hacer referencia a los principales ordenamientos que lo contienen a nivel constitucional.

La Constitución Política de Italia dispone en su artículo 27 lo siguiente:

*La responsabilidad penal será personal. El acusado no será considerado culpable hasta que recaiga sentencia condenatoria firme. Las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deberán encaminarse a la reeducación del condenado. Se prohíbe la pena de muerte salvo en los casos previstos por las leyes militares de guerra*<sup>10</sup>.

Vemos así que la Constitución Política italiana expone de manera muy completa la definición normativa del principio de culpabilidad apelando -como lo veremos- de manera directa a su mención expresa, pero también a sus componentes o subprincipios.

7 Hernández Valle, Rubén. (2010). *Régimen jurídico de los derechos fundamentales*. 2.<sup>a</sup> edición. Editorial Juricentro, p. 283.

8 Hernández Valle, Rubén, *op. cit.*, p. 284.

9 Código Penal de Costa Rica. (Octubre de 2021). 27 edición. IJSA., p. 35.

10 Recuperado de la siguiente dirección electrónica: <chrome-extension://efaidnbmninnkpbpcjpcglclefindmkaj/http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf>, el 23 de mayo de 2022.

La Constitución Política española,<sup>11</sup> de manera similar, contiene el principio de culpabilidad y de inocencia en una norma constitucional, demarcándolo de la siguiente manera en su artículo 24, inciso 2):

*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

Por su parte, la Constitución Política alemana<sup>12</sup> utiliza el término de la culpabilidad no de manera expresa en una norma constitucional específica; pero sí apela a su uso con el mismo significado que se encuentra en cualquier Constitución Política europea y referido al tema de la responsabilidad personal por el hecho propio. Así, el artículo 13, inciso 3), señala:

*Cuando determinados hechos justifican la sospecha que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo, en base a una autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales presumiblemente se encuentra el inculpado*

*si la investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito [...].*

El artículo 34 de la Constitución Política alemana indica:

*Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada violare los deberes que la función le impone con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o la corporación a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o culpa grave queda abierta la acción de regreso [...].*

Por su parte, en el artículo 61, inciso 2), de la Constitución Política alemana, se vuelve a utilizar el término culpabilidad de la siguiente manera:

*[...] Si la Corte Constitucional Federal comprueba que el Presidente Federal es culpable de una violación dolosa de la Ley Fundamental o de otra ley federal, podrá separarlo del cargo [...].*

Podemos ver entonces que, a pesar de esta situación de no normativización expresa del principio de culpabilidad en la norma fundamental alemana, sí existe una referenciación útil y necesaria del término cuando se quiere referir a la voluntariedad de un hecho delictivo por parte de su autor utilizando las frases “*el inculpado*”, “*dolo o culpa grave*”, “*culpable de una violación dolosa*”, términos que inexcusablemente hacen alusión a la necesaria comprobación de culpabilidad.

11 Recuperado de la siguiente dirección electrónica: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion\\_es1.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf), el 23 de mayo de 2022.

12 Recuperado de la siguiente dirección electrónica: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>, el 23 de mayo de 2022.

#### 4. La importancia de la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad

Más allá del análisis sobre el contenido del principio de culpabilidad, es relevante mencionar las ventajas de que dicho principio tenga el rango de norma constitucional. En primer lugar, la culpabilidad es una garantía de derechos inalienables que se desprenden de sí misma. En segundo lugar, en el contexto del nacimiento de las concepciones sobre los derechos fundamentales, la culpabilidad viene a constituirse como un elemento esencial para la limitación del poder estatal. Esto es de suma importancia porque en el contexto del Siglo de las Luces, la gravedad o medida del delito se basaba en “*el daño social*”, y el fin político de la pena no era otro que “*la intimidación de los otros hombres*”.

Posteriormente, en ciertos ordenamientos, se permitieron, a través de sus Códigos Penales, algunos elementos incompatibles con el principio de culpabilidad como la presunción de la voluntariedad que se interpretaba con base en el principio del *versari in re illicita* y la codificación de ciertos delitos bajo la forma de delitos calificados objetivamente por el resultado<sup>13</sup>.

Las condiciones necesarias para concebir al principio de culpabilidad como una garantía de rango constitucional se dieron en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Antes de la gran guerra, Alemania se sostenía por un cientificismo y un positivismo tal que abrieron la puerta al Estado totalitario al negar la dignidad metafísica de la persona humana.

Posterior a este acontecimiento, se quiso buscar un concepto de culpabilidad que garantizara

que la pena solo podía proponer fines utilitarios [preventivo-especiales] de aseguramiento, intimidación y resocialización de la persona imputada, mientras ello no afectara la dignidad de la persona humana que el positivismo había dejado por fuera de la problemática de la ciencia del derecho. Además, el Estado de derecho buscó fundarse en lo que el positivismo había negado garantizándose así que no se caería en una dictadura totalitaria nuevamente<sup>14</sup>.

Debemos recordar que el positivismo fue un movimiento intelectual que apasionó a la Italia del siglo 19 y que también se extendió por Alemania, Inglaterra, España e, inclusive, en América Latina y que consistió en explicar el mundo circundante con ideas de las ciencias naturales en una época donde estaban en boga las teorías evolucionistas de Darwin y Spencer.

Por ejemplo, en el campo de la criminología y del derecho, se explicó el fenómeno del delito a través de los defectos físicos innatos del delincuente. Se creía que el delincuente era una persona que tenía características y ligámenes que lo ataban con formas de vida inferiores al hombre moderno. Se consideraba que “*la foseta media de la cresta occipital*” encontrada en un delincuente, que era muy rara entre los seres humanos y que, en cambio, era muy frecuente en algunas otras formas de vida animal más elementales, como en los invertebrados y en los roedores, era la prueba fehaciente de esta cosmovisión del mundo del delincuente natural. Así nació la “*teoría del delincuente nato*” conocida como la “*teoría atávica*” que explicaba que el hombre delincuente nacía delincuente en virtud de vínculos biológicos que lo ataban a formas de vida prehistóricas o primitivas<sup>15</sup>.

13 Bacigalupo, Enrique. (2005). *Derecho penal y el Estado de derecho*. 1.ª edición. Editorial Jurídica de Chile. pp. 131-132.

14 Bacigalupo, Enrique... *op. cit.*, pp. 133-134.

15 Castillo Barrantes, Enrique. (2008). *Vida social y derecho. Cuarenta años de investigación y análisis*. 1.ª edición. San José: Editorial Jurídica Continental, pp. 188-190

Por esta razón, el tema de la dignidad metafísica de la persona humana quedaba fuera de su forma de abordar al mundo. La ideología del positivismo fue la que permitió y facilitó la adopción del programa de gobierno de Adolfo Hitler que consignó en su libro titulado *Mi lucha*<sup>16</sup> en el pueblo alemán de su época, donde se recibieron el tema de la raza aria y el mejoramiento de la especie.

Pero también bajo los mismos criterios, se adoptaron otros catálogos de carácter penal en otras épocas, como lo fue *El martillo de las brujas* o *Malleus maleficarum* de Enrique Kramer y Jakob Spencer, el cual fue un tratado que se utilizó en el contexto de la persecución de las brujas durante el Renacimiento y fue publicado en 1482, pero se difundió por Europa alrededor de 200 años.

Por esta razón, es importante identificar el principio de culpabilidad dentro del bloque de constitucionalidad, ya que evita que los gobiernos adopten posiciones dictatoriales y autoritarias que desvinculen psíquicamente al autor con el hecho ilícito cometido por él y que ya han existido por causa de su ausencia.

Podría pensarse válidamente que una sentencia que excluye en su fundamentación un análisis sobre el principio de culpabilidad renunciaría a imponer la primacía de la Constitución en un ámbito que hoy en día es consustancial con la vigencia del Estado de derecho, del respeto de la persona en su dignidad y del libre desarrollo de la personalidad. El reconocimiento de un principio que no pudiera efectivizarse en los casos más

significativos de sus posibles violaciones carecería de todo valor<sup>17</sup>.

Por tanto, una sentencia que condena sin requerir la concurrencia de dolo o culpa o que no acuerde relevancia al error sobre el tipo, la prohibición o las circunstancias de una excusa absolutoria lesiona los derechos fundamentales. También una sentencia que se basa en un *versari in re illicita* y sus consecuencias lesiona los derechos fundamentales, como sucede en los delitos calificados por el resultado y también cuando se asigna una pena desproporcionada con la gravedad del hecho cometido<sup>18</sup>.

## 5. La responsabilidad objetiva y el principio de culpabilidad

Es necesario recalcar que, en nuestro ordenamiento jurídico, encontramos cuerpos normativos que respaldan tanto la responsabilidad objetiva como la responsabilidad subjetiva. La responsabilidad subjetiva es aquella en la cual se requiere la comprobación de una infracción al deber de abstenerse de vulnerar una norma de valoración; es decir, una infracción de la norma subjetiva de determinación bajo la forma dolosa o culposa. En derecho penal sustantivo, solo existe la responsabilidad subjetiva.

La responsabilidad objetiva, por su parte, es una forma de responsabilidad civil que se origina con independencia de toda culpa por parte del sujeto responsable. Su fundamento radica en que en nuestros días existe una enorme difusión de situaciones peligrosas conectadas a todo tipo de riesgos, creados por el progreso técnico que ha producido una extensión de los presupuestos de

16 Respecto a este libro se puede consultar: Kellerhoff, Sven Felix. (2016). *Mi lucha. La historia del libro que marcó el siglo XX*. Traducción de Lara Cortés. 1.ª edición. Barcelona: Editorial Crítica.

17 Bacigalupo, Enrique... *op. cit.*, pp. 136-137.

18 Bacigalupo, Enrique... *op. cit.*, p. 140.



la obligación resarcitoria<sup>19</sup>. En suma, se trata de actividades que son permitidas, pero que obligan al resarcimiento de los daños que se derivan de ellas<sup>20</sup>. Un ejemplo de ello es el caso de aquel peatón que puede exigir una indemnización al propietario de un árbol por los daños causados al caer de manera fortuita una rama sobre su cabeza; inclusive, cuando el propietario ha actuado diligentemente en la poda del árbol y aunque así no lo haya querido.

Algunos otros casos paradigmáticos, de responsabilidad civil objetiva son los siguientes:

*5.1.- El caso del párrafo 4.º del artículo 1048 del Código Civil establece la responsabilidad objetiva de una fábrica, una industria, un establecimiento de electricidad o de una empresa por la muerte o lesión de una persona ocasionada en el ejercicio de su actividad económica. El párrafo 5.º del mismo artículo también atribuye responsabilidad de este tipo por la muerte o lesión causada por una empresa de transporte y solo se excluye por culpa de la víctima o fuerza mayor.*

*5.2.- El caso de la responsabilidad civil objetiva del Estado contenida en los artículos 190, 191 y 192 de la Ley General de Administración Pública, por el cual el Estado responde solidariamente por los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal.*

*5.3.- El caso de la responsabilidad civil objetiva del productor, proveedor y del comerciante en protección del consumidor que sea perjudicado en razón del bien o del servicio, de informaciones inadecuadas o*

*insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos contenidos en el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.*

El principio de culpabilidad pretende lograr la proscripción de la responsabilidad objetiva por el resultado en el derecho penal, esto en virtud de que para que un comportamiento humano sea valorado como acción debe ser fruto de una decisión, con conciencia y voluntad, tomada por una persona capaz de comprender y de querer, de ahí que solo pueda imponerse una pena a quien ha realizado culpablemente un injusto<sup>21</sup>.

Por último, debemos tomar en cuenta que la prohibición de un derecho penal de responsabilidad objetiva en Costa Rica termina de redondearse por el artículo 33 del Código Penal, el cual indica que: “*No es culpable quien realiza el hecho típico por caso fortuito o fuerza mayor*”, con lo cual se evidencia la necesidad de una condición subjetiva en el autor que no se viene a determinar por la imprevisibilidad o inevitabilidad del resultado, sino por un contenido voluntario presente en la acción o la comisión por omisión delictivas.

## **6. El contenido del principio de culpabilidad para el derecho penal**

El principio de culpabilidad se constituye en un criterio rector y un límite al *ius puniendi* estatal y de la política criminal. Así, el principio de culpabilidad tiene tres acepciones en nuestro ordenamiento jurídico:

19 Sobre el modo político en que los Estados deciden enfrentar los conflictos sociales característicos de la dinámica de la sociedad moderna, a la cual se ve como una “*sociedad de riesgos*”. Ver: Beck, Ulrich. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Ediciones Paidós Ibérica.

20 Pérez Vargas, Víctor. (1994). *Derecho privado*. 3.ª edición (revisada). San José, Costa Rica: Litografía e imprenta LIL S.A., pp. 415.

21 Castro Cuenca, Carlos y otros. (2009). *Derecho penal en la sociedad del riesgo*. 1.ª edición. Colombia: Grupo Editorial Ibañez, p. 149.

6.1- *Culpabilidad en sentido amplio: aquí este principio se relaciona más con el concepto de responsabilidad en general que se obtiene de la demostración en sede judicial de un hecho acusado y con la superación de la barrera del principio de inocencia. Se refiere a aquel grupo de supuestos que permiten relacionar a una persona con un suceso judicial que la amenaza, y que las leyes penales o de otro orden querían evitar.*

6.2.- *Culpabilidad como parte de la teoría del delito: es el tercer estadio de análisis que se utiliza para determinar la existencia de un delito y resulta de singular importancia porque está relacionado con la imposición de una pena o, en su defecto, con la imposición de una medida de seguridad en el caso concreto. Esta es la doctrina que sigue el sistema denominado “del derecho penal continental europeo”, el cual se considera uniforme en todos sus aspectos y es el sistema seguido en Costa Rica. Esta diferenciación conceptual de culpabilidad es sumamente importante porque de ello depende la determinación judicial de la pena. Si la persona se encuentra inimputable o semiimputable, procedería la aplicación de una medida de seguridad que se basa en la peligrosidad del imputado y no ya en la demostración de culpabilidad. El sentido de culpabilidad como capacidad de imputabilidad se encuentra normativizado en los artículos 42 a 44 del Código Penal, y sus elementos son los siguientes:*

6.2.1.- *La imputabilidad: supone la concurrencia en el agente de la capacidad mental observada desde dos perfiles: (i) capacidad de entender el carácter*

*ilícito de lo que se hace y (ii) capacidad de determinarse de acuerdo a aquella comprensión. Aunque resulta obvio, debe subrayarse que la imputabilidad no se refiere a conocimiento y voluntad, pues esos son elementos del dolo apreciables a nivel del tipo, sino de las capacidades de entendimiento y determinación<sup>22</sup>.*

6.2.2.- *El conocimiento de la ilicitud: es la consciencia de que se actúa de manera antijurídica sin importar si el agente ignora la voz técnica de la figura delictiva; pero debe tener en claro que su acción atenta contra algún bien jurídico tutelado. Este elemento de la culpabilidad se excluye por error de prohibición directo, cuyo contenido es la ignorancia del carácter delictivo de lo que se hace, o por error de prohibición indirecto y configurado por la falsa creencia del agente en punto a que concurra en el hecho una causa de justificación, cuyos elementos materialmente no se dan<sup>23</sup>.*

6.2.3.- *La exigibilidad de actuar conforme a derecho: se traduce en la posibilidad real del sujeto de hacer lo que el ordenamiento jurídico espera, pues no se da situación extraordinaria alguna que permita comprender una acción lesiva de bienes jurídicos. Se excluye por la coacción o la amenaza de un mal actual grave<sup>24</sup>.*

6.3.- *Culpabilidad derivado de la taxatividad legal: se refiere a la responsabilidad subjetiva del hecho ilícito realizado. Coincide con las formas de tipicidad antiguamente conocidas como formas de culpabilidad y que están plasmadas en el artículo 30 del Código Penal, el cual señala: “Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con*

22 Dall’Anese, Francisco y otros. (2001). *Omisión impropia*. 1.ª edición. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 23.

23 Dall’Anese, Francisco y otros... *op. cit.*, p. 24.

24 *Ibidem*.

*dolo, culpa o preterintención”. Se conocía antiguamente como formas de culpabilidad, ya que, con la teoría clásica del delito el dolo y la culpa, se ubicaban en el estadio de la culpabilidad, conformando así la teoría del tipo simple. Sin embargo, con el desarrollo de la dogmática, la tesis finalista consideró que el dolo y la culpa debían ser analizados a nivel del tipo penal aplicando para entonces la nueva teoría del tipo complejo, lo cual implicó un cambio de paradigma que se ha mantenido hasta el día de hoy.*

A esta forma de entender la culpabilidad como derivado de la taxatividad legal se le asigna un contenido graduable: existen distintas formas de infringir un deber, con plena conciencia y voluntad de hacerlo, sin voluntad de resultado, pero infringiendo el cuidado exigible con conciencia y voluntad de realización de una conducta peligrosa, pero con la esperanza de que no se produciría un resultado tan grave como el que finalmente se produce, con conciencia y voluntad de realización del hecho y manifiesto desprecio a la lesión del bien jurídico que con ella pueda producirse. Todas estas son distintas formas de infracción del deber que comportan distintos grados de imputación subjetiva<sup>25</sup>.

## **7. Garantías derivadas del principio de culpabilidad**

A tenor de los conceptos anteriores, podríamos indicar que el principio de culpabilidad define su ámbito de aplicación cuando se considera como un conjunto de condiciones necesarias para

realizar el reproche a una persona de la comisión de un hecho delictivo que origina una pena y del cual se desprenden las siguientes exigencias:

*7.1.- No se puede castigar a una persona por un hecho ajeno y de forma colectiva, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico, solo se pueden imponer penas a quien ha realizado el delito en su calidad de autor o partícipe. Esto se conoce como el subprincipio de personalidad de las penas<sup>26</sup>.*

*7.2.- Ninguna persona puede ser sancionada por su forma de vida, de pensamiento ni por su personalidad, entendida esta en sentido amplísimo. Tampoco puede ser utilizada para la confirmación de una agravante. Lo que el derecho penal sanciona es una conducta humana circunstanciada en modo, tiempo y lugar. Esta conducta puede estar configurada por una acción o por una omisión, ya que el derecho regula las relaciones sociales de los individuos, no su conciencia,<sup>27</sup> en razón del cual el derecho penal de autor o de peligrosidad contrario a la dignidad humana queda totalmente relegado. Esto se conoce como el subprincipio de responsabilidad por el hecho aislado frente a la responsabilidad por el carácter<sup>28</sup>.*

*7.3.- Debe existir una relación de proporcionalidad entre la sanción y el hecho cometido, derivado del contenido cuantitativo y cualitativo del reproche. Es necesario que la pena se individualice*

25 Carbonell Mateu, Juan Carlos. (1995). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 1.ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 219-220.

26 Ríos Corbacho, José Manuel. (2013). *Concepto del nuevo derecho penal*. 1.ª edición. Costa Rica: Editorial Jurídica. Continental, pp. 131-132. También se puede consultar: Chinchilla Calderón, Rosaura y García Aguilar, Rosaura. (2005). *En los linderos del ius puniendi*. 1.ª edición. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 326.

27 Ríos Corbacho, José Manuel... *op. cit.*, pp. 132-133.

28 Chinchilla Calderón, Rosaura y García Aguilar, Rosaura... *op. cit.*, p. 327.

*judicialmente acudiendo a la gravedad de la culpabilidad que, a su vez, determina la gravedad de la sanción para no llegar a la aplicación irrazonable<sup>29</sup> de extremos sancionatorios draconianos, cuando la realidad del caso concreto permitía -bajo criterios más democráticos- la aplicación de una pena más beneficiosa. Estos extremos irrazonables pueden derivar de una ideología de peligrosidad del individuo [imputado] o pueden basarse sobre necesidades de defensa social. Esto se conoce como el subprincipio según el cual la pena no debe de sobrepasar la medida de la culpabilidad<sup>30</sup>.*

*7.4.- Debe declararse su culpabilidad en una sentencia firme para sobrepasar la barrera del estado de inocencia que cobija al imputado durante todo el desarrollo del proceso. Aquí el término de culpabilidad se utiliza como un sinónimo de responsabilidad penal e implica demostrar el término “delito” en toda la extensión de su concepto. Al solicitarse la demostración de culpabilidad, no solo se aboga por demostrar únicamente el dolo y la culpa o la capacidad de culpabilidad, puesto que, para demostrar la no inocencia de una persona en juicio, es necesario demostrar que la conducta fue típica objetiva y subjetivamente, que hubo ausencia de causas de justificación legales y supralegales y que la persona fue*

*culpable en el sentido de la reprochabilidad de su conducta. Así lo señala el artículo 9 del Código Procesal Penal costarricense al estipular que: “El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado [...]”.*

Por esta razón, el principio de culpabilidad también se le atribuye un concepto amplio que se refiere más cercanamente al concepto de “responsabilidad” que al referido a la capacidad psíquica del autor. Las consecuencias inmediatas de ello serían la exigencia de una interpretación restrictiva de las normas que restringen la libertad, la exclusión de la carga de la prueba al imputado y el principio de *in dubio pro reo*. Esto se conoce como *el subprincipio de inocencia*<sup>31</sup>

## **8. El tratamiento de la jurisprudencia constitucional al principio de culpabilidad**

Si algo hay que reconocer de nuestra Sala Constitucional es la profundidad de la mayoría de sus sentencias. El principio de culpabilidad no ha sido la excepción de este señalamiento. Sin

29 Aquí el término de “razón” es utilizado de la forma en que se señala y explica en la “Sección C: Racionalidad, métodos, ciencias. Modalidades de la fundamentación científica (y los tipos posibles de ciencias jurídicas)” contenido en: Haba, Enrique Pedro. *Metodología (realista) del derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*. 1.ª edición. Costa Rica: Editorial U.C.R., pp. 193-248, esto en relación con el tema del control intersubjetivo de las ciencias blandas.

30 Chinchilla Calderón, Rosaura y García Aguilar, Rosaura... *op. cit.*, p. 328.

31 El principio de inocencia es uno de los valores fundamentales del proceso penal. La extensión de su desarrollo doctrinal y jurisprudencial no permite su tratamiento en este trabajo. Respecto al desarrollo del principio de inocencia, se puede ver de manera amplia: Chinchilla Calderón, Rosaura y García Aguilar, Rosaura... *op. cit.*, pp. 208-248. También: Llobet Rodríguez, Javier. (2017). *Proceso penal comentado*. 6.ª edición. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 50-60. Con respecto al principio de inocencia en relación con las diferentes corrientes criminológicas ver: Llobet Rodríguez, Javier. (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3.ª Edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, especialmente de la página 45 a la 155.

embargo, ha existido un tratamiento disperso de este tema en distintas sentencias constitucionales. La primera sentencia a la que podemos hacer referencia se trata de la resolución número 500-90 en relación con un recurso de *habeas corpus*. Se reclamó que la Alcaldía de Faltas y Contravenciones condenó al recurrente en su condición de presidente ejecutivo de una corporación de supermercados a pagar una multa de seis mil colones en favor del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, debido a que, en una inspección realizada en el local comercial, inspectores de este Ministerio lograron confirmar que varios productos que ahí se vendían no estaban marcados de forma unitaria.

La Sala Constitucional falló a favor del recurrente, debido a que la resolución que lo condenó utilizó la teoría de la responsabilidad objetiva para una condena de carácter penal, lo cual violaba el principio de culpabilidad. La importancia de esta resolución es el reconocimiento expreso del principio de culpabilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La segunda sentencia que se debe tomar en consideración es la número 88-92<sup>32</sup>. Se trata de una acción de inconstitucionalidad. En este voto constitucional, se analiza el tema del principio de culpabilidad en relación con la determinación judicial de la pena y la procedencia de la imposición de las medidas de seguridad; pero se hace referencia más bien al tema de la culpabilidad como estadio de la teoría del delito.

Se analizan también en esta sentencia el artículo 40, párrafo 2), que se refiere al tema de la habitualidad; el artículo 41, párrafo 2), que estipula el tema de la profesionalidad; el

artículo 78 que contiene el tema de la pena aplicable a los reincidentes; y el artículo 98, inciso 3), que normativiza los casos en que las medidas de seguridad son obligatorias, todos del Código Penal y fueron el objeto del análisis de constitucionalidad petitionado en dicha acción procesal.

La tercera sentencia relevante para nuestro análisis es la número 5171-17 y se trata de una consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad formulada por el directorio de la Asamblea Legislativa. Respecto al tema de la culpabilidad es de interés por cuanto señala que la responsabilidad penal en nuestro país es personal, por lo cual no podrían establecerse sanciones penales contra las personas jurídicas, y lo que sí resulta posible es la fijación de sanciones pecuniarias o de otro tipo con el fin de desincentivar la comisión de un delito. También se explica que la propia convención dispone que las acciones que se deben tomar se deberán realizar tomando en cuenta el derecho interno, no se observa que existe roce con la Constitución Política, siempre y cuando se aplique con respeto a lo ahí señalado<sup>33</sup>.

La cuarta sentencia que se debe tomar en cuenta es la número 3634-17 y se trata de una consulta de constitucionalidad facultativa promovida por algunos diputados para conocer si resulta contraria a la Constitución la conducta típica descrita en el consultado inciso h) del artículo 143 de la Ley N.º 9078, el cual señala una pena de multa de 280 000 colones para la persona que produzca ruido o emisiones de gases, humos o partículas contaminantes que excedan los límites de ley conforme a la redacción actual de los artículos 38 y 39 de la Ley N.º 9078. Finalmente, se resuelve

32 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 88-92 de las once horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos.

33 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 5171-17 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del cinco de abril de dos mil diecisiete.

que no es inconstitucional, ya que el sujeto activo solo puede ser el propietario del automóvil, por lo que no se afectaría el principio de culpabilidad<sup>34</sup>.

Vemos entonces que el principio de culpabilidad ha sido analizado por la Sala Constitucional en casos concretos donde se ha hecho referencia a aspectos puntuales de este. Sin embargo, podemos afirmar con seguridad que no ha existido una sola sentencia de nuestra Sala Constitucional que analice de forma completa y detallada este importante principio, el cual se conforma en un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico y del derecho comparado.

## 9. Conclusiones

Finalmente, podríamos afirmar con seguridad que la Sala Constitucional ha desarrollado varias sentencias referidas al tema de la culpabilidad, tomando en consideración cada uno de los aspectos parciales de dicho principio, aplicado al caso concreto, lo que significa que este órgano máximo de lo constitucional ha establecido una línea de pensamiento respecto a dicho principio, de manera segmentada o fragmentaria que ha dependido de la forma en que la parte recurrente o el accionante lo ha solicitado en el caso concreto.

Esto es razonable, en virtud de aquel principio general de la materia recursiva denominado *principio de limitación de competencia y conocimiento en alzada*, según el cual, un recurso le da al tribunal correspondiente los puntos específicos de la resolución a que se refieren los agravios, por lo que podríamos indicar que sería muy difícil o casi inexistente la posibilidad de que se conformara en la Sala Constitucional un caso que abarcara todos los puntos de interés acerca del principio de culpabilidad aquí tratados. No obstante, debido a los múltiples significados

que presenta este principio, se torna necesario precisarlo de la mejor manera posible por ser esencialmente un valor que se encuentra por encima del resto de las fuentes del derecho.

La necesidad de contar con un tratamiento unificado en una sola resolución de parte de nuestra Sala Constitucional se hace evidente por el rango superior de la ideología constitucional sobre todas las ramas del derecho y por las funciones de los principios del derecho. En primer lugar, por estar tan relacionado el principio de culpabilidad a razones de justicia y equidad, independientemente de la plurivalencia de estos términos. En segundo lugar, los principios del derecho cumplen múltiples funciones, y no es sino a través de una clara determinación de un principio como este se vuelve funcional para lograr en favor de las partes procesales el debido proceso.

A pesar de la variedad de funciones (*función creativa, función interpretativa, función integradora, función informadora, función delimitadora*), es innegable que los principios del derecho permiten llenar los vacíos legales que no se hallan en la ley a través de la jurisprudencia, señalando el direccionamiento que se les pretende dar a ciertas normas jurídicas mediante la determinación de su núcleo esencial y de su contenido.

Desde este punto de vista, el principio de culpabilidad debe estar acuerpado en una sola resolución que permita no solo la delimitación de sus extremos, sino también que refleje la importancia que tiene dentro de nuestro ordenamiento jurídico como principio integrador del debido proceso y como producto intelectual de su tiempo, no ajeno a la evolución de la que ha sido objeto por parte de todos los sectores del derecho.

34 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 3634-17 de las once horas y cuarenta y cinco minutos del ocho de marzo de dos mil diecisiete.

## 10. Bibliografía

Bacigalupo, Enrique. (2005). *Derecho penal y el Estado de derecho*. Editorial Jurídica de Chile. 1.<sup>a</sup> edición.

Beck, Ulrich. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Ediciones Paidós Ibérica.

Carbonell Mateu, Juan Carlos. (1995). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 1.<sup>a</sup> edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Castillo Barrantes, Enrique. (2008). *Vida social y derecho. Cuarenta años de investigación y análisis*. 1.<sup>a</sup> edición. San José. Editorial Jurídica Continental.

Castro Cuenca, Carlos y otros. (2009). *Derecho penal en la sociedad del riesgo*. 1.<sup>a</sup> edición. Colombia: Grupo Editorial Ibañez.

Chinchilla Calderón, Rosaura y García Aguilar, Rosaura. (2005). *En los linderos del ius puniendi*. 1.<sup>a</sup> edición. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Código Civil de Costa Rica. (2019). 13.<sup>a</sup> edición. Editec Editores.

Código Penal de Costa Rica. (Octubre de 2021). 27.<sup>a</sup> edición. IJSA.

Dall'Anese, Francisco y otros. (2001). *Omisión impropia*. 1.<sup>a</sup> edición. San José: Editorial Jurídica Continental.

Haba, Enrique Pedro. (2012). *Metodología (realista) del derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*. 1.<sup>a</sup> edición. Costa Rica: Editorial U.C.R.

Hassemer, Winfried. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación de derecho penal*. 1.<sup>a</sup> edición. Colombia: Editorial Temis.

Hernández Valle, Rubén. (2010). *Régimen jurídico de los derechos fundamentales*. 2.<sup>a</sup> edición. Editorial Juricentro.

Kellerhoff, Sven Felix. (2016). *Mi lucha. La historia del libro que marcó el siglo XX*. Traducción de Lara Cortés. 1.<sup>a</sup> edición. Barcelona: Editorial Crítica.

Ley General de Administración Pública de Costa Rica. (Febrero de 2013). 23.<sup>a</sup> edición. IJSA.

Llobet Rodríguez, Javier. (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3.<sup>a</sup> Edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Llobet Rodríguez, Javier. (2017). *Proceso penal comentado*. 6.<sup>a</sup> edición. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Pérez Vargas, Víctor. (1994). *Derecho privado*. 3.<sup>a</sup> edición (revisada). San José, Costa Rica: Litografía e imprenta LIL S.A.,

Ríos Corbacho, José Manuel. (2013). *Concepto del nuevo derecho penal*. 1.<sup>a</sup> edición. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

### 10.1. Jurisprudencia citada

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 500-90 de las

diecisiete horas del quince de mayo de mil novecientos noventa.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 88-92 de las once horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 5171-17 de las diez

horas cuarenta y cinco minutos del cinco de abril de dos mil diecisiete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 3634-17 de las once horas y cuarenta y cinco minutos del ocho de marzo de dos mil diecisiete.



# EL LENGUAJE DE QUIENES JUZGAMOS DEBE SER INCLUSIVO Y NO DISCRIMINATORIO

MSc. Gabriela Morera Guerrero\*

## RESUMEN

Al momento de elaborar proyectos de resolución o bien al expresar sus decisiones —orales o escritas—, un alto porcentaje de las personas técnicas judiciales y juzgadoras utilizan un discurso androcéntrico; es decir, conceptualizan al hombre como referente de lo humano, lo que acarrea la invisibilización de la mujer. Lo anterior dificulta la paridad real entre hombres y mujeres y vulnera derechos como la igualdad y la no discriminación. Ahora bien, esto no se ha quedado así y, por el contrario, se debe reconocer que el avance logrado en temas referentes a la conquista de derechos fundamentales ha sido sustancial. Sin embargo, la realidad evidencia que la lucha debe continuar, ya que, lamentablemente, algunas personas continúan sufriendo discriminaciones inadmisibles que atentan contra la dignidad humana. Este artículo representa una ventana por medio de la cual se pueden observar algunas de las consecuencias que conlleva utilizar un lenguaje que no visibilice a todas las personas, tanto en el ámbito nacional, como internacional, ante los compromisos asumidos por el Estado costarricense.

**Palabras clave:** lenguaje inclusivo, lenguaje no discriminatorio, derecho a la igualdad.

## ABSTRACT

A high percentage of judicial and judging technicians, when preparing draft resolutions or when expressing their decisions - orally or in writing - use an androcentric discourse, that is, they conceptualize man as a reference for humanity, which entails the invisibility of women. The above hinders real parity between men and women and violates rights such as equality and non-discrimination. Now, this has not remained the case. On the contrary, it must be recognized that the progress made on issues related to the conquest of fundamental rights has been substantial. However, reality shows that the fight must continue, since, unfortunately, some people continue to suffer unacceptable discrimination that threatens human dignity. This article represents a window through which you can observe some of the consequences of using language that does not make visible all people, both nationally and internationally, in the face of the commitments assumed by the Costa Rican State.

**Keywords:** Inclusive language, Non-discriminatory language, right to equality.

Aprobado: 10 de abril de 2024

---

\* Jueza de tránsito y facilitadora de la Escuela Judicial. Correo electrónico: gmorera@poder-judicial.go.cr.

## INTRODUCCIÓN

Por medio de este artículo, se pretende, como objetivo general, determinar cuál es la trascendencia de utilizar un discurso inclusivo y no discriminatorio en las decisiones que emiten las juezas, los jueces y el personal técnico judicial en su trabajo conjunto, como respuesta a los requerimientos planteados por las personas usuarias y en garantía de derechos fundamentales, como igualdad y no discriminación.

El abordaje del tema se realizará a partir de antecedentes históricos que permiten el reconocimiento de instrumentos internacionales. Estos antecedentes, dicho sea de paso, han marcado “etapas” en la lucha y conquista de derechos humanos.

Respecto a los instrumentos, estos permitirán definir conceptos y derechos específicos, así como la participación de hombres y mujeres en nuestra realidad social.

Posteriormente, se analizará y se concluirá que la sensibilización y la capacitación, desde una perspectiva de derechos humanos, son las únicas herramientas que posibilitan generar un cambio hacia la toma de conciencia en cuanto a la igualdad entre las personas.

Finalmente, se determinarán las responsabilidades del Estado costarricense acerca del cumplimiento de las obligaciones asumidas en cuanto a esta temática y que derivan de los compromisos adquiridos en el ámbito nacional e internacional.

### I. Antecedentes históricos

En el año 1215, en Inglaterra, un rey llamado Juan —sin Tierras—, mediante un documento llamado “Carta Magna”, es forzado a reconocer a un grupo de hombres algunos límites con respecto al poder

real. Esos límites, posteriormente, se considerarían como “derechos”. Es importante recordar que, de ese mismo acontecimiento histórico, surgen algunos principios —hoy en día fundamentales—, como el de libertad e igualdad ante la ley.

Siglos después, en 1789, en Francia, la burguesía y los campesinos decidieron rebelarse y esto inició una de las revoluciones más importantes de la historia, precisamente, por su legado en derechos, tales como la libertad, seguridad y propiedad.

Como resultado de dicha revolución, se origina un documento denominado *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.

Estos dos acontecimientos históricos marcaron el inicio de los derechos del hombre, así como de otras prerrogativas, tales como principios constitucionales, división de poderes, la supremacía de la ley y legalidad, los cuales influyeron en las constituciones de los Estados a comienzos del siglo XIX.

No obstante, los derechos en ese momento histórico no eran para todas las personas, sino para una “categoría de ciudadanos”, o bien, para hombres con algunas características. En consecuencia, continuó la violación a los derechos humanos para ciertos grupos de personas, y la humanidad enfrentó, incluso, el terror de los conflictos bélicos.

Sin embargo, las luchas sociales por la consecución de derechos fundamentales no se quedan ahí y, en 1948, se aprueba un texto en el seno de la Organización de las Naciones Unidas denominado *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Al respecto, el artículo 1° de ese texto establece:

*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben*

*comportarse fraternalmente los unos con los otros.*

Ahora bien, cabe aquí preguntarse, si desde 1948, se aprobó un documento que garantizaba derechos fundamentales para todos los seres humanos, por qué ha sido necesario el reconocimiento de más instrumentos especializados o para ciertos grupos específicos que declaren y garanticen derechos; por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW—, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer—Belém do Pará—, el Estatuto de Roma, entre otros.

En este punto, resulta fundamental reconocer el avance que se ha evidenciado en cuanto al reconocimiento y respeto de derechos y principios fundamentales. Pero la realidad, en su rol de contralora de efectividad, nos sacude y alerta con el ánimo de recordar que la lucha no ha acabado; por el contrario, se debe continuar trabajando para lograr “equiparar” documentos con realidades.

Para conseguir lo anterior, resulta necesario tener claro que nos han socializado para comprender el término “humano” como sinónimo de “masculino” y que, por esa razón, no todos los hombres ni las mujeres han gozado de igualdad de derechos, ni del respeto al principio de no discriminación.

## **II. Los principios de igualdad y no discriminación son una lucha en proceso**

Para los efectos de esta temática, interesa destacar que, con respecto al derecho de igualdad y no discriminación —comprendidos en términos amplios—, la Corte Interamericana de Derechos Humanos los ha tratado desde múltiples instrumentos internacionales de derechos

humanos, por medio de la jurisprudencia de casos contenciosos y de tratados internacionales, con el fin de garantizarlos.

Conteste con esta línea, el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) establece:

*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición [...].*

Por su parte, el 18 de diciembre de 1979, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer fue adoptada y abierta para la firma y ratificación de la Asamblea General de las Naciones Unidas y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

Esta Convención reconoce que, para lograr la plena igualdad entre un hombre y una mujer, es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre, como de la mujer, en la sociedad y la familia, y que para alcanzar el desarrollo pleno y completo de un país, es indispensable la participación de las mujeres en condiciones de igualdad en relación con los hombres. Agrega que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y el respeto a la dignidad humana. Con la ratificación de este instrumento, se asume una serie de compromisos para eliminar la discriminación que siguen sufriendo las mujeres.

Además, la Convención estableció la creación de un Comité, ante el cual se deben presentar informes acerca de las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole para hacer efectivo lo dispuesto.

Otro instrumento internacional —en materia de género— ratificado por Costa Rica, en el ámbito interamericano, es la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, conocida como Belém do Pará.

En el artículo 1, este instrumento se ocupa de definir la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado”. En su artículo 8, establece la obligación de los Estados parte de investigar y recopilar estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencias de la violencia contra la mujer, con la finalidad de prevenirla, sancionarla y eliminarla.

El 4 de abril de 1986, Costa Rica ratificó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y, en 1995, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Belém do Pará. Por otra parte, en nuestro país, el artículo 33 de la Constitución Política establece que:

*Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.*

Con respecto a este artículo, en el ejercicio de las facultades que le otorga la Constitución, mediante la resolución n.º 3435-92 de las dieciséis horas y veinte minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y dos, nuestra Sala Constitucional emite una sentencia interpretativa a partir de lo señalado en el artículo 14 de nuestra Constitución, en específico el inciso 5):

*[...] en aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y*

*otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de las facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que “cuando en la legislación se utilicen los términos “hombre” o “mujer”, deberán entenderse como sinónimos al vocablo “persona”, y con ello eliminar toda posible discriminación “legal” por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados [...]. [sic].*

Ahora, al realizar una interpretación sistemática de las normas mencionadas, se concluye que todas las personas —por el simple hecho de existir— gozamos de una amplia gama de derechos, independientemente de cualquier condición o situación que tengamos; es decir, los derechos son para todas las personas.

Entonces, ¿si la normativa es tan clara, por qué los principios de igualdad y no discriminación son una lucha en proceso? Cabe cuestionarse, por otra parte, si están superadas las siguientes situaciones: ¿Las dobles jornadas laborales para mujeres trabajadoras que también ejercen la maternidad? ¿La asignación de roles sociales, de trabajos o de ocupaciones dependiendo del género? ¿Los derechos reproductivos? ¿El salario entre mujeres y hombres, en algunos ámbitos laborales? ¿La prostitución de mujeres menores de edad? ¿La trata de mujeres y niñas? ¿El hostigamiento sexual? ¿La invisibilización de la mujer en el discurso oral y escrito? ¿La violencia doméstica? ¿Y el femicidio? ¿Qué cree usted?

Espero que haya un punto de coincidencia en reconocer y agradecer el esfuerzo que miles de personas han realizado para que hoy disfrutemos los derechos que nos corresponden como seres humanos. Pero esta lucha no se ha terminado,

debido a que, lamentablemente, las mujeres siguen siendo objeto de inconcebibles y despreciables discriminaciones.

Del estudio de este tema se puede rescatar un aprendizaje valioso, inadvertido quizá por la normalidad que lo solapa, y es que no nos enseñaron la historia completa. Un ejemplo de esto puede contextualizar mejor lo indicado, ya que en 1791, una mujer escritora, dramaturga y filósofa política escribió la “Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana”, como adaptación inclusiva del documento que sí conocemos denominado “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, para que, con ello, se pudiera afirmar una igualdad entre mujeres y hombres. Para Olympe de Gouges —Marie Gouze—, la redacción de este instrumento y sus luchas constantes por la igualdad le acarrearón morir decapitada en 1793.

Ahora bien, producto de la socialización que recibimos, nuestra generación tiene una tarea pendiente que consiste en desaprender esa visión centrada en el hombre como referente de lo humano —androcentrismo—, con la que nos han educado, para comprender que sí es posible encontrar la paridad entre hombres y mujeres. Este objetivo debe seguir siendo nuestra responsabilidad.

La sensibilización y la capacitación para comprender esta temática, desde una perspectiva de derechos humanos, son las herramientas esenciales.

Se requiere un estudio desde una perspectiva que considere las formas diferentes en que nos socializamos y las consecuencias que esto conlleva en ámbitos personales, familiares y laborales, además de los roles asignados dependiendo del género y la conformación o conveniencia por mantenerlos para sobrevivir en un estrato social,

cuya visión, lamentablemente, no siempre parte del respeto hacia la dignidad humana.

Solo si se considera este tema desde una perspectiva de los derechos humanos, lograremos comprender que, en la medida en que cada quien conozca, interiorice y considere necesario respetar los derechos del resto de personas, se logrará avanzar en la ruta hacia esa paridad. De lo contrario, se seguirá redactando y ratificando derechos, pero únicamente sobre el papel, sin la convicción necesaria que se debe imprimir a la fuerza de la ley.

Surge así la propuesta, entonces, de que, desde nuestro escritorio, emitamos decisiones —por supuesto, apegadas al derecho— en las que se emplee un lenguaje que visibilice a todas las personas y que, en el caso de las mujeres, evidencie su participación, en garantía de derechos y principios fundamentales.

Para Hernández Barrantes (2016), “el lenguaje es un sistema de comunicación que evoluciona constantemente. Es expresión y resultado de una cultura y puede contribuir a mantenerla o transformarla”.

### **III. ¿Con qué instrumentos contamos para lograr la paridad de derechos entre las personas?**

Para el desarrollo de este capítulo, es de suma importancia traer a colación la siguiente cronología de hechos relevantes en torno al tema. Así, por ejemplo, el 2 de abril de 2001 y como resultado de la participación en el I Encuentro de Magistradas de América Latina y el Caribe, la Corte Plena conformó la Comisión de Género en la sesión 12-2001, artículo VII, con el objetivo de emitir los lineamientos necesarios para la incorporación de la perspectiva y el análisis de género en el quehacer del Poder Judicial.

Por otra parte, en el año 2002, el Poder Judicial suscribió el contrato del II préstamo con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), correspondiente al “**Programa Para la Modernización de la Administración de Justicia**”, con el fin de mejorar la Administración de Justicia, tornándola más accesible, equitativa, previsible y eficiente. En dicho contrato, se incluyó una cláusula para crear la “Secretaría Técnica de Género”. En el año 2016, por una recomendación de la Dirección de Planificación del Poder Judicial, se amplió su nombre a “Secretaría Técnica de Género y Acceso a la Justicia”. Al respecto, se puede consultar la información que consta en la página web del Poder Judicial.

En noviembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia aprobó la “Política de Equidad de Género” que luego, mediante la sesión n.º 38-13 del 9 de septiembre de 2013, artículo XIV, modificaría el término equidad por igualdad. Esta Política indica entre otros aspectos:

*[...] 1. Adoptar una política de Igualdad de Género que de manera transversal, prioritaria y sustantiva incorpore la perspectiva de género en todo el quehacer del Poder Judicial. El objetivo de la misma será garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la no discriminación por género en las decisiones judiciales, en el servicio público de la administración de justicia y en el funcionamiento interno del Poder Judicial [...]. [Ver página 9 de la Política. Así como:] [...] Desarrollar todas las medidas de carácter administrativo, normativo, procedimental y operativo que sean necesarias con el fin de garantizar la integración y aplicación de esta política en los distintos ámbitos de la institución [...]. (Ver página 9 de la Política).*

#### **IV. Acerca de la Política de Igualdad de Género**

Como se indicó anteriormente, la Corte Plena aprueba este instrumento en el año 2005, mediante la sesión n.º 34-05, celebrada el 7 de noviembre. Su principal objetivo consiste en garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, así como la no discriminación por género en las decisiones judiciales, en el servicio público de la Administración de Justicia y en el funcionamiento interno del Poder Judicial.

En el año 2009, en conjunto con la Secretaría Técnica de Género, la Escuela Judicial presentó a su Consejo Directivo una “Política sobre el Uso de Lenguaje Inclusivo”, la cual debería ser transversalizada en el trabajo de todas las Unidades de Capacitación del Poder Judicial, incluida, por supuesto, la Escuela Judicial como órgano rector de los procesos de capacitación. En mayo de ese mismo año, fue aprobada esta iniciativa de inclusión.

Por su parte, mediante la sesión n.º 15 del 21 de febrero de 2012, artículo LIII, a solicitud de la Secretaría Técnica de Género, el Consejo Superior estableció como directriz institucional “[...] la promoción y uso del lenguaje inclusivo en todas las comunicaciones escritas, orales y digitales del Poder Judicial, así como en las resoluciones y escritos de los despachos judiciales [...]”. Esta disposición se divulgó mediante la circular n.º 39-2012 del 8 de marzo de 2012.

Ahora bien, con respecto a la razón orgánica de la Escuela Judicial, este órgano se ha ocupado en capacitar sobre este tema de interés institucional, mediante la realización de talleres. Incluso, desde el año 2015, el señor Adrián Alfaro Obando, promotor del tema y exfacilitador de la Escuela Judicial en temas de comunicación oral y escrita, diseñó un *Manual para el empleo del*

*lenguaje inclusivo en el contexto judicial.* Dicho documento brindó una serie de herramientas que nos permitieron tener variantes en la utilización del lenguaje inclusivo.

Hasta la fecha, en la Escuela Judicial, se forma y capacita en este tema. En todos los procesos de capacitación, se incorporan criterios de aprendizaje y evaluación para garantizar el empleo de un lenguaje inclusivo y no discriminatorio.

Algunos de los talleres presenciales sobre esta temática, realizados por la Escuela Judicial, fueron ejecutados en diferentes partes del territorio nacional. La participación de personas de todos los ámbitos que conformaban el Poder Judicial fue considerable (personal de la judicatura, Administración, OIJ y Defensa Pública, entre otros), y los resultados, producto de los ejercicios de sensibilización y de las herramientas brindadas, fueron gratificantes. Esto permitió que cada quien, por convicción plena, utilizara los recursos para incorporar y visibilizar a todas las personas, en resguardo de derechos fundamentales.

Además, y como una forma de apoyar este esfuerzo de cambio hacia la inclusividad, el Poder Judicial ha colgado en su página web diferentes documentos sobre este tema, para tener a disposición otros recursos, con la finalidad de lograr la divulgación y capacitación necesaria. En dicho portal, se puede acceder a guías de lenguaje no sexista de instituciones como el INA, CATIE, UNA y de algunas municipalidades, así como a instrumentos que se utilizan en otras latitudes.

El traslado de toda la información anterior es relevante, ya que permite evidenciar el esfuerzo que ha desplegado el Poder Judicial, desde hace muchos años, para sensibilizar y preparar a su funcionariado en el tema de estudio, de manera que se garanticen derechos por parte de las personas que brindan el servicio.

Cabe indicar que el Poder Judicial ha apostado de tal forma por este tema que se busca transversalizarlo en todo el quehacer institucional. Al respecto, su inserción dentro del Plan Estratégico Institucional 2019-2024 es muestra de ello, como parte de la gestión de las políticas institucionales.

Ahora bien, ¿qué pasa si no consideramos en nuestro discurso la participación de las mujeres, si continuamos utilizando un lenguaje androcéntrico?

Recordemos que, cuando Costa Rica ratifica un instrumento internacional, este pasa a formar parte de su ordenamiento interno. Por tal motivo, el Estado se compromete con la adopción de medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y los deberes que se asumen internacionalmente. En este sentido, su incumplimiento se considera una violación de derechos humanos con la consecuente asunción de responsabilidad del Estado costarricense. Del mismo modo, el incumplimiento de la Política de Género en nuestra institución conlleva enfrentar una eventual causa ante la Inspección Judicial.

## CONCLUSIÓN

Como primera conclusión, toda persona juzgadora o bien técnica judicial tiene la obligación de utilizar un lenguaje inclusivo, democrático y no discriminatorio, consecuente con la realidad, que visibilice la participación de todas las personas, que sea claro, comprensible, garante de derechos y, al mismo tiempo, que asegure el cumplimiento de leyes internas, así como de políticas institucionales e internacionales adoptadas por nuestro país.

La labor de juzgar implica la obligación ineludible de garantizar los derechos y principios fundamentales. En consecuencia, las personas juzgadoras son las primeras llamadas a

legitimar ese uso —inclusivo y democrático— en su discurso. No es posible que se continúe discriminando mediante el empleo de un discurso androcéntrico.

La práctica del lenguaje inclusivo no debe ser opcional, ni se debe circunscribir a las ocho horas laborales de cada día, ya que este tema debe trascender y ser consecuente con la labor que se lleva a cabo en un poder de la república donde el valor justicia es la esencia del servicio que se brinda.

Por ello, es una obligación que cada quien, como parte del funcionariado judicial, lo incorpore, y que esta incorporación ayude a derribar, incluso, estereotipos, mitos o los sesgos asumidos en el proceso de socialización.

La capacitación por convicción en estas temáticas permitirá ejemplificar el respeto hacia la diversidad de personas que acuden a nuestros despachos.

La profesión de administrar justicia no es cualquier profesión, es la labor más importante de todas — juzgar— y, por eso, está implícita la obligación de continuar desde nuestro discurso oral o escrito, garantizando derechos fundamentales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro Obando, Adrián. (2015). *Manual para el empleo del lenguaje inclusivo en el contexto judicial*. Escuela Judicial.
- Circular n.º.39-2012. *Política de Lenguaje Inclusivo: Directrices de La Escuela Judicial en cuanto a su Aplicación*. Documento consultado el 16 de septiembre de 2023 y disponible en el sitio: <https://secretariagenero.poder-judicial.go.cr>.
- (1949). *Constitución Política de Costa Rica*. Documento consultado el 17 de septiembre de 2023 y disponible en el sitio: <https://www-pgrweb-go.cr>.
- (1995). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —Belém Do Pará—*. Documento consultado el 23 de septiembre de 2023 y disponible en el sitio: <http://www.corteidh.or.cr>.
- (1971). *Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Documento consultado el 24 de septiembre de 2023 y disponible en el sitio: <https://observatoriodegeneropoder-judicial.go.cr>.
- (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Documento consultado el 30 de septiembre de 2023 y disponible en el sitio: <https://www.pgrweb.go.cr>.
- Hernández Barrantes, Anamaría. (2016). *Se nombra, se incluye: guía para el uso incluyente y no sexista del lenguaje*. Editorial Universidad Estatal a Distancia.
- Olympe de Gouges. *Autora de la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Documento consultado el 16 de septiembre de 2023 y disponible en el sitio: <https://www.cndh.org.mx>.
- Política de Igualdad de Género del Poder Judicial. Documento consultado el 24 de septiembre de 2023 y disponible en el sitio: <https://secretariagenero.poder-judicial.go.cr>.
- Resolución n.º 03435-1992. Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Costa Rica. De las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992. Documento consultado el 16 de septiembre de 2023 y disponible en el sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>.
- Secretaría Técnica de Género del Poder Judicial. Página oficial. Documento consultado el 17 de septiembre de 2023 y disponible en el sitio: <https://secretariatecnicagenero.poder-judicial.go.cr>.



## **OTROS ENLACES DE INTERÉS**

Human Rights.com. Documento consultado el 9 de septiembre de 2023.

<https://www.unesco.org-memory-world-magna-car>. Documento consultado el 9 de septiembre de 2023.

<https://dialnet-LosaportesdelaRevoluciónAConstitucionalis-3700437.pdf>. Documento consultado el 10 de septiembre de 2023.

[HTTPX://www.es.amnesty.org](http://www.es.amnesty.org). Documento consultado el 9 de septiembre de 2023.

[Unidosporlosderechoshumanos.mx/what-are-human-rights/brief-history/magna-carta-html](https://Unidosporlosderechoshumanos.mx/what-are-human-rights/brief-history/magna-carta-html). Documento consultado el 10 de septiembre de 2023.



# LA RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA GARANTÍA MOBILIARIA: UN ANÁLISIS DE DIEZ PRECEDENTES RELEVANTES

Dr. Luis Mariano Argüello Rojas\*

## RESUMEN

La presente investigación evidencia diversos precedentes que han surgido en sede judicial asociados con la temática de las garantías mobiliarias. Desde una dimensión cualitativa, se busca proyectar analíticamente los votos más relevantes que han surgido en la praxis forense para denotar la incondicional trascendencia que tienen tales criterios en la delimitación del “constructo interpretativo” de la garantía mobiliaria. Necesariamente para conocer el estado real de esta institución jurídica, es imperioso cultivarse en la “voz jurisprudencial”.

**Palabras clave:** derechos reales, garantía mobiliaria, crédito, proceso civil, jurisprudencia, interpretación jurídica.

## ABSTRACT

This investigation demonstrates various precedents that have arisen in the Judicial Branch associated with the issue of movable guarantees. From a qualitative dimension, we seek to analytically project the most relevant votes that have emerged in forensic praxis to denote the unconditional significance that such criteria have in the delimitation of the “interpretive construct” of the security interest. Necessarily, to know the real state of this legal institution, it is imperative to cultivate one’s “jurisprudential voice.”

**Keywords:** real rights, security interest, credit, civil process, jurisprudence, legal interpretation.

Aprobado: 10 de abril de 2024

---

\* Es doctor en Derecho, máster en Administración de Justicia Enfoque Socio-jurídico con énfasis en Derecho Civil y máster en Derecho Constitucional. Actualmente, labora como juez 5 de Apelación Civil. Correos electrónicos: [luis.arguellorojas@ucr.ac.cr](mailto:luis.arguellorojas@ucr.ac.cr) / [arguellomariano@gmail.com](mailto:arguellomariano@gmail.com).

*El derecho [...] no ha sido creado por una mente con especulaciones metafísicas ni por un profeta con intuiciones divinas.*

**Cogliolo, 2018, p. 50.**

**Sumario:** **I.-** Introducción. **II.-** Diez precedentes “jurisprudenciales” relevantes. **II.A.-** La edificación del marco teórico de la garantía mobiliaria. **II.B.-** La delimitación de los requisitos de admisibilidad para la ejecución de la garantía mobiliaria: sobre la exigencia de presentación del contrato constitutivo (criterios encontrados). **II.C.-** Es necesario distinguir donde la ley *sistemáticamente* lo hace: los contratos descritos en el numeral 3 de la Ley de Garantías Mobiliarias y demás figuras allí mencionadas se contemplan en referencia “meramente enunciativa”. **II.D.-** ¿Existe realmente una garantía mobiliaria respecto a los vehículos dados en *leasing*?: criterios contradictorios. **II.E.-** Generación interpretativa de una exigencia previa para ordenar la reposición de los bienes dados en garantía: intentos de armonización de la garantía mobiliaria con el derecho de audiencia y defensa. **II.F.-** Requisitos de una cláusula contractual que constituya una garantía mobiliaria: importancia de la redacción cuidadosa, específica y prudente de un contrato de garantía mobiliaria, pues la inscripción “registral” no suple la omisión. **II.G.-** La huida de los fantasmas: sedes contencioso-administrativa y constitucional no encuentran razones para limitar la operatividad de la garantía mobiliaria. **II.H.-** La injustificable actitud judicial de que “es mejor lo viejo conocido que lo nuevo por conocer”: la necesaria depuración de los criterios competenciales que gravitan sobre la garantía mobiliaria (la delimitación de lo civil con lo agrario y otros tópicos territoriales). **II.I.-** La confirmación dimensional de la función del Registro Nacional y su respectiva Oficina de

Garantías Mobiliarias: claridad de un texto que no justifica ambigüedades. **II.J.-** Descubriendo el agua tibia: la Ley de Garantías Mobiliarias (Ley N.º 9246) no regula solamente la garantía mobiliaria. **III.-** A modo de conclusión. **IV.-** Fuentes de consulta. **IV.A.-** Doctrina. **IV.B.-** Jurisprudencia. **IV.C.-** Normativa.

## **I. Introducción**

El auténtico entendimiento de la garantía mobiliaria no se puede limitar a verificar su positivización en un ordenamiento jurídico determinado. Tampoco se satisface con el estudio dogmático de su asimilación teórica por parte de la academia. En este ámbito, como en tantos otros, el papel de la jurisprudencia es una voz vital para tomar en cuenta.

Con el paso de los años, nos da la impresión de que aquellos que invocan desde la comodidad del “derecho en los libros” que las leyes no deben interpretarse quizá nunca han ingresado por las puertas de un tribunal de justicia ni han sentido en carne propia lo que implica realmente concebir el “derecho en acción”, ya sea desde una simple firma de un contrato o la materialización efectiva de una ejecución extrajudicial en su contra.

Es imperioso insistir en que las leyes en general no son creadas tanto por la generación que las redacta, sino por aquella que las interpreta, aspecto que inclusive cobra un dimensionamiento particular frente a toda legislación que, de una u otra manera, contenga provisiones procesales<sup>1</sup>.

Bajo este complejo entramado, la motivación de las presentes líneas pasa por denotar el colosal impacto que genera la interpretación jurisprudencial en la concepción operativa de

<sup>1</sup> Es tarea pendiente de la doctrina costarricense verificar si en suelo nacional existe un único Código Procesal Civil o, si en realidad, operan varios. La dubitación nace con ocasión de las frecuentes líneas interpretativas diversas que se encuentran entre diferentes tribunales de apelación civil en Costa Rica.

la garantía mobiliaria, lo cual hace recordar la célebre advertencia del maestro español iusprivatista Díez Picazo, cuando con la sapiencia de su verbo señalaba que, en ningún otro espacio como en el momento jurisprudencial, “se enlazan tan íntimamente la teoría y la práctica del derecho. En ninguna otra fuente quizá se aprenda mejor lo que el derecho es”. (1962, p.12).

Más allá de visiones románticas, quiérase o no, Costa Rica sigue viviendo bajo el auspicio de una cultura judicialista, pues, día tras día, se instauran cientos de procesos judiciales que podrían ameritar un abordaje y/o una solución diversa. Tal contexto realmente supone un problema que debe ser tratado a conciencia. Sin embargo, para los efectos que aquí nos convocan, un acercamiento a la garantía mobiliaria implica analizarla en su dimensión realista. Por tanto, resulta imperativo tomar en cuenta la forma como ha sido asimilada por los tribunales de justicia, pues, mediante este aporte, se tendrá una noción más integral en todas sus distintas proyecciones.

La metodología anclada en la recepción de los institutos jurídicos no es algo novedosa. Los famosos glosadores del siglo XI y XII de la Universidad de Bolonia (Antillón, 2017; Iglesias, 2010) la experimentaron desde hace ya bastantes siglos cuando tuvieron la inédita fortuna de recibir el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano y, en un primer momento, se limitaron a realizar una glosa del texto recibido, tarea que posteriormente fue transformada con la labor de los comentaristas, quienes fueron más allá de la mera exégesis del contenido escrito para aportar sus comentarios novedosos y visiones propias en los institutos que intentaban describir.

Bajo este contexto, las denominadas recepciones o “implantes jurídicos” siguen teniendo sus implicaciones en los tiempos presentes, máxime con ocasión de las visiones cosmopolitas que irradian al derecho de la era tecnológica

postglobalización, sociedad de la información y de la cultura económica transnacional.

Sea como fuere, la recepción descrita puede ser *de iure* cuando se admite y/o aprueba legislativamente la vigencia formal de un derecho foráneo o bien recepción *de facto*, la cual es aquella que opera mediante la interpretación y aplicación forense de ciertas categorías jurídicas propias del ámbito comparado. Luego, como se hará notar de seguido, para el instituto de la garantía mobiliaria, cabe hablar de ambas tipologías de recepciones, pues si bien el legislador patrio aprobó formalmente la Ley N.º 9246, también el intérprete nacional le ha dado ciertos tintes hermenéuticos de visión autóctona o más simple: “de sazón criollo”, aspecto que consecuentemente justifica el estudio que de seguido se opta por presentar.

## II. Diez precedentes “jurisprudenciales” relevantes

Es de rigor acotar que, en nuestro sistema jurídico-positivo, la voz “jurisprudencia” equivale a los criterios reiterados que establecen las respectivas salas de casación de la Corte Suprema de Justicia e, incluso, la Corte Plena, cuando aplican la ley, la costumbre o los principios generales del derecho. (Conf. art. 9, Código Civil).

No obstante, el impacto configurativo y/o orgánico que han tenido las últimas reformas procesales dentro del sistema judicial costarricense ha generado que las resoluciones emanadas de los tribunales de apelación (en este caso: civiles) guarden una importancia mayúscula de cara al real entendimiento de algunas materias, institutos o procedimientos que, por una u otra razón, no son tan frecuentes de ser abordados en las citadas sedes de casación.

Bajo ese entendido, ningún pecado de “lesa doctrina” se comete cuando se les asigna a las

resoluciones de los tribunales de apelación el calificativo de “jurisprudencia menor”, puesto que, en el ámbito forense, aquellas suelen tener un notorio prestigio jurídico, amén de ser utilizadas con frecuencia en los procesos de primera instancia para justificar argumentativamente posturas en uno u otro sentido, ya sea por las personas litigantes o, incluso, por las mismas personas juzgadas.

En el campo de las garantías mobiliarias, los tribunales de apelación civil han sido consecuentemente los principales encargados de ir perfilando, moldeando y depurando todo un “constructo interpretativo” de tal disciplina. Por ende, para conocer el verdadero “estado de la cuestión” que presenta este derecho real de garantía, resulta imperativo analizar la actitud receptora que ha tenido la judicatura de alzada a la hora de concretizar sus resultados prácticos.

Una vez realizado el estudio de decenas de sentencias en el siguiente apartado, se pasará nota por algunos de los que, a juicio del suscrito investigador, son los principales precedentes jurisdiccionales que han abordado la temática de las garantías mobiliarias. Para efectos didácticos, se han subsumido en los siguientes descriptores.

## **II.A. La edificación del marco teórico de la garantía mobiliaria**

El Tribunal Primero de Apelación Civil de San José ha hecho gala en diversas oportunidades de lo que cabría denominar como una “evocación del marco teórico” de la garantía mobiliaria. Se trata de una línea de criterio reiterada que ha sido utilizada como una base interpretativa previa para justificar diversos contenidos resolutivos.

No podemos olvidar que, en aquel tribunal superior y aún para la fecha de emisión del voto, trabajó durante muchos años uno de los más grandes jueces civiles que ha tenido la historia de

Costa Rica y que, como pocos, dominó el ámbito teórico de la garantía mobiliaria, el Dr. Álvaro Hernández Aguilar (q.D.g.). Por esta razón, tampoco es de extrañar que el presente análisis parta de aquellos pronunciamientos.

Sea como fuere, en el texto de aquella resolución, se logran perfilar varios aspectos. En primer lugar, se reconoce la importancia de tener presente a nivel judicial cuáles son los objetivos que pretende la Ley N.º 9246.

Recuérdese que, dentro de los criterios interpretativos que subyacen en el ámbito del derecho privado patrimonial, se debe tener en cuenta tanto la “realidad social del tiempo” como el “espíritu y finalidad de las normas” (conf. art 10, Código Civil y art. 3.3, Código Procesal Civil).

Por tanto, un buen parámetro introductorio se denota en la resolución en comentario al pretender contextualizar y dilucidar en qué ámbito se mueve el operador jurídico cuando ingresa al apasionante terreno de las garantías mobiliarias.

Por otro lado, en este precedente, se impulsa el análisis dogmático de lo que, en otra publicación, se denominó “el ciclo de vida de la garantía mobiliaria” (Argüello, 2022), pues se realizan las diversas fases de constitución, efectividad, publicidad, prelación y ejecución que pueden gravitar sobre una garantía mobiliaria, sin dejar de advertir el reconocimiento bipartido de dos fuentes generadoras que, para tal resolución en glosa, serían las de carácter convencional y legal, sin esquivar que, a nivel doctrinal (Torrealba, 2014, 2015, 2021), se apuesta por una connotación tripartita al incluir las denominadas fuentes heterónomas (*v. gr.*: una medida cautelar en sede judicial que constituya una garantía mobiliaria).

En sentido complementario, la citada resolución también se inclina por individualizar (al menos

sumariamente) los contornos jurídico-subjetivos de las partes del contrato de garantía mobiliaria, lo cual exige una exégesis elemental de los numerales 15 y 16 de la Ley N.º 9246. Estos artículos, por su orden, regulan los derechos y obligaciones del deudor garante y acreedor garantizado.

En tal dimensión, la verificación de la entidad volitiva de las partes encaminada hacia la constitución de una garantía mobiliaria engarza notablemente con la verificación formal de la existencia mínima de un cierto clausulado contractual, donde debe quedar clara y debidamente evidenciada la existencia de una externalización expresa de un consentimiento, principalmente respecto a las partes deudoras y deudoras garantes de una garantía de esta naturaleza. En otras palabras, en esta materia, no se puede presumir o interpretar extensivamente la constitución automatizada de una garantía mobiliaria.

Con todo, también radica en aquella línea “jurisprudencial” una clara potencialización de exigir en estrados judiciales una revisión del contenido contractual de la garantía mobiliaria, en particular verificar la existencia de un verdadero convenio constitutivo que revele —ya sea por escrito, o bien, por su equivalente electrónico— los diversos aspectos que exige una garantía de esta índole, entre ellos, cabe consecuentemente verificar: 1) la cláusula de constitución de la garantía mobiliaria; 2) los datos y las firmas que permitan la identificación de los contratantes; 3) el monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria o la forma de determinarse dicha cantidad; 4) la indicación del domicilio contractual para atender futuras notificaciones judiciales y extrajudiciales; 5) la mención expresa de que los bienes descritos servirán de garantía a la obligación garantizada; 6) una descripción que puede ser bien genérica o específica de las obligaciones garantizadas, ya sean presentes

o futuras, o de los conceptos, las clases, las cuantías o las reglas para su determinación; 7) la autorización por parte del deudor garante al acreedor garantizado para que presente el formulario de inscripción inicial al Sistema de Garantías Mobiliarias y demás formularios de inscripción posteriores; 8) mención expresa del consentimiento para ejecutar las garantías en sede extrajudicial, en caso de acordarse por las partes y 9) la fecha y el lugar de celebración. (Conf. art. 11, Ley N.º 9246).

Generada la síntesis de los elementos más importantes de esta orientación jurisprudencial, es imperativo presentar lo expuesto en los votos en comentario, pues así la amable persona lectora podrá juzgar por cuenta propia la corrección del extracto configurador del mentado marco teórico de la garantía mobiliaria. Al respecto, se indica en tales precedentes lo siguiente:

*Como preámbulo, realizaremos una disquisición de ciertos temas generales atinentes a la Ley de Garantías Mobiliarias Número 9246, vigente desde el 20 de mayo de 2015, como antesala al abordaje de las razones concretas que estimamos justifican mantener -en este caso concreto- la citada decisión. El artículo 1º de la precitada ley establece como propósito incrementar el acceso al crédito, ampliando la categoría de bienes que pueden ser dados en garantía y el alcance de los derechos sobre estos, creando al efecto un régimen unitario y simplificado para la constitución, publicidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias, y del Sistema de Garantías Mobiliarias que por ella se crea. Ese mismo numeral dispone su aplicación a la constitución, efectividad, publicidad, prelación y ejecución de las garantías mobiliarias, con excepción de unos cuantos bienes descritos en otros numerales a los que*

*no se hará referencia precisamente por la forma en que será resuelto el recurso. El régimen especial aquí creado reconoce dos distintas modalidades constitutivas de las garantías mobiliarias: Convencional y legal, según artículos 2, inciso 2) y 6. La “legal” predispone una voluntad previa y expresa del legislador en atribuir a determinada situación fáctico-jurídica calificativo de garantía mobiliaria en los términos de esta normativa, ello justifica la existencia de disposición legal precisa y puntual que la consagre, de lógica interpretación restringida dadas las consecuencias que su implementación causará en el patrimonio del perjudicado. Por su parte, la “convencional” presupone acceso a un amplio espectro de posibilidades al autorizar que las partes en pleno ejercicio de la autonomía de sus voluntades y con las eventuales reservas legales que puedan estar rodeando el tipo concreto de modalidad negociada, constituyan libremente la precitada garantía con los alcances dotados en esta ley. Cuando las partes, producto de su acercamiento y libre consentimiento, constituyan convencionalmente una garantía mobiliaria según los términos de la nueva normativa, asumirán una de ellas condición de acreedor garantizado y la otra condición de deudor garante. Dentro del contexto especial en que se inserta el régimen que aquí se implementa, acreedor garantizado será la persona física o jurídica, patrimonio autónomo o entidades de derecho público en cuyo favor se constituya una garantía mobiliaria, con o sin desplazamiento, ya sea en su propio beneficio o en beneficio de un tercero, y deudor garante la persona física o jurídica, patrimonio autónomo o entidad gubernamental, sea el deudor principal o un tercero, que constituya*

*una garantía mobiliaria conforme a la presente ley, según apartados 1) y 15) del numeral 5. Si la garantía mobiliaria convencional que optan por constituir es sin desplazamiento, se les exigirá que lo hagan mediante contrato escrito o su equivalente electrónico, el cual surtirá efectos entre ellas desde el momento de su suscripción -salvo pacto en contrario-, y respecto a terceros desde su inscripción en el Sistema de Garantías Mobiliarias, según numeral 13. El artículo 11 dispone que el mentado contrato deberá contener, en lo que aquí interesa, cuando menos lo siguiente [...] La intención del sistema es clara y loable, dinamizar la economía a través del mejoramiento de las condiciones de financiamiento con la implementación de un régimen ampliado de garantías mobiliarias, y un mecanismo apto que ampare adecuadamente el interés jurídico-económico del acreedor frente a eventuales incumplimientos en la fase efectual. A cambio de ello, el legislador -a través de la redacción imperativa de sus normas- condiciona la puesta en operación del régimen en lo que concierne a las garantías mobiliarias convencionales sin desplazamiento, a que las partes -especialmente el deudor garante- externen un claro y expreso consentimiento, en la génesis del negocio o en forma sobrevenida, trátase o no de un convenio anterior al precitado 20 de mayo del 2015 -con la salvedad esbozada supra-, de constituir la garantía en los términos que preceptúa esta ley. De esta forma, el deudor adquiere pleno conocimiento, primero, que para acceder a la fuente de financiamiento deberá destinar uno o varios activos mobiliarios -con el contenido y alcances allí definidos- a responder con prelación por un hipotético impago en que incurra de la prestación*



*asumida, y segundo, que su acreedor podrá inscribir la garantía constituida en el Registro de Garantías Mobiliarias utilizando el o los formularios pertinentes e instaurar el proceso de ejecución coactiva que se ajuste a sus necesidades conforme al trámite dictaminado en la presente ley, sea en sede extrajudicial o judicial, según corresponda, para pagarse el crédito impago. Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Voto N° 1358-1C- de las quince horas cincuenta y cinco minutos del veintitrés de octubre de dos mil diecinueve<sup>2</sup>.*

Como es notorio, lo indicado en esta línea de pronunciamiento resulta simplemente fundamental para entender la entidad palpitante de la garantía mobiliaria en Costa Rica. Mucho se puede decir o dejar de decir del texto legislativo aprobado. Pero lo cierto del caso es que, sin tener presente el dato jurisprudencial, no se puede obtener una muestra fidedigna de lo que realmente está siendo entendido y aplicado con ocasión de estas garantías reales, de allí la valía que presenta este estudio.

## **II.B. La delimitación de los requisitos de admisibilidad para la ejecución de la garantía mobiliaria: sobre la exigencia de presentación del contrato constitutivo (criterios encontrados)**

En los estudios jurisprudenciales cualitativos, que es la actividad que nos convoca, es común encontrar rasgos interpretativos diferenciadores e, incluso, posturas jurisdiccionales indudablemente contradictorias. Luego, sería por demás extraño que, en los repertorios de sentencias, reinara la total uniformidad de criterio, pues aquello más

que generar seguridad jurídica sería indicativo de la implantación de un régimen totalitario con la consecuente pérdida de la libertad e independencia de las personas juzgadas.

En la decisiva etapa de ejecución de la garantía mobiliaria, existe una línea jurisdiccional que se inclina por sustentar que el formulario de ejecución de una garantía mobiliaria tiene rango de título ejecutorio y, por tanto, bajo los alcances de los artículos 9 y 54 de la Ley de Garantía Mobiliarias en relación con los numerales 22 y 23 del Reglamento Operativo del Sistema de Garantías Mobiliarias, bastaría con su efectiva presentación para dar curso al proceso de ejecución.

Al respecto, mediante el voto n.º 1207-4C de las trece horas treinta y cinco minutos del treinta de septiembre de dos mil diecinueve, el Tribunal Primero de Apelación Civil de San José (pero en una conformación de sección extraordinaria) revocó el rechazo que realizó un juzgado de primera instancia a la ejecución de una garantía mobiliaria con base en la ausencia del contrato que suscribieron las partes. Con denotada rigidez, el Tribunal de Alzada cuestionó severamente que, en el rechazo de la ejecución, no se justificaron cuáles serían las razones que motivarían la exigencia del antedicho contrato constitutivo.

Bajo esta vertiente de criterio, en aquella sentencia, el superior en grado realza la condición de título ejecutorio que ostenta *per se* el formulario de ejecución de la garantía mobiliaria y, por tanto, su idoneidad para dar inicio a la ejecución.

De esta manera, bajo una potencialización del principio de especialidad que contiene el artículo 76 de la Ley N.º 9246, se dispone en el voto en comentario: “*Con la información que se*

2 La línea resolutive que se expone en este voto ha sido reiterada en diversos pronunciamientos del Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Así, de este mismo y destacado órgano jurisdiccional, entre otros, se pueden consultar las siguientes resoluciones: n.º 60-2020, n.º 1161 – 2020, n.º 1180 – 2020, n.º 696 – 2020, n.º 383 – 2020, n.º 1634 – 2019, n.º 1578 – 2019, n.º 117 – 2020, n.º 1545 – 2019.

*desprende del formulario de ejecución de garantía mobiliaria, el juez puede iniciar el trámite, siendo innecesario aportar el enclausulado del contrato, si efectivamente la garantía mobiliaria se encuentra inscrita”.*

Así bajo el respaldo de los numerales 54 y 55 de la Ley de Garantías Mobiliarias, se concluye que, si el formulario de ejecución cumple con los presupuestos legales, su sola presentación basta para dar inicio al proceso.

No obstante, frente a tal visión jurisdiccional, emerge una postura francamente disidente que, contrario a lo recién expuesto, no se contenta con la mera presentación del formulario de ejecución para despachar la ejecución de la garantía mobiliaria, sino que hace recaer importantes efectos sobre la debida presentación del contrato en procura de arribar a un marco de enjuiciamiento más informado y que genere mayores salvaguardas y/o garantías para las partes ejecutadas.

En efecto, mediante el voto n.º117-4U de las once horas treinta y cinco minutos del veinticuatro de enero de dos mil veinte, el Tribunal Primero de Apelación Civil de San José señala que el órgano jurisdiccional debe trascender la información registrada en forma unilateral por el acreedor garantizado a través de los formularios y debe valorar el contenido del contrato constitutivo para determinar si realmente existe o no el carácter de garantía convencional mobiliaria reclamada en la fase de ejecución.

De esta manera, si, por ejemplo, con ocasión de una solicitud de reposición, la parte ejecutante busca la puesta en posesión del bien dado en garantía, debe acreditar en forma contundente que el contrato en su contenido original o sobrevenido incluyó la mentada cláusula de garantía mobiliaria, pues de lo contrario, *“no podrá el acreedor ante un eventual incumplimiento de su*

*deudor accionar la reposición en los términos del numeral 58, por adolecer el título aportado del calificativo de garantía mobiliaria”.*

Con todo, conviene insistir en que, en aquel pronunciamiento, se realza en la necesidad de la existencia de un clausulado contractual habilitador, pues se pretende *“que la información previa fluya con transparencia especialmente hacia el deudor, adquiriendo expreso conocimiento del objeto dado en garantía y consecuencias procesales que acarrearán su constitución y posterior inscripción”.* Por esta razón, en ausencia de semejante cláusula no será viable hablar técnicamente de garantía mobiliaria, aunque el contrato luzca inscrito en la Oficina de Garantías Mobiliarias, pues su simple inscripción no convalida las eventuales omisiones o lagunas contractuales.

En suma —y contrario al primer precedente señalado en este apartado— para la citada sentencia n.º117-4U de las once horas treinta y cinco minutos del veinticuatro de enero de dos mil veinte del Tribunal Primero de Apelación Civil de San José, sí se justifica que la persona juzgadora realice un adecuado escrutinio del contrato con todo y la solicitud de reposición amparada en el respectivo título de ejecución, pues, si en el convenio no se encuentra la cláusula constitutiva de una garantía mobiliaria (conf. art. 11, Ley N.º 9246), resultaría inviable hablar de una garantía constituida con arreglo a lo dispuesto en la ley, lo cual *“impide en definitiva dotar al título aportado [sea formulario de ejecución] de ejecutoriedad para eventualmente poder dar entrada al trámite que corresponda con arreglo a las prescripciones del numeral 58 de la precitada legislación”.*

En tal escenario, lo procedente es rechazar el proceso de ejecución, denegatoria que, a juicio del suscrito, se podría encausar procesalmente, bien sea por los conductos de una improponibilidad (conf. art. 35.5, CPC) o, incluso, de una

inadmisibilidad por ausencia formal y necesaria de la documentación requerida (conf. arts. 35.1.6, 35.2 y 35.4, CPC).

**II.C. Es necesario distinguir donde la ley sistemáticamente lo hace: los contratos descritos en el numeral 3 de la Ley de Garantías Mobiliarias y demás figuras allí mencionadas se contemplan en referencia “meramente enunciativa”**

En el ámbito del derecho comparado y en la doctrina especializada, no existe una absoluta univocidad acerca del abordaje teórico de la garantía mobiliaria, pues, aunque existe un marco común trazado medularmente por las denominadas “leyes modelo”, lo cierto del caso es que, a nivel local, las personas legisladoras con ocasión de su potestad soberana de configuración normativa —y en el tanto, se esté en un parámetro de conformidad con el derecho de la Constitución— han dispuesto evidentes ajustes de armonización, lo cual ha supuesto la derivación de visiones distintas en algunos tópicos.

Para muestra, se halla el propio concepto costarricense dispuesto en el artículo 2 *in fine* de la Ley N.º 9246. En efecto, tal numeral, en términos contundentes, establece que la garantía mobiliaria debe ser entendida como “un derecho real preferente conferido al acreedor garantizado sobre los bienes muebles dados en garantía”.

Ahora, la citada concepción legislativa ha llamado enérgicamente la atención de la doctrina foránea que la ha considerado como una “definición groseramente insuficiente” (Castillo, 2022, p. 643), pues, entre otros aspectos, se le achaca que no permite trazar una línea divisoria frente a otros privilegios reales (recuérdese que, en otros ordenamientos jurídicos, el derecho de retención no es entendido como garantía mobiliaria). Con todo, también se recrimina que la noción normativa dispuesta excluye elementos

fundamentales de la garantía como el derecho al pago preferente (*ius preferendi*), la persecución de bienes (*ius persequendi*) y, en general, la propia realización de la garantía mediante el caudal de la ejecución sea judicial o extrajudicial.

En este mismo orden, la perspectiva dispuesta en el artículo 3, inc. 1 de la Ley N.º 9246, también ha generado sus justificados resquemores. En esencia, aquella disposición legislativa buscó ampliar la definición comentada en el párrafo anterior hacia un *concepto funcional* de la garantía mobiliaria, bajo el entendido de que su mentada concepción tipológica “incluirá aquellos contratos, pactos o cláusulas preexistentes comúnmente utilizados para garantizar obligaciones gravando bienes muebles”.

Bajo tal predicado, parece ser que la ley costarricense aspira a que de pleno derecho (*ipso iure*), diversos negocios jurídicos, tales como la venta con reserva de dominio, los fideicomisos en garantía sobre bienes muebles, las compras de facturas con o sin recurso en contra del vendedor de estas facturas (factoreo), el arrendamiento financiero (*leasing* financiero), el arrendamiento operativo (*leasing* operativo) y cualquier otra garantía sobre bienes muebles no inscribibles contemplada mediante un contrato establecido en la legislación jurídico-positiva o decretada por los tribunales que deba ser catalogada como una garantía mobiliaria.

No obstante —y más allá de lo querido por la persona legisladora en este artículo, cuya redacción desde el plano técnico, incluso, es sumamente cuestionable (*v. gr.* por incluir además supuestos de prenda que en rigor ya no serían tales)—, lo cierto es que la jurisprudencia civil no se ha limitado con una interpretación literal o ensimismada del numeral 3, inc. 1 de la Ley N.º 9246, pues bajo una visión hermenéutica más sistemática, teleológica y contextual, ha establecido que los citados contratos de venta con

reserva de dominio, fideicomiso de garantía sobre bienes muebles, *leasing* etc. están supeditados a que, en su contenido originario o sobrevenido, se incluya expresamente el convenio o cláusula constitutiva de una garantía mobiliaria. De este modo, la aparente apuesta legislativa por un concepto funcional de garantía mobiliaria ha quedado de momento francamente proscrita en la práctica forense.

Sobre el particular, se explicó:

*[...] es una afirmación totalmente gratuita la que hace la parte apelante en cuanto a que por la sola razón de encuadrar en el contenido de un arrendamiento financiero, el específico contrato que presentó como fundamento de la reposición peticionada sea, a la vez, garantía mobiliaria por imperativo de Ley. Tampoco deviene aplicable al caso las reglas de constitución de garantía mobiliaria de tipo convencional, porque de su lectura no se desprende un clausulado en los términos del artículo 11, particularmente en lo referente a sus incisos 1), 3), 5) y 7), de la citada Ley de Garantías. En efecto, y en una forma meramente enunciativa por ejemplo no hay en el contrato aportado regulación atinente a un acuerdo expreso para constituir una garantía mobiliaria que respalde en forma preferente el pago de las prestaciones allí determinadas a cargo del deudor garante, tampoco la hay como exige la ley de cita acuerdo específico de partes respecto de un monto máximo de cobertura de una tal garantía o la forma en que habría de determinarse esa cantidad, asimismo no hay mención expresa de que el automotor descrito y cuya reposición se solicita servirá como garantía a la obligación garantizada. Tribunal Primero de Apelación Civil de*

*San José, (Órgano monocrático). Voto n.º 60-IU- de las catorce horas veinte minutos del diecisiete de enero de dos mil veinte.*

Como es de notar, este precedente es una vívida ejemplificación del bloqueo argumentativo realizado por un tribunal de apelación civil frente a aquellas pretensiones de ejecución en general o reposesorias en lo particular que promueven las partes actoras fundamentadas en la simple invocación de una figura contractual que como tal sí aparece dispuesta en la Ley N.º 9246; pero de la cual se ha establecido a nivel jurisprudencial que su sola o simple invocación no alcanza — como si fuera una “patente de corso”— para dar curso a una ejecución de esta naturaleza, pues, en efecto, se requiere revisar el contenido del contrato para constatar (al menos sumariamente) los elementos más básicos que requieren una verdadera convención constitutiva de una garantía mobiliaria, según preceptúa el artículo 11 de ley costarricense.

#### **II.D. ¿Existe realmente una garantía mobiliaria respecto a los vehículos dados en leasing?: criterios contradictorios**

Como se indicó en el apartado II.B de esta investigación jurisprudencial, es posible dentro de la independencia judicial que existan matices interpretativos en algunos supuestos normativos previstos en la Ley N.º 9246. Sin embargo, cuando la divergencia sobrepasa ciertos límites tolerables deviene en patológica, pues la persona usuaria francamente no sabe a qué atenerse, ya que un tribunal de la república resuelve de una manera, y otro lo hace en un sentido totalmente diferente, creando una estela de inseguridad jurídica, potencial trato discriminatorio y una suerte de “lotería judicial” que afecta inclusive la propia credibilidad del sistema de administración de justicia.

A guisa de mención, conviene destacar que uno de los tópicos más evidentes de ese conflicto

es representado por la posibilidad de constituir garantías mobiliarias con ocasión del contrato de *leasing* de vehículos y las nociones limitativas que derivan del artículo 4 de la Ley de Garantías Mobiliarias, aspecto donde se han alzado dos tesis indiscutiblemente antagónicas.

Así, mediante el voto n.º 1241-2U (unipersonal) de las diecisiete horas cinco minutos del seis de octubre de dos mil veinte, el Tribunal Primero de Apelación Civil de San José estableció que:

*Como se observa de lo así transcrito, si bien el leasing financiero y consecuentemente sus derechos patrimoniales, pueden ser objeto de garantía mobiliaria, el legislador prohibió que esa garantía y la aplicación de su régimen especial, pudieren recaer sobre cualquier derecho derivado de bienes muebles que al mismo tiempo, sea imposible someter a esa moderna regulación. Y es claro que el contenido de esa limitación abarca un vehículo automotor inscribible, propio de circulación por las vías públicas terrestres. De lo anterior se infiere que ni el vehículo de tal naturaleza o los derechos patrimoniales que conciernan al mismo, pueden ser objeto válido de garantía mobiliaria. Evidentemente que el leasing financiero cuyo objeto principal es el arrendamiento de un vehículo automotor inscribible con naturaleza para su circulación, implica en términos prácticos una serie de derechos y obligaciones para ambas partes, estrictamente vinculados como elementos naturales de la contratación -sin exclusión de otros-, al uso y disfrute del vehículo para el cliente arrendatario y la posibilidad de recuperación del bien objeto del negocio, ante el incumplimiento de sus prestaciones dinerarias. Por ende,*

*hay una imposibilidad legal para aplicar el régimen de reposesión o apropiación de garantía mobiliaria, establecido en el artículo 58 de la legislación en estudio, a los derechos que naturalmente forman parte de esa contratación y que estén vinculados a un bien mueble que es objeto material del negocio jurídico. Distinto ocurriría en relación con el leasing financiero cuyos derechos patrimoniales versen sobre bienes sin prohibición legal de constituir como garantía mobiliaria, hipótesis que sí habilitaría la aplicación de cualquier régimen propio de este sistema jurídico económico especial. (Destacado es propio).*

Sin embargo, tal negativa es matizada y desvirtuada por el Tribunal Primero de Apelaciones Civil de San José, Sección Extraordinaria, por medio del voto n.º 583-4C- de las trece horas treinta y nueve minutos del veintisiete de mayo de dos mil veintidós, donde dejó claro lo siguiente:

*El arrendamiento financiero es un contrato especial que se encuentra regulado en el Decreto N°32876, Medidas tendientes a evitar el abuso y detrimento del interés fiscal de la figura de leasing, en virtud del cual, la parte arrendadora confiere el derecho de posesión, uso y goce de un bien mueble a la persona arrendataria, derecho que claramente resulta totalmente cuantificable en términos patrimoniales, tomando como base el cálculo de las cuotas periódicas pactadas. Por consiguiente, no debe confundir al vehículo como bien material y como activo inherente a ese tipo de contratación específica, en la cual lo que se cede es el derecho de posesión, uso y goce sobre el mismo y que a la luz de la normativa antes citada, claramente es susceptible de otorgarse en garantía. El tema ha sido*

*abordado por la doctrina nacional que al respecto y con buen tino ha señalado: “La clave para determinar el carácter de garantía mobiliaria del leasing financiero radica en que dicho contrato confiere el derecho de posesión, uso y goce, de un bien mueble, que se constituye en el derecho garantizado del contrato. Derecho que, por lo demás, resulta totalmente cuantificable en términos patrimoniales, conforme al cálculo de las cuotas periódicas pactadas, sin incluir el valor residual, que haya realizado la empresa de leasing. Ante el incumplimiento, por tratarse de una garantía sin desplazamiento de la posesión, corresponde recobrar la posesión del bien subyacente, ligado al ejercicio del derecho garantizado, sea, el vehículo automotor. Tratándose del contrato de leasing financiero, se debe tener presente, que la titularidad permanece a nombre de la empresa de leasing. En ese sentido consideramos que el hecho de que el vehículo automotor figure como parte de las excepciones que establece el artículo 4 de la Ley es indistinto, pues reiteramos el objeto de la garantía es el derecho de posesión y uso del bien mueble; no el bien mueble propiamente, puesto que en ese supuesto lo que procede es utilizar el contrato de prenda, donde el bien mueble garantizado, efectivamente, es el vehículo automotor. Rojas Chan, Ana Yansy. Garantía mobiliaria legal y Leasing Financiero sobre vehículos. (Comentario de sentencia). <https://numerusapertus.com/2020/09/01/garantia-mobiliaria-legal-y-leasing-financiero-sobre-vehiculos-comentario-de-sentencia/>. (El resaltado es propio).*

En mérito de lo expuesto, se impone revocar la resolución apelada para, en su lugar, ordenar la reposición del vehículo supraindicado, salvo

que otros motivos de orden legal, distintos a los debatidos aquí, lo impidan.

Como es de notar, la reseña de esos dos criterios “jurisprudenciales” denota una muestra verídica de que en Costa Rica existen a la fecha algunos puntos de contradicción y anacronismo en materia de garantías mobiliarias que deben ser paliados. Para esta situación en particular, no se considera necesario emprender reformas legislativas, sino implementar la utilización de institutos procesales que precisamente están diseñados para tales objetivos.

Al respecto, uno de los fines de la casación es generar uniformidad en la jurisprudencia como fuente formal del ordenamiento jurídico, para que de esta forma la sociedad tenga una clara idea en torno a cuál es el contenido de las resoluciones judiciales cuando se presenten casos con identidad fáctica, esto en virtud de asegurar la igualdad ante la ley y una altísima razón de convivencia social.

A tono con tal concepción, la normativa procesal civil vigente regula la figura de casación en interés de la jurisprudencia. Propiamente, el artículo 71 de la Ley N.º 9342 expone su procedencia en relación con las sentencias no impugnables por medio del recurso de casación y donde ante la existencia de fallos contradictorios e interés público en definir la discrepancia (v. gr. sentencias de apelación antes citadas que resuelven diversos temas de garantías mobiliarias), se justifica plantear la cuestión para fijar la “doctrina jurisprudencial”.

Para conocer de este citado recurso, la sala de casación respectiva es competente y no tiene efectos suspensivos sobre los procesos pendientes; por consiguiente, no requiere la existencia de cosa juzgada. Grupos de tres personas juzgadoras o más están legitimados para su interposición, además de aquellos que pueden interponer el recurso de casación en interés de la ley; pero deben estar vinculados con los temas propuestos. De igual

manera, adopta el procedimiento establecido para el recurso en interés de la ley, carece de efecto vinculante y no afecta las sentencias dictadas con anterioridad. Así, su función radica en establecer una clara línea jurisprudencial derivada de un análisis doctrinal que además de enriquecer el ordenamiento jurídico, aporta a la ciencia del derecho y más importante: coadyuva en alcanzar seguridad jurídica para la persona justiciable.

### **II.E. Generación interpretativa de una exigencia previa para ordenar la reposición de los bienes dados en garantía: intentos de armonización de la garantía mobiliaria con el derecho de audiencia y defensa**

Continuando con este recuento de criterios, resulta altamente relevante situarnos en lo expuesto por el Tribunal Primero de Apelación Civil de San José, Sección Extraordinaria en el voto n.º 1620 1C de las quince horas cuarenta y cinco minutos del cinco de diciembre de dos mil diecinueve. En aquella resolución, se establece con notoria nitidez la autonomía que existe entre la gestión de reposición de los bienes dados en garantía mobiliaria y el carácter de título ejecutorio que contiene el formulario de ejecución (debidamente inscrito) que sustenta la ejecución judicial o extrajudicial de una garantía mobiliaria.

De esta manera, se dispone que tal título ejecutorio (conf. arts. 9 y 54, Ley N.º 9246) es un requisito procesal de admisibilidad para dar inicio al citado proceso de ejecución. Luego en aquel procedimiento, existe previsto en la sede extrajudicial un plazo ineludible de cinco días para que eventualmente el deudor garante demuestre el pago documental de carácter liberatorio y así pueda cancelar la obligación evitando el remate de los bienes o activos mobiliarios dados en garantía.

Valga acotar —y aunque aquello no se señale expresamente en el voto en glosa— que las

implicaciones del denominado “pago liberatorio” son radicalmente diferentes al denominado “pago puro y simple”, pues el primero exige que su materialización se haya realizado antes de cursada la ejecución, pues si se presenta posterior a esta, se estaría en la hipótesis de la segunda tipología de pago; esto es, cuando ya existe una contundente mora del deudor y, bajo tal supuesto, la citada cancelación de dinero se tomará en cuenta únicamente para los efectos de la imputación de pagos; pero no extingue ni afecta la exigibilidad de la obligación puesta al cobro.

Lo importante del precedente en comentario es que luego equipara interpretativamente la garantía de audiencia tanto en la sede judicial como la extrajudicial para sustentar que esa prevención o requerimiento de pago debe ser respetada “[...] para que el deudor garante tuviera una última oportunidad, previo al remate de sus bienes, de poder cancelar la totalidad de sus obligaciones garantizadas”.

Como se denota —y aunque en ocasiones el texto positivo pueda generar alguna dubitación—, este merece ser interpretado bajo las pautas del debido proceso en general y del derecho de defensa en particular, con ocasión de exigir, tutelar y garantizar la posibilidad de que el deudor garante se pronuncie antes de que sean rematados sus bienes dados en garantía, o bien, se libren los mandamientos de reposición correspondientes, ya que, si tales mandamientos no fueron expresamente contemplados en el convenio constitutivo o no son posibles de materialización en sede extrajudicial, deberán agotar siempre (requisito *sine qua non*) la referida audiencia de cinco días previa, lo cual obedece a una interpretación sistemática del párrafo segundo del numeral 58 con el párrafo primero del artículo 57 de la Ley de Garantías Mobiliarias.

Bajo tal contextualización, queda clara la razón por la cual desde la órbita legal, ciertamente el

mandato de apropiación o reposición puede ser dispuesto por la persona juzgadora *inaudita altera pars*; esto es “que se ejecutará sin audiencia del deudor garante”, lo cual se tornará ejecutivo, siempre y cuando se acredite que de previo ya existió una audiencia o requerimiento de pago hacia el deudor garante, sin que en rigor se pueda confundir el trámite de ejecución con solicitud de reposición de los bienes dentro del proceso de ejecución.

Por tal razón, en aquella sentencia, de forma contundente se dispone:

**[...] Y la solicitud de reposición, para ser procedente deben cumplirse con ese requisito de audiencia o requerimiento de pago por cinco días. Pero una cosa no excluye a la otra, en tanto que, si las partes no pactaron un procedimiento extrajudicial de ejecución ni de reposición de los bienes, la acreedora garantizada, ante el incumplimiento, puede acudir a la vía judicial a ejecutar la garantía mobiliaria. Lo que eventualmente no puede ordenarse es la reposición inmediata de los bienes en razón de no haber cumplido con el requisito de requerimiento de pago, por lo que deberá tramitar su ejecución sin esa posibilidad legal. Lo anterior tampoco constituye un requisito para impedir el curso de la demanda, porque el título ejecutorio reúne el requisito procesal para iniciar el proceso jurisdiccional, pues el formulario de la ejecución fue debidamente inscrito en el Sistema de Garantías Mobiliarias. (El destacado es propio).**

De esta forma, es posible concluir que, aunque en una ejecución de garantía mobiliaria se pueda rechazar de plano una solicitud de reposición de los bienes dados en garantía (v. gr. porque no se acredita que se ha otorgado el plazo previo

de audiencia por cinco días al deudor garante), aquello no impide que se pueda dar curso a la ejecución principal (v. gr. si se acredita la presentación del formulario ejecutorio), pues como tantas veces se ha señalado, una cosa no excluye a la otra y, aunque en tesis de principio, engloben trámites complementarios, aquellos desde el juicio de la admisibilidad procesal son autónomos. Por eso sus requisitos de procedencia deben ser debidamente diferenciados para no caer en conclusiones apresuradas.

#### **II.F. Requisitos de una cláusula contractual que constituya una garantía mobiliaria: importancia de la redacción cuidadosa, específica y prudente de un contrato de garantía mobiliaria, pues inscripción “registral” no supe la omisión**

Cuando se miran las escrituras públicas constitutivas de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria o prendaria, se suelen encontrar redacciones generosas que son propensas a incluir en su contenido negociador diversas cláusulas que procuran dar claridad, seguridad y cobertura a diversas hipótesis que derivan de las situaciones jurídicas de las partes contractuales, entonces: ¿por qué complicar y/o diferenciar tanto el abordaje de cara a nuevos institutos?

La clave de comprensión de la garantía mobiliaria estriba en concebirla antes y primero que todo como un *derecho real* de garantía. Por tanto, resulta inconcebible que determinadas visiones forenses pretendan sentar la existencia de una garantía de esta generación a partir de ciertas palabras o frases enunciativas de un documento (v. gr. *factoring* o *leasing*) cuando lo adecuado es verificar la presencia de un verdadero contenido contractual que justifique su nacimiento.

El artículo 11 de la Ley N.º 9246 no luce dispuesto en una escritura alambicada ni está previsto para ser analizado únicamente por



sistemas de inteligencia artificial, sino todo lo contrario. De forma elocuente, aquel numeral dispone nueve aspectos que deberá contener “al menos” un contrato de garantía mobiliaria otorgado en forma escrita o en su equivalente electrónico sin que tales previsiones limiten la posibilidad de mayores desarrollos o posibles clausulados complementarios que, bajo el auspicio de la autonomía de la voluntad (conf. art. 28, Constitución Política), las partes consideren oportuno incluir.

Valga reiterar que, a tono con la normativa vigente, el contenido contractual que justifique la constitución de una garantía mobiliaria debe incluir expresamente: *i.* La cláusula de constitución de la garantía mobiliaria. *ii.* Los datos y las firmas que permitan la identificación de los contratantes. *iii.* El monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria o la forma de determinarse dicha cantidad. *iv.* Indicación del domicilio contractual para atender futuras notificaciones judiciales y extrajudiciales. *v.* La mención expresa de que los bienes descritos servirán de garantía a la obligación garantizada. *vi.* Una descripción que puede ser bien genérica o específica de las obligaciones garantizadas, sean presentes o futuras, o de los conceptos, las clases, las cuantías o las reglas para su determinación. *vii.* La autorización por parte del deudor garante al acreedor garantizado para que presente el formulario de inscripción inicial al Sistema de Garantías Mobiliarias y demás formularios de inscripción posteriores, según lo dispuesto en el artículo 43 de esta ley. *viii.* Mención expresa del consentimiento para ejecutar las garantías en sede extrajudicial, en caso de que las partes lo acuerden. *ix.* La fecha y el lugar de celebración.

Sentado lo anterior, es significativo señalar que, a criterio de este investigador, la entidad de la ausencia o imperfección convencional de algunos de estos requisitos mínimos podrían dar pie a discusiones en la vía ordinaria civil acerca

de la potencial nulidad, anulabilidad o ineficacia jurídica de la garantía mobiliaria (conf. entre otros, arts. 835 y 836, Código Civil) sin importar que esta se haya ejecutado, o bien, ser incluso la plataforma argumentativa a nivel de la fama de buen derecho de alguna medida cautelar (conf. art. 79, Código Procesal Civil) que pretenda suspender su ejecución.

Obviamente, el planteamiento doctrinal expuesto aquí obedece a meras alusiones abstractas que deberán ser sopesadas argumentativa y probatoriamente de cara a cada caso en concreto. Sin embargo, debe llamar la atención que la redacción de un clausulado constitutivo de una garantía mobiliaria debe encausarse de forma cuidadosa para no evitar efectos nocivos en su ciclo de vida.

Sea como fuere, en el voto n.º 383-2U de las quince horas cuarenta minutos del doce de marzo de dos mil veinte, ya el Tribunal Primero de Apelación Civil de San José dejó entrever que la interpretación judicial de un contrato donde se alegaba la existencia de una garantía mobiliaria exigía su constatación con el contenido mínimo exigido a nivel jurídico-positivo para la constitución válida de tal garantía. De este modo, con ocasión de una lectura judicial a una cláusula contractual, se señaló en aquel precedente que allí existía una mera alusión negocial:

*[...] respecto del cese del negocio por incumplimiento del arrendatario y su obligación de devolver el bien arrendado, [siendo] apenas una típica cláusula convencional de resolución contractual de pleno derecho, no asimilable en absoluto a la constitutiva de garantía mobiliaria” por ende se sentenció que “de ese contenido no es posible inferir; directa ni indirectamente, la válida constitución de una garantía mobiliaria en los términos de la Ley especial.*

De esta forma, cabe concluir la relevancia que tiene esta materia en la redacción comprometida del contenido del contrato para arribar en la válida existencia de una verdadera garantía mobiliaria.

En aquella importante sentencia, también se plasmó que *“la comentada omisión contractual por supuesto que no se sule por la sola circunstancia de que la parte actora hubiese inscrito el aludido contrato en el Registro de Garantías Mobiliarias”*, pues naturalmente la inscripción en la Oficina de Garantías Mobiliarias lo que genera es un efecto de oponibilidad a terceros, así como el anhelado establecimiento de la prelación o prioridad de cobro, sin que aquello signifique generar un efecto de convalidación o subsanación a los negocios jurídicos que tengan tales inconsistencias.

#### **II.G. La huida de los fantasmas: sedes contencioso-administrativa y constitucional no encuentran razones para limitar la operatividad de la garantía mobiliaria**

Con el advenimiento de la garantía mobiliaria, se levantaron voces críticas que cuestionaron intestinamente su modelo operativo. Basta revisar ciertas ponencias realizadas durante los primeros seminarios organizados por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, para corroborar la existencia de algunas visiones apocalípticas que profetizaron (erróneamente) una catástrofe del derecho privado nacional que naturalmente nunca aconteció.

La Ley N.º 9246 fue publicada el 20 de mayo de 2014 (Diario oficial *La Gaceta* n.º 95, Alcance: 17) y, a la fecha, las supuestas ilegalidades, los quebrantos de derechos fundamentales y vicios de inconstitucionalidad no han sido tales.

Por ejemplo, mediante el voto n.º 2020-000248 de las diez horas treinta minutos del siete de

enero de dos mil veinte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dispuso que el recurso de amparo en sede constitucional no era un mecanismo procesal idóneo para reclamar quebrantos frente a una ejecución extrajudicial de una garantía mobiliaria. Así se sostuvo que el tribunal constitucional no era competente para conocer cuestiones de mera legalidad o interpretaciones contractuales entre sujetos de derecho privado.

Valga insistir que, en aquel pronunciamiento, se analizó una disconformidad asociada con la ejecución extrajudicial de una garantía mobiliaria, y la Sala IV sentenció que aquello: *“se trata de una cuestión de alcance legal y las discrepancias que surjan lo son respecto de cómo deben entenderse y aplicarse normas legales y las disposiciones contractuales específicas al respecto”*.

Por tanto, la discusión no involucra por sí misma temas asociados directamente con derechos fundamentales. Con todo, en aquella sentencia constitucional, también se dejó establecido que tales tópicos debían ser contenidos en las sedes judiciales respectivas (medularmente los juzgados de cobro y civiles) sin esquivar que, de una u otra manera, la propia Sala Constitucional concibe las posibilidades contractuales que se habilitan con este derecho real de garantía, pues sobre el particular reconoció que *“el recurrido es un sujeto de derecho privado, que cuenta con un conjunto de medios jurídicamente válidos para lograr la concreción de lo que considera su derecho y desde tal perspectiva, no podría esta Sala obligarlo a emplear una forma específica para la resolución del conflicto”*.

Por tanto, los señores magistrados y las señoras magistradas constitucionales dejan entrever que la ejecución extrajudicial es una vía legítima que no tiene condicionantes para ser dejada sin efecto o segregada frente a la vía judicial.

Por otro lado, se considera idóneo hacer hincapié que, en el voto n.º 0517-2018-T de las ocho horas del doce de septiembre de dos mil dieciocho, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda resolvió declarar en síntesis sin lugar una medida cautelar contra la ejecución de una garantía mobiliaria. En concreto, la parte promovente gestionó una solicitud a la Junta Administrativa del Registro Nacional (como órgano con personalidad jurídica instrumental) y al Estado (como ente público mayor) para que decretaran la suspensión de los efectos de la inscripción de los formularios de ejecución de la garantía mobiliaria.

Sin embargo, en el auto judicial en comentario, tal pretensión cautelar fue rechazada por ausencia de apariencia de buen derecho (conf. art. 21, CPCA) frente al esquema impuesto por la propia Ley de Garantías Mobiliarias y además se reconoció abiertamente que el sistema automatizado existente eximía (en tesis de principio) de toda responsabilidad al Registro Nacional.

Asimismo, en aquel pronunciamiento, se estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda no era una “*jurisdicción superior de otros juzgados del país*”, lo cual resultaba importante, pues en gran cantidad de ocasiones, se realizaban indebidos intentos por “disfrazar” conflictos netamente patrimoniales o que estaban siendo ya discutidos en los juzgados de cobro o civiles, con el ropaje del derecho administrativo. Sin embargo, aquella espuria “estrategia de vestimenta” debía ser denegada, pues en el fondo, denotaba un claro abuso del derecho o bien ilegítimos intentos de fraude legal.

Bajo este entendido, en la resolución contenciosa que aquí se estudia, se deja establecido que las supuestas conductas administrativas reclamadas en contra del Estado y de la Junta Administrativa del Registro Nacional son emitidas dentro de su

esfera competencial y se derivan en consecuencia del propio texto positivo de la Ley de Garantías Mobiliarias.

De este modo, del numeral 42 de la Ley N.º 9246, se infiere que es el acreedor el que accede al sistema automatizado de inscripción de garantías mobiliarias e introduce los datos bajo su entera responsabilidad. Por tanto, el sistema automatizado de la Oficina de Garantías Mobiliarias “*guarda los datos y funciona para efectos de publicidad, pero no hace una revisión de la legalidad de los documentos ni de su inscripción, pues es un mero custodio y administrador de la información, es decir, no la autoriza*”.

Por tal razón y como elemento de cierre, para la persona juzgadora de lo contencioso administrativo, aquellas medidas cautelares de suspensión de los efectos de garantías mobiliarias en realidad lo que encierran es “*una discusión comercial entre las dos empresas involucradas en vista de los contratos firmados entre ellas, donde no existe una conducta administrativa relevante que haya influido sobre la situación jurídica de alguna de ellas*”. Esto evidentemente conlleva el rechazo de la pretensión cautelar y del propio proceso de conocimiento de fondo.

## **II.H. La injustificable actitud judicial de que “es mejor lo viejo conocido que lo nuevo por conocer”: la necesaria depuración de los criterios competenciales que gravitan sobre la garantía mobiliaria (la delimitación de lo civil con lo agrario y otros tópicos territoriales)**

Detrás de la utilización errónea de ciertos institutos procesales se esconden sesgos y, en ocasiones, temores. En la cultura judicial, cuando alguna persona juzgadora no quiere ingresar a resolver como corresponde el fondo de un asunto, puede indebidamente anteponer mil evasivas envueltas en apariencia de legalidad (v. gr: prejudicialidades

oficiosas, prevenciones sin sentido, nulidades de oficio, exigencias ultraformalistas, requerimientos de prueba para “mejor atrasar”, retroacción de etapas ya superadas, incompetencias carentes de sentido etc.); en derivación, cabe acotar que el abuso procesal (conf. art. 6, CPC) puede ser cometido por las partes procesales; pero también por las propias personas juzgadoras con ocasión de la desviación de la sagrada función jurisdiccional de impartir justicia.

Sea como fuere, en temas de garantías mobiliarias, el recuento jurisprudencial ha denotado cómo los órganos jurisdiccionales de alzada, ya sea la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia o los tribunales de apelación han tenido que intervenir para dirimir sendos conflictos de competencia entre ciertos juzgados de primera instancia que, en el fondo, más que invocar sustentos técnicos o probatorios para justificar la declaratoria de una incompetencia, parecen más bien estar buscando cualquier pretexto para “quitarse de encima” expedientes de garantías mobiliarias.

La crítica no es tendenciosa, pues parte del dato objetivo de verificar las injustificadas razones (materiales o territoriales) que, en muchas ocasiones, se brindan para decretar incompetencias, las cuales generan atrasos importantísimos en la resolución efectiva del conflicto.

Por ejemplo, resulta insólito que un juzgado agrario se declare incompetente frente a la ejecución judicial de una garantía mobiliaria que tiene por bien garantizado cabezas de ganado (vacas), bajo el argumento de que, en el expediente, se denota la ausencia de un plan de inversión y, por ende, existe un impedimento para darle naturaleza agraria al asunto. Luego, tal criterio es rechazado por el Tribunal de Apelación Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, quien en el voto n.º 108-C-2021 de las catorce horas treinta y tres minutos del cinco

de febrero de dos mil veintiuno, dispuso que: “*el bien dado en garantía del crédito está constituido por cabezas de ganado de diversas razas y en grandes cantidades; por lo que son parte de una empresa agraria cuyos bienes fueron dados en garantía del pago de una obligación*”. Por tanto, resulta elocuente que lo procedente es denegar tal incompetencia y declarar que la ejecución debe ser residenciada en la sede agraria.

Asimismo, también han existido escenarios inversos, esto es, donde juzgados de cobro judicial o civiles intentan injustificadamente enviar expedientes de ejecución de garantía mobiliaria a juzgados agrarios, cuando no existe ningún carácter de naturaleza agraria. Para muestra, se puede traer a colación el voto del Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, n.º 663-C-2020 de las siete horas y trece minutos del veinticuatro de julio de dos mil veinte, el cual dispuso en lo que aquí interesa:

*El bien dado en garantía es una mimiexcavadora destinada en labores de movimientos de tierra y remoción de piedras, limpieza y otros elementos con destino usualmente de construcción; sin que se haga mención se fuera a utilizar en actividades agrícolas o conexas a ésta. O bien se citara en el plan de inversión, sea parte de una obligación atinente al ciclo productivo; sino que obedece a una obligación mercantil [...] Por lo que con fundamento en el artículo 1, 2, y 26 de la Ley de Jurisdicción Agraria y Ley de Garantías Mobiliarias, se declara que este asunto no corresponde por motivo de la materia ser tramitado en la jurisdicción especializada agraria, por estimarse es de naturaleza civil. Y al declararse la incompetencia por auto N° 2020001495 de las ocho horas cincuenta y ocho minutos del seis de febrero del dos mil veinte del Juzgado de Cobro Judicial del Segundo Circuito Judicial de*

*Alajuela, se declara, al tenor del ordinal 16 inciso c) de la Ley de Jurisdicción Agraria conflicto de competencia. Por lo que se remite el expediente a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia como superior común, a fin de que radique de forma definitiva la competencia de este proceso.*

Al final, en este asunto, en el voto n.º 001328-S1-2022 de las diez horas treinta y tres minutos del treinta y uno de mayo de dos mil veintidós, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia termina confirmando las razones expuestas por el Tribunal Agrario y remite el asunto a la vía civil (cobratoria). Sin embargo, en esas meras discusiones competenciales, el expediente se atrasó cerca de dos años.

Finalmente, queda expuesto (v. gr. voto 000433-C-S1-2021 de las once horas cuarenta minutos del veinticinco de febrero de dos mil veintiuno y muchos otros) que la citada Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia también ha tenido que intervenir para dirimir competencialmente aspectos territoriales entre juzgados de cobro judicial de diferentes jurisdicciones que decretan su incompetencia para conocer tópicos de garantías mobiliarias, lo cual también impacta negativamente en el derecho fundamental a la justicia pronta y cumplida.

### **II.I. La confirmación dimensional de la función del Registro Nacional y su respectiva Oficina de Garantías Mobiliarias: claridad de un texto que no justifica ambigüedades**

Una de las rupturas paradigmáticas más incisivas que propició la garantía mobiliaria en el ordenamiento jurídico costarricense fue la función que tradicionalmente cumple el Registro Nacional con ocasión de la calificación de los documentos que inscribe o que, al menos, proyecta en su reconocida publicidad.

Como bien se sabe, por antonomasia la calificación registral plasma un estricto control de legalidad en la verificación del cumplimiento de los requisitos formales e intrínsecos de los documentos que se presentan a la corriente registral (Ortiz, 2016), lo cual se traduce en los que los diferentes departamentos por regla no inscriban en automático cualquier rogación de los interesados, sino solamente aquellas que cumplan con el marco registral definido que por facilidad normalmente se recogen en sus valiosas guías de calificación.

En los últimos años, se han “inscrito” miles de garantías mobiliarias en Costa Rica (Moraga, 2021), lo cual denota el relativo éxito que ha tenido el sistema. La calificación registral es por regla una ocupación activa que tiene su excepción con ocasión de la “inscripción” de garantías mobiliarias. De este modo, cabría indicar que la publicidad registral que dimana de aquella es técnicamente distinta a la tradicional, pues no postula la seguridad jurídica preventiva, sino más bien “*busca la celeridad, informalidad y economicidad y prefiere que, la revisión de cualquier problema quede reservado para después, sin que se instauren mayores controles o procedimientos a nivel administrativo*”. (Rodríguez, 2023, p. 30).

Tal visión engarza con lo reconocido por el Tribunal Primero de Apelación Civil de San José, pues, en el voto n.º 1358-1C- de las quince horas cincuenta y cinco minutos del veintitrés de octubre de dos mil diecinueve, este órgano jurisdiccional dispuso que la misión de la Oficina de Garantías Mobiliarias era “*esencialmente para dar publicidad y prelación en formato electrónico a los formularios de inscripción y documentos relacionados con las garantías mobiliarias*”.

Bajo este objetivo, todo su ciclo de vida concretizado en los distintos formularios de inscripción inicial, modificación, prórroga, cancelación y ejecución lo que promueve —en

tesis de principio— es brindar medularmente una eficacia contra terceros. Por tanto, el órgano registral no asume ningún “*tipo de responsabilidad en relación con la información registrada, afincado en la ausencia previa de labor revisora conducente a verificar su conformidad con las exigencias legales del caso concreto, según artículos 41 a 48*”.

En consecuencia, lo recién expuesto justifica (según el voto en referencia) que: “*los mentados formularios luzcan estandarizados, por eso todos incluyen campos de llenado con información uniforme que deberá incluir en forma unilateral la parte interesada según el tipo concreto de formulario en el que esté interesado*”.

Esto repercute en que la Oficina de Garantías Mobiliarias tenga una misión netamente receptiva sin externar ningún ámbito de calificación registral formal ni material, pues tales formularios lo que hacen es recibirlos y proceder de forma automatizada a proyectar la información suministrada, sin ningún tipo de valoración y/o escrutinio previo.

#### **II.J. Descubriendo el agua tibia: la Ley de Garantías Mobiliarias (Ley N.º 9246) no regula solamente la garantía mobiliaria**

Resulta curioso el evidente grado de desconocimiento que suscitan ciertos ámbitos de la Ley de Garantías Mobiliarias. En la sociedad de la información del siglo XXI, resulta inexplicable que alguien dedicado al oficio del derecho saque conclusiones sin siquiera leer el texto positivo que regula la materia que pretende juzgar. Es fundamental manejar buenas premisas para evitar juicios erráticos.

El numeral 129 de la Constitución Política de Costa Rica proscribía que las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen, ya que, a falta de este requisito, tendrán

eficacia diez días después de su publicación en el Diario Oficial *La Gaceta*. Bajo este sentido, no tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni mucho menos de aquellas que conciernen al interés público, aspecto que deviene en que nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que esta autorice.

Sin embargo, respecto de la Ley N.º 9246, parece que, en ocasiones, ni las propias personas juzgadoras se toman el tiempo para estudiar en su integridad el texto vigente. El capítulo segundo del título séptimo de la citada Ley N.º 9246 contiene una serie de previsiones especiales para encausar la ejecución extrajudicial de garantías prendarias sobre vehículos.

Entre otros aspectos, el artículo 74 de aquella regulación establece la denotada posibilidad de pactar (respecto al derecho real de garantía prendario) procedimientos especiales de apropiación o reposición, pues cuando aquellos no sean posibles de directa materialización por el acreedor garantizado, este puede solicitar la colaboración de la persona juzgadora de materia cobratoria, quien, ante tal solicitud, debe emitir *inaudita altera pars* (sin audiencia al deudor garante) el correspondiente mandato —sea de apropiación o reposición— que consiste medularmente en el mandato judicial para que el deudor garante entregue los bienes prendados y/o rematados en favor del propio acreedor, o bien, de un tercero que este designe.

Desde nuestra noción, cabe distinguir técnicamente entre el mandato de *apropiación* o *reposición*, pues el primero opera cuando ya los bienes muebles (en este caso vehículos) fueron adjudicados en remate, mientras que la reposición incide más en una tipología de solución similar a la medida cautelar de la traba material del embargo (conf. art. 154.2, CPC) que puede tender a la conservación posesoria del activo mobiliario de cara a su presentación para los efectos de la

subasta, por ejemplo. En suma, la propiedad es diferente de la posesión y, por ende, cabe distinguir donde el texto terminológicamente sí lo hace.

La relevancia de tener presente la posibilidad de pactos extrajudiciales en el contexto del derecho real de garantía prendario ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Primero de Apelación Civil de San José, quien dispuso lo siguiente en el voto n.º 361-4C de las trece horas veinte minutos del siete de abril de dos mil veintidós:

*En atención a lo que esta instancia se dispone, habrá de anularse la resolución recurrida. En efecto, lo peticionado por la parte actora es una gestión de reposesión o “apropiación” de un vehículo automotor que, según dice, fue rematado y adjudicado conforme al procedimiento de ejecución extrajudicial pactado en el contrato de prenda con la parte demandada. Si bien no se duda de que al tenor de lo que dispone el aparte a) del inciso 2) del artículo 4 de la Ley de Garantías Mobiliarias dicho bien no puede ser objeto de una garantía mobiliaria sometida al régimen jurídico de esa Ley especial, lo cierto es que en sus artículos 72 y 73 dicho cuerpo normativo sí establece normas especiales para la ejecución y “reposesión” en materia de garantías prendarias constituidas sobre ese tipo de vehículos, concretamente en lo que hace a la posibilidad que tiene el acreedor garantizado de acudir al auxilio jurisdiccional en situaciones en que su reposesión no ha sido posible extrajudicialmente según lo dispone expresamente el artículo 73 citado, análisis que se echa de menos en la resolución venida en alzada. Merced a lo anterior, habrá de*

*anularse la resolución recurrida para que en su lugar el Juzgado de origen reexamine la admisibilidad de lo peticionado en el escrito inicial pero esta vez a la luz de estas normas especiales de ejecución de prendas sobre vehículos automotores.*

Como es de notar, la resolución judicial en comentario dispone una nulidad procesal, pues la persona juzgadora de primera instancia desconoció en forma absoluta lo dispuesto en los artículos 72 y 73 de la Ley de Garantías Mobiliarias (respecto de la interpretación de tales numerales también se puede consultar: Tribunal Primero de Apelación Civil de San José, voto n.º 813-C- de del seis de junio del dos mil veinticuatro). Por tanto, el mero hecho de tener presente que aquella legislación no solamente regula *per se* garantías mobiliarias ya puede ser un buen indicativo para evitar errores como el recién evidenciado.

### **III. A modo de conclusión**

En carácter de cierre general, se considera que, en la presente investigación, se han brindado las pautas necesarias para alcanzar un aceptable grado cualitativo que merece una reseña jurisprudencial sobre garantías mobiliarias.

Sin lugar a dudas, el contenido de los votos, los criterios interpretativos expuestos y la crítica que se ha construido denotan la incondicional importancia que tienen los pronunciamientos judiciales en esta materia, ya que no resultaría exagerado afirmar que quien pretenda conocer en Costa Rica el estado real que presentan las garantías mobiliarias debe necesariamente sacar sus horas de estudio para cultivarse en la voz de la jurisprudencia.

#### IV. Fuentes de consulta

Para facilidad en su consulta, las fuentes utilizadas se agrupan en las siguientes categorías.

##### IV.A. Doctrina

Antillón, W. (2017). *Derecho romano. (Historia jurídica de Occidente)*. Editorial Investigaciones Jurídica S. A.

Argüello, L. (2022). *Garantías mobiliarias: ciclo de vida y ejecución*. Editorial Jurídica Continental.

Castillo, E. (2022). *Derecho de garantías mobiliarias*. Gutenberg impresiones.

Cogliolo, P. (2018). *Estudios acerca de la evolución del derecho privado*. Ediciones Olejnik.

Díez Picazo, L. (1962). *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo*. Barcelona: Editorial Bosch.

Iglesias, J. (2010). *Derecho romano. Historia e instituciones*. Sello Editorial SL.

Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica. (12 de julio de 2021). *Entrevista realizada por el Dr. Luis Mariano Argüello Rojas a la Licda. Gineth Moraga Chacón*. Directora de la Oficina de Garantías Mobiliarias del Registro Nacional de Costa Rica. [Archivo de video]. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=yiCLSO-BX6aQ&list=PLNnkNxK77wDb6cHWVspeH-fpA1C\\_43UpP8&index=8](https://www.youtube.com/watch?v=yiCLSO-BX6aQ&list=PLNnkNxK77wDb6cHWVspeH-fpA1C_43UpP8&index=8)

Rodríguez, O. (2023). Publicidad registral vs. publicidad proveniente de las garantías mobiliarias. *Revista de Ciencias Jurídicas*. (161), 1-34.

Ortiz, G. (2016). *Derecho registral patrimonial*. Editorial Jurídica Continental.

Torrealba, F. (2014). La Ley de Garantías Mobiliarias: alcances y perspectivas. *Revista Judicial*. Poder Judicial de Costa Rica. (114), 121-139. [https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/Revista\\_114/PDFs/08\\_archivo.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista_114/PDFs/08_archivo.pdf)

Torrealba, F. (2015). La Ley de Garantías Mobiliarias: primeras visiones. *Revista Judicial*. Poder Judicial de Costa Rica, (116), 11-29. [https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/Revista%20116/PDFs/02-garantias\\_mobiliarias.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20116/PDFs/02-garantias_mobiliarias.pdf)

Torrealba, F. (2019). *Principios del derecho privado. Persona jurídica, derechos reales*. Tomo II. Editorial Juricentro & IJ Editores. Fondo Editorial.

##### IV.B. Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 2020000248 de las diez horas treinta minutos del siete de enero de dos mil veinte.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 001328-S1-2022 de las diez horas treinta y tres minutos del treinta y uno de mayo de dos mil veintidós.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 000433-C-S1-2021 de las once horas cuarenta minutos del veinticinco de febrero de dos mil veintiuno.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Voto n.º 361-4C de las trece horas veinte minutos del siete de abril de dos mil veintidós.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Voto n.º 1358-1C- de las quince horas cincuenta y cinco minutos del veintitrés de octubre de dos mil diecinueve.



Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. (Sección Extraordinaria). Voto n.º 1207-4C de las trece horas treinta y cinco minutos del treinta de septiembre de dos mil diecinueve.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Voto n.º 117-4U de las once horas treinta y cinco minutos del veinticuatro de enero de dos mil veinte.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. (Órgano monocrático). Voto n.º 60-1U- de las catorce horas veinte minutos del diecisiete de enero de dos mil veinte.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. (Unipersonal). Voto n.º 1241-2U de las diecisiete horas cinco minutos del seis de octubre de dos mil veinte.

Tribunal Primero de Apelaciones Civil de San José. (Sección extraordinaria). Voto n.º 583-4C- de las trece horas treinta y nueve minutos del veintisiete de mayo de dos mil veintidós.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. (Sección extraordinaria). Voto n.º 1620 1C de las quince horas cuarenta y cinco minutos del cinco de diciembre de dos mil diecinueve.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Voto n.º 383-2U de las quince horas cuarenta minutos del doce de marzo de dos mil veinte.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Voto n.º 813-C- de del seis de junio del dos mil veinticuatro.

Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José. Voto n.º 108-C-2021 de las catorce horas treinta y tres minutos del cinco de febrero de dos mil veintiuno.

Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José. Voto n.º 663-C-2020 de las siete horas y trece minutos del veinticuatro de julio de dos mil veinte.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Voto n.º 0517-2018-T de las ocho horas del doce de septiembre de dos mil dieciocho.

#### **IV.C. Normativa**

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1 de enero de 1888). *Código Civil*. (Ley N.º 63, 1887).

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

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (27 de mayo de 1964). *Código de Comercio*. (Ley N.º 3284, 1964). DO: Alcance 27 del Diario Oficial *La Gaceta*, n.º 119 del 27 de mayo de 1964.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1 de enero de 2008). *Código Procesal Contencioso Administrativo*. (Ley N.º 8508, 2006). DO: Alcance 38 A del Diario Oficial *La Gaceta* n.º 120 del 22 de junio de 2006

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (21 de mayo de 2015). *Ley de Garantías Mobiliarias*. (Ley N.º 9246, 2014). DO: Alcance 17 del Diario Oficial *La Gaceta* n.º 95 del 20 de mayo de 2014.





# *Entrevista*





## ENTREVISTA AL MSC. RAYMOND PORTER AGUILAR



El MSc. Raymond Porter Aguilar es un destacado funcionario judicial, cuya trayectoria en la institución inició en el Archivo Judicial, cuando aún era estudiante universitario. Su vocación lo llevó a convertirse en fiscal y, posteriormente, en juez.

Actualmente, es juez penal de tribunal, miembro del Consejo Editorial, facilitador y especialista de contenido de la Escuela Judicial.

En esta entrevista, don Raymond nos recuerda que ser profesionales en Derecho es una oportunidad invaluable para retribuirle a la sociedad las diferentes oportunidades que hemos gozado, lo que perfectamente se puede lograr a través del servicio público de calidad.

Entrevista realizada el 20 de septiembre de 2024 por la Licda. Ruth Alemán Sánchez

**Don Raymond, muy buenos días. Le agradezco muchísimo el espacio que ha tomado para ser entrevistado. Quisiera iniciar preguntándole, ¿cómo fue que decidió estudiar Derecho?**

Muchas gracias, Ruth. Muy buenos días, y el agradecido soy yo de poder participar en esta entrevista para la Revista Judicial que es la publicación más prestigiosa en nuestra institución. Ante esta pregunta, bueno, yo empecé a estudiar Derecho en el año 1991, en la Universidad de Costa Rica. Y la decisión fue, supongo yo, que, en buena medida, [estuvo] influenciada indirectamente porque en mi casa mi papá es abogado, y mi abuelo fue juez también, entonces como que había cierta tradición en el servicio público. Papá fue abogado, pero fue funcionario público. Mi abuelo, como le mencioné, era juez y siempre como que se nos inculcó a mis hermanos y a mí la idea del servicio público, de servirle al país desde una profesión.

Mi hermano mayor es juez también. Cuando entré a la universidad, entre las opciones que había, una era periodismo, me llamaba la atención, pero rápidamente me decanté por el Derecho y creo que el tema es que nunca nos sugirieron ni papá ni mi abuelo que estudiáramos Derecho directamente. Pero creo que eso influyó e hizo que nos decantáramos tanto mi hermano como yo, por ser abogados y, en particular, por la idea de vincularnos como funcionarios públicos al servicio público.

**Si habláramos de retos, ¿cuáles podrían ser algunos de los que enfrentó al inicio de su carrera?**

Bueno, es muy interesante porque creo que el mayor reto al inicio de la carrera lo fue el diseño curricular que existía en aquel entonces, [en] el primer año en particular y, paulatinamente, esto iba cambiando, pero [en] el primer año, en particular, los cursos eran de carácter muy abstracto. Eran cursos que no le encontrabas de entrada una aplicación práctica. Esto se lo puedo decir ahora porque luego de ser muchos años facilitador en la Escuela Judicial, vemos que los procesos de aprendizaje son mucho más efectivos y enganchan a la persona estudiante cuando encontrás la aplicación práctica desde un inicio.

La estrategia pedagógica de la Escuela Judicial, tanto la pedagogía constructivista como la formación por competencias, básicamente hace que el conocimiento sea de carácter práctico, y cuando la carrera se fue volviendo según los cursos que se llevaba, más práctica, pues uno se fue enganchando más. Pero el reto al inicio era muy cuesta arriba, porque bueno, uno viene muy chiquillo saliendo del colegio, entra a carrera y ve aquella cuestión tan abstracta que no le encontrás aplicación, entonces era muy, muy angustiante.

Sin embargo, muchos colegas para esa época decían al cambiar de carrera “esto es muy raro”, “todo esto no es lo mío”. En mi caso persistí, ya después cuando le encontré aplicación práctica a lo que estábamos aprendiendo, me enganchó la carrera, pero al inicio ese fue el gran reto.

**¿Algún reto que recuerde ejerciendo como abogado?**

Se dio la coyuntura que, cuando ya yo me gradué como abogado, me decanté por el área penal. Como al tercer año de la carrera, ya a mí me pareció que lo mío iba a hacer el derecho penal y tenía puesta la idea. Fíjese que, en aquella época, lo que existía era el proceso que llamamos ahora históricamente “inquisitivo reformado”, donde había jueces de instrucción, no había fiscales o fiscalas. Desde esa época, yo me proyectaba en el área penal, pero desde la jurisdicción que era lo que en aquel momento había.

La coyuntura que se dio, que fue muy favorable desde el punto de vista profesional, fue cuando yo me gradué de abogado habiéndome formado en el área penal. Venía de camino el Código Procesal Penal que entró en vigencia el 1° de enero de 1998, y el Ministerio Público, que era una institución chiquitita que tenía si mal no recuerdo, creo que eran 70 fiscales en todo el país con funciones muy concretas, creció exponencialmente a partir de esa fecha. La fiscalía empezó a ser integrada creo que, en aquel momento, como por 280 fiscales y fiscalas.

Eso fue una coyuntura para los que queríamos el área penal muy beneficiosa porque se logró, digamos, conseguir trabajo de forma relativamente fácil para el que trabajaba en esta área. Había requerimientos de muchos profesionales en esa área, y esa fue una coyuntura muy beneficiosa para mí, de manera que yo empecé a ser funcionario judicial. Bueno, yo era ya funcionario judicial en el Archivo de Registro Judicial

del Poder Judicial de manera interina mientras me graduaba, y cuando esto se dio, pude rápidamente vincularme a la institución, pero como fiscal del Ministerio Público y ahí, digamos, el gran reto desde aquel entonces era ver cómo darle vida a un cambio de paradigma en el proceso penal que pasábamos de esto que te comentaba que yo me figuraba o me vislumbraba como juez de instrucción investigando temas delictivos con esa formación que venía de profesores muy prestigiosos de la época, a un cambio de paradigma en el cual casualmente caigo en la función de investigar delitos, de hacer dirección funcional con la Policía, acusar, llevar a juicio asuntos, pero en un contexto donde, seamos sinceros, siempre que viene un cambio legislativo, aunque exista una gran preparación previa que, en aquel momento, no fue una gran preparación, hay un periodo de ajuste que puede ser muy largo o muy corto.

Esa época creo que fue bastante larga en la institución, donde las personas no sabían sus nuevos roles, sus nuevas competencias. Fíjese que hubo muchos conflictos con la Policía Judicial, ya que estaban acostumbrados a investigar los asuntos solos, dándole cuentas a un juez de instrucción y, a partir de ese momento, estaban bajo la dirección funcional de un fiscal o una fiscalía. Eso culturalmente incomodó a la Policía, y entonces al principio se dieron roces.

La figura del juez o de la jueza que investigaba y tenía esa dualidad, verdad, investigar hechos delictivos, pero también de velar por los derechos de las partes, concretamente de las personas acusadas-imputadas, pasa a un rol pasivo que es el de juez de garantías.

Entonces el periodo de ajuste fue “listo, yo me repliego, yo ya no hago mayor cosa, yo simplemente veo de lejos” y tampoco ese era el rol. Entonces fue un periodo de ajuste muy, muy fuerte que llevó mucho tiempo hasta que cada uno entendió su rol.

Te puedo decir que, en el transcurso del tiempo, hemos visto la consolidación del procedimiento del proceso penal actual que es de tendencia marcadamente acusatoria. Sin embargo, ha habido cambios significativos en el país en términos que no se atribuyen al sistema penal en concreto, sino a un deterioro enorme en las condiciones de vida de los ciudadanos, de las ciudadanas. A lo que me refiero es básicamente a la irrupción, podríamos decir desde principios de los noventa, del incipiente crimen organizado con el tráfico de drogas. Y nos tocó como país en un momento donde venía la idea de reducir el tamaño del Estado que es una idea que ha persistido en el tiempo, reducir las competencias del Estado en términos de ahorro económico.

Pero el problema fundamental que enfrentamos me parece a mí es de naturaleza sociológica, de naturaleza criminológica. Cuando el Estado se repliega, el Estado deja de brindarles oportunidades a las comunidades. Pensemos en grandes barriadas urbano- marginales que tenemos en nuestro país. Lastimosamente, esta gente que vive mal las oportunidades ya no viene de programas asistenciales del Estado o de políticas públicas del Estado para que la gente tenga movilidad social ascendente. Ese repliegue del Estado es lo que, precisamente, en términos de poder, diría la gente que trabaja en ciencias políticas, no hay poder vacante, alguien llega y lo ocupa, y eso es lo que nos ha pasado como sociedad con el crimen organizado. El crimen organizado ahora es el que le da oportunidades de movilidad social ascendente a la gente sin oportunidades en nuestros estratos socioeconómicos más vulnerables, de manera que vemos realidades muy, muy fuertes en el sentido de que la forma de prosperar ya no es la educación, ya no es el sacar una profesión, obtener un trabajo y crecer en ese sentido; esas oportunidades están muy reducidas.

Entonces pareciera que la realidad nos ha ido desbordando mucho. Lo vemos todos los días en los noticieros y no es un tema propiamente de procedimientos penales, reglas del proceso penal, de quitar garantías del proceso penal. Parece que no es la ruta, sino de resolver o atender las causas que generan la delincuencia que tenemos ahora. Le diría que estamos muy desbordados, pero las razones de esto no están dentro del sistema de la justicia penal, sino fuera, son sociales.

**Con esto me surge la duda sobre el papel que ha jugado la justicia restaurativa. Desde su punto de vista, ¿cuál ha sido?**

Me parece que [tiene] un papel muy importante y, probablemente, apenas estamos viendo el impacto inicial de una política pública en materia penal no punitivista que busca remediar el conflicto entre las personas. Sin duda alguna, es una de las direcciones correctas que prometen funcionar y arreglar la conflictividad entre las personas. Me parece que el impacto de esto empieza a verse en términos positivos. Creo que esto deberá crecer más, deberá ampliarse más, deberá dársele un sustento institucional para [que] lo que se conviene ahí entre las partes se pueda materializar y reducir la conflictividad. La contracara que yo le veo a esto es la percepción o lo que, en la opinión pública, está instalado desde hace mucho tiempo, lo que quienes nos dedicamos al derecho penal llamamos “populismo punitivo” que propugna que toda conducta contraria a la ley debe ser sancionada con prisión y ojalá con unas penas desproporcionadas.

El populismo punitivo ha tenido muchísima fuerza en este periodo, justamente, que coincide con el debilitamiento del Estado social de derecho, y una de las formas de contener, de manera, diría yo, falaciosa, la criminalidad, es endurecer leyes, endurecer sanciones, convertir cosas que antes eran contravenciones en delitos, y entonces el problema es que, en el ideario del ciudadano, de la ciudadana de a pie, pareciera que la única solución es el castigo y el castigo desmesurado. Entonces, iniciativas loables y efectivas, sobre todo efectivas, porque se ha tenido comprobación empírica en otros lados y aquí mismo que funcionan para resolver la conflictividad, no se ven tan populares.

Fíjese entonces que, desgraciadamente, aunque hay ideas muy buenas como justicia restaurativa, pareciera que la opinión pública está vinculada a esas ideas que venden humo de populismo punitivo.

**Muchas gracias, don Raymond. Ahora pasando al área académica, ¿podría contarme sobre su experiencia como facilitador judicial?**

[...] yo me vinculé hace 10 años a la Escuela Judicial como facilitador en diferentes áreas de trabajo. Principalmente mi vínculo inicial fue el área de razonamiento y argumentación jurídica, porque mis estudios de posgrado fueron en esa área, no te diré que de conocimientos, sino que es un área transversal a todas las ramas del derecho y existía la necesidad tanto en el programa de nivelación básica (dirigido a funcionarios y funcionarias activas que pasan por las aulas llevando cursos de actualización ) como en el Programa FIAJ (Formación de Aspirantes a la Judicatura), en argumentación, razonamiento y argumentación jurídica. Esto ocurrió según tengo entendido mucho tiempo antes de que yo me vinculara a la Escuela, porque la Corte hizo un diagnóstico institucional de áreas de debilidad. Eso probablemente fue el año anterior al año 2009. La Corte detectó a través de este proceso de diagnóstico, repito, que las áreas de debilidad principales en el ejercicio de la judicatura estaban relacionadas con el razonamiento y la argumentación jurídica por parte de los jueces, y nosotros entenderíamos eso con el razonamiento jurídico en los casos, pero, sobre



todo, la fundamentación de la sentencia, hacemos aquí una sinonimia entre argumentar y fundamentar las decisiones. Hay una debilidad enorme en eso y una debilidad aún mayor en el área de la valoración de prueba. Esa es otra área que se trabajan en los dos programas que le mencioné, porque los programas de formación en la carrera en Derecho tienen una tradición histórica, probablemente de siglos. Pero también arrastran un componente que es muy distintivo o en términos de estereotipo “perjuicio de la ciudadanía respecto a los abogados y [las] abogadas”, que se trata de una profesión elitista, de una profesión arrogante, de gente muy arrogante. Y esto, ciertamente es un estereotipo, pero en muchos momentos tiene fundamento y parte lo menciono con ocasión [de] esto en que la profesión en sí, quienes diseñaron el derecho, quienes preñaron en su mente lo que un abogado o una abogada debía saber para ser abogado o abogada partieron de la idea de que no requerimos para nada de otras disciplinas diferentes del derecho. El mundo lo podemos entender a partir de normas y, en razón de que usted es abogado, usted por definición sabrá argumentar bien, como usted se forma como abogado por definición, usted sabe valorar prueba y veamos en los programas de estudio que eso no se contemplaba antes. Por ejemplo, el tema de la valoración de prueba era un tema reservado a un capítulo de cada código respectivo, y se asume que una persona sin formación en esas áreas puede valorar prueba y puede juzgar a los demás sin ningún problema por el mero hecho de ser abogado. Entonces el reto inicial, en el caso mío, fue el área de razonamiento y la argumentación jurídica, de visibilizar estas debilidades.

La Corte aceptó en su momento desarrollar estas áreas en la formación de personas juzgadoras y en la actualización de las personas que ya están ejerciendo como jueces y juezas.

Le comento que el gran valor agregado que, en la docencia, uno ha adquirido y a través de la Escuela Judicial es entender los procesos de educación desde otra perspectiva como le decía, porque una formación por competencias, un proceso pedagógico constructivista, construir el conocimiento, eso es muy diferente a como uno estudió el derecho, por lo menos a mí me tocó una clase magistral. Esto pues nos hizo crecer mucho tanto a los colegas, las colegas y a mí que venimos de ese ámbito. Esto nos dio otra visión de la educación y una forma mejor de formar y transmitir conocimiento: construirlo con la gente.

### **¿Qué ha significado para usted formar parte del Consejo Editorial?**

La Corte me honró designándome como miembro de este Consejo con otros colegas y otras colegas, y también profesionales de otras áreas. Ha sido una experiencia muy bonita, principalmente [es] muy grato el conocer o el tratar en primera mano el pensamiento, el deseo de aporte a la cultura jurídica de las personas que se acercan a la Revista, que quieren difundir su pensamiento, sus ideas, que quieren aportar.

Pareciera que, en los últimos años, ha existido dificultades, probablemente relacionadas con la época de la pandemia, con la dificultad de las personas tanto en salud como en materia de trabajo. Hubo como un impasse, sin embargo, a partir de que la Revista la tomó su antecesora doña Vilma Alpízar y ahora con usted, el asunto ha tendido a estabilizarse y a crecer, y cada vez vemos más el deseo de personas de la institución, así como personas externas a la institución de construir conocimiento, de aportar sus ideas, de brindárselas a la comunidad jurídica y el hacerlo a través de una revista como esta que es muy prestigiosa en términos de su trayectoria histórica; pero, además, muy prestigiosa en términos de su difusión y de la calidad de material que se aprueba para publicar, pues ha sido una experiencia muy bonita ver cómo esto incluso se convierte en un gran estímulo para profesionales de seguir investigando y seguir trabajando temas. Básicamente, esto

ocurre porque en este “boom” que empezamos a tener respecto al aporte a la comunidad jurídica por medio de la Revista, hay gente que se ha entusiasmado mucho, se ha motivado mucho y ha seguido trabajando e investigando y ofreciendo sus trabajos. Entonces ha sido como ganar-ganar: la gente se siente tomada en cuenta, se siente estimulada para crecer profesionalmente al tiempo que, pues, sea un aporte a la comunidad jurídica valioso; crece el conocimiento, crecen los aportes y, sobre todo, el tema de que la Revista sea de formato electrónico y una difusión abierta es una ganancia extra que se tiene con este proceso y un insumo que se le[s] devuelve a la comunidad y a la sociedad de parte del funcionariado judicial.

**Justamente hablando de estos aportes que hacemos a la comunidad, con la reciente publicación de su “Antología sobre el razonamiento y argumentación jurídica” y pensando en las personas profesionales en Derecho que ya leyeron su obra o que están en ese proceso, ¿cuál podría decir que es el mensaje o el aporte que desea dejarles?**

[...] quisiera mencionar dos cosas: [lo] primero es que esto significó un reto de romper un paradigma que se tenía por establecido, como una idea preconcebida de que sobre este tema no podía haber un texto. Fijese que todos los cursos del FIAJ tenían una antología, excepto el de Razonamiento y Argumentación. Todos tenían su obra producida por la Escuela Judicial. En el caso de este curso, por ser algo tan interdisciplinario que tiene que ver con filosofía, filosofía política, epistemología, lógica, lógica formal, mucha psicología cognitiva, ahora también por ser tan diversa, esto no se podía sistematizar y se trabajó por muchos años con un compendio de lecturas de muchos autores y autoras, y, además, una cantidad de páginas exorbitante para cada curso, lo que hacía muy difícil el acceso al contenido de ellos para las personas que participaban de la capacitación y, por otro lado, teníamos el problema de que autores de diferentes escuelas de pensamiento y áreas del conocimiento te hablaban de algún tema en particular desde diferentes ópticas que generaban confusión. El reto fue decir, ¿bueno, y por qué no intentamos hacerlo? Duramos desde que empezamos a pergeñar la idea hace diez años, pero desde que empezamos a hacerla, duramos cinco años trabajándola en términos de cómo sistematizar en siete unidades que corresponden a ocho sesiones, tanto para el FIAJ como para nivelación, la información que puede ser pertinente y útil para el desarrollo de competencias de alguien que se forma o alguien que administra justicia. Entonces fue un proceso muy largo de escoger, prueba y error, hasta que llegamos a un consenso de que esta es la información que podemos ofrecer en un texto y luego sistematizarlo. Entonces es un producto que se hizo pensado en primer término para quienes se forman como jueces, como juezas, pero también para las personas que ya están en la Judicatura. No obstante, la forma en que entendemos la Administración de Justicia, la función jurisdiccional, en ese curso, en este texto, básicamente es de interés no solo para quien quiere ser juez o jueza, es de interés para las personas que son litigantes, para las personas que estudian Derecho.

Si algo hemos ido aprendiendo con el tiempo y probando en nuevas estrategias pedagógicas es que una de las formas de entender el derecho, de hacerse buen litigante, es entender cómo piensan los jueces y las juezas, cómo captan los hechos de un caso, cómo dirigirse a ellos. Por esa razón, el texto es muy versátil en términos de que puede atender necesidades de diferentes poblaciones, te diría que jueces, juezas, litigantes y personas que estudian Derecho.

Ahora, dos cosas puedo decirte en términos del mensaje, del paradigma que es transversal en toda la antología, tratamos de desarrollar como forma de superación de un paradigma del derecho que históricamente ha sido muy formalista, ofrecer los desarrollos de corrientes más novedosas o más críticas, como es el realismo

jurídico que, en nuestro país, lo ha venido desarrollando desde hace varias décadas el Dr. Pedro Enrique Haba y con unos aportes muy importantes que sirven no solo para la crítica de las resoluciones judiciales, sino [también para] la autocrítica de la persona juzgadora frente a sus deberes como persona juzgadora y las posibilidades de una corriente contemporánea muy interesante que se llama postpositivismo.

Lo que se pretende ofrecerles a las personas es una visión del derecho más allá de una idea formal de que el derecho o la función jurisdiccional se debe entender como la aplicación de normas, sino una idea que el abordaje jurisdiccional de los casos requiere del desarrollo de competencias que provienen de otras áreas del conocimiento. Por ejemplo, la humildad intelectual, el poder tener la versatilidad de escuchar a los demás genuinamente con interés, no como obligación de que lo tengo que escuchar porque no tengo de otra, le toca la palabra, lo escucho y no me interesa lo que dice, es romper con ese paradigma de una persona juzgadora que en el pasado se entendía como el centro de la actividad de la Administración de Justicia y desplazarnos a entender la Administración de Justicia desde otro paradigma diferente que es entenderlo como un derecho humano o derecho fundamental, pero de las personas usuarias. El centro de la Administración de Justicia no es el juez y la jueza, como se entendía anteriormente, lo es la persona usuaria, y la Administración de Justicia en términos de entenderla como un derecho humano, un derecho fundamental, implica que somos funcionarios y funcionarias que nos debemos a un servicio público, y el servicio público debe ser de calidad, porque lo que está en juego es precisamente la violencia en la sociedad.

Con la constitucionalidad de los derechos, con la aparición de la división de poderes, etcétera, para no ir muy atrás en la historia, les decimos a las personas que la forma de resolver los problemas es acudiendo a la Administración de Justicia, no a la propia mano. Y entonces eso implica que quienes administramos justicia asumamos el compromiso de que esto va a ser un servicio que debe darse con calidad. Debe implicar el mayor esfuerzo posible para resolver el caso de la manera más rápida y ojalá de la manera adecuada para que el asunto no se anule y tenga que volver una y otra vez a procesos. Este cambio de paradigma no es menor, es fundamental y entonces implica en última instancia que quien desee llegar a ser un juez o [una] jueza de la república entienda que esto es un puesto para servir, para resolverle problemas a la gente. No es un puesto para enriquecerse, es un puesto con el que se vive con decoro en términos de retribución económica, pero est[e] es un puesto básicamente que implica servir a las personas. Es un puesto que implica desarrollar, por eso hablaba un poco de temas éticos, de temas de epistémicos, desarrollar competencias o habilidades de escuchar a la gente, de empatizar con sus problemas, ciertamente, desde una posición de imparcialidad, entender qué es el conflicto que subyace y ver de qué manera se resuelve.

Desde un paradigma jurídico muy formalista, esto es totalmente invisible, es la aplicación de la norma, sí o no, y el siguiente caso. Entonces creo que la idea transversal del contenido de esta antología es entender que somos o tenemos que ser funcionarios y funcionarias con un perfil diferente al que antes se entendía para poder responder al reto de la Administración de Justicia de este siglo 21.

**Don Raymond, ¿hay algo más que desee aportarnos o podría darnos un mensaje final para concluir la entrevista?**

Lo que quisiera es hacer esa invitación sobre todo a los muchachos y muchachas que están terminando de estudiar la carrera del Derecho, de contemplar dentro de las posibilidades el servirle al país, el servirle a la sociedad, a la comunidad que nos ha permitido de una u otra forma crecer profesionalmente, avanzar

como profesionales, obtener nuestra profesión, en algunos casos a través de la educación pública; en otros casos, a través del esfuerzo familiar principalmente en la educación superior privada; pero, al final del día, una invitación a que retribuyamos, contemplemos la posibilidad de retribuir todo lo que somos, lo que hemos logrado como profesionales, retribuirselo al país que nos ha brindado las posibilidades de vivir acá, desarrollarnos, de tener acceso a la educación, de tener acceso a la educación superior y poder atender que ese llamado no es un tema menor, es un tema muy relevante.

Ciertamente, vivimos en un contexto histórico donde la prioridad no es vincularse a trabajar al Estado, ciertamente la idea de la economía actual es vincularse al sector privado. Sin embargo, es imprescindible para que el sector privado funcione también que las instituciones públicas estratégicas, como la Administración de Justicia, brinden servicios de calidad, brinden buenos servicios y tenga[n] un buen funcionariado. Y en ese sentido, doy una invitación para que las personas reflexionen en términos de que vale la pena vincularnos a una profesión como es la de ser juez o jueza de la república o los diferentes puestos del Poder Judicial, vale la pena vincularnos y servirle al país.

Se requiere, es imprescindible, que las instituciones funcionen y funcionen bien para que todo el desarrollo del país sea articulado.

Entonces, pues una invitación básicamente es lo que te podría decir para quienes están estudiando Derecho y se van a graduar: que contemplen esta posibilidad como una vocación a seguir.

---

*Reseña de Libros  
e Investigaciones*

---



## RESEÑA DE LIBROS

### Antología didáctica: razonamiento y argumentación jurídica



Poder Judicial | Escuela Judicial  
Lic. Edgar Cervantes Villalta  
Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura (FIAJ)



En esta oportunidad, se recomienda una obra producida por el M. Sc. Raymond Porter Aguilar, quien se destaca en el Poder Judicial como juez penal de juicio, así como especialista en contenido y facilitador de la Escuela Judicial.

Este trabajo reviste de gran relevancia para la comunidad jurídica, ya que realiza un minucioso recorrido sobre fundamentación, argumentación, errores y falacias, decisión jurisdiccional y estructura de las sentencias. Además, brinda aportes metodológicos y ejercicios prácticos que, sin duda, contribuirán al desarrollo de las competencias requeridas en la labor jurisdiccional.

En palabras de don Raymond: *“Se espera que la presente antología sea de utilidad tanto para las personas que participan del Programa FIAJ como para otros cursos homónimos dirigidos a la población judicial activa, la comunidad académica y jurídica en general”*.

Se podrá obtener esta valiosa herramienta en formato digital, a través del siguiente enlace: [https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/bibliotecavirtual/20\\_OtrasPublicaciones/Antologia\\_Razonamiento\\_argumentacion\\_juridica.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/bibliotecavirtual/20_OtrasPublicaciones/Antologia_Razonamiento_argumentacion_juridica.pdf)





---

*Personas que  
colaboraron  
en este número*

---



## PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO

**Dra. Ligia Jeannette Jiménez Zamora.** Es licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica, con la tesis de honor *Las penas en el delito de narcotráfico, desde una perspectiva jurídico-sociológica* (2001). Cuenta con una maestría en Derechos Humanos por la Universidad Estatal a Distancia (2004) y en Administración de Justicia-Enfoque Socio-Jurídico con Énfasis en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica (2015). Es especialista en Praxis Pericial Forense para Juristas del Instituto Superior de Estudios Psicológicos (2018). Es doctora en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia, con la tesis aprobada con distinción y para publicación *Mujeres que introducen drogas en centros penitenciarios: valoración de las repercusiones sociales y jurídicas del artículo 77 bis de la Ley 8204 en Costa Rica, 2013-2019* (2021). Está certificada como conciliadora y mediadora de la Cámara de Comercio de Costa Rica (2009). En el 2021, participó en el Diplomado Internacional *Peritaje antropológico con perspectiva de género para delitos de violencia contra las mujeres y fenómenos asociados. Teoría y práctica*, del Centro Internacional de Estudios Interdisciplinarios (CIESI). Participó en el curso *IC FUNPADEM-Formación en Habilidades Blandas y Competencias Gerenciales*, impartido por ADEM Internacional Business School (2021). Está certificada del *II Curso internacional, interdisciplinario e intercultural. Monitoreo internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas: derechos territoriales y consulta previa, en tiempos de pandemia*, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021). Ha escrito varios artículos y tres libros. Actualmente, labora para el Poder Judicial como defensora pública. Correo electrónico: [ljimenez@Poder-Judicial.go.cr](mailto:ljimenez@Poder-Judicial.go.cr).

**MSc. Álvaro Antonio Montoya Martínez.** Es licenciado en Derecho y Notario Público por la Universidad de Costa Rica (1986-1992). Cuenta con una maestría en Administración de Justicia con Énfasis en Materia Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica (2009). Laboró para la oficina local del Patronato Nacional de la Infancia situada en Limón, como asistente legal (1993-1994). Fue representante legal y jefe de oficina (1993 a 1995 y 1996-1997), así como subdirector ejecutivo de dicha institución (1995-1996). Ingresó al Poder Judicial en 1998, se desempeñó como fiscal auxiliar y fiscal adjunto. En la actualidad, se destaca como fiscal adjunto de la Unidad de Trámite Rápido de la Fiscalía de Turno Extraordinario y de la Fiscalía de Flagrancias del Primer Circuito Judicial de San José. Correo electrónico: [amontoyam@poder-judicial.go.cr](mailto:amontoyam@poder-judicial.go.cr).

**MSc. Luis Eduardo Argüello Maradiaga.** Es abogado y notario público. Es licenciado en Derecho y máster profesional en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica (UCR). Es máster académico en Administración Pública con Énfasis en Gestión del Conocimiento e Investigación en Políticas Públicas por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y el Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP). Es estudiante de doctorado. Fue galardonado por la Universidad de Costa Rica en el año 2019 como mejor promedio de maestría profesional en el área de Ciencias Sociales, primer promedio general de posgrados y mejor promedio del Posgrado en la Facultad de Derecho. Es autor del libro *Manual de derecho registral patrimonial (parte general)* publicado por la Editorial Investigaciones Jurídicas S. A. en el año 2022. Es mediador y conciliador certificado, conferencista y docente universitario. Correo electrónico: [luis.arguello.cr@gmail.com](mailto:luis.arguello.cr@gmail.com), <https://orcid.org/0009-0008-5463-5243>.

**MSc. Adrián Molina Elizondo.** Es licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica (1992-1998). Especialista en Investigación y Prueba en el Derecho Penal por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España (2006). Es máster en Derecho y Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España (2009) y máster en Administración de Justicia, Enfoque Socio-Jurídico con Énfasis en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional, sede Heredia (2015-2016). Se ha destacado en el Poder Judicial como fiscal auxiliar del Ministerio Público (1999-2004), juez 3 penal (2004-2010 y 2017-2024) y juez 4 penal de juicio (2011-2016). Se desempeñó como docente universitario en la Universidad de San José, impartiendo las materias de Derecho Penal General y Derecho Romano (2003-2004). Correos electrónicos: amolinae@poder-judicial.go.cr y adrianmolina@gmail.com.

**Dr. Farith Suárez Valverde.** Es abogado y notario público. Cuenta con una maestría en Administración y Derecho de la empresa, así como con estudios en Administración de Empresas por el Instituto Tecnológico de Costa Rica. Es doctor en Derecho con especialidad en Derecho Procesal y Comercial. Se desempeña como profesor universitario de grado y posgrado en la Universidad Escuela Libre de Derecho de Costa Rica. Actualmente, es juez del Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José y facilitador de la Escuela Judicial de Costa Rica. Correo electrónico: fsuarez@poder-judicial.go.cr.

**MSc. Karla Leiva Canales.** Es licenciada en Derecho por la Universidad Panamericana; especialista en Derecho Laboral por la Universidad de Costa Rica y en Derecho de Familia por la Escuela Judicial de Costa Rica. Es máster en Derecho de Familia por la Universidad Latina de Costa Rica y mediadora por St Jude School. Ha laborado en el Poder Judicial por 20 años y, en la actualidad, se destaca como profesional en Derecho del Centro Electrónico de Información Jurisprudencial. Correo electrónico: kleivac@poder-judicial.go.cr.

**MSc. Paúl Fuentes Sing.** Es licenciado en Derecho y especialista en Derecho Notarial y Registral. Cuenta con una maestría en Derecho Penal. Ha cumplido funciones como fiscal auxiliar, fiscal coordinador, juez penal y juez de juicio en distintos despachos del Poder Judicial de la República de Costa Rica, desde el 2009 hasta la fecha. Correo electrónico: pfuentes@poder-judicial.go.cr.

**MSc. Ana Carolina Lizano Salazar.** Es una profesional con una trayectoria sólida y diversa en el ámbito judicial y educativo. Con más de una década de experiencia, se destaca por su rol como jueza penal donde ha gestionado la administración de justicia en la tramitación y ejecución de procesos legales. Su labor como docente en la Universidad Estatal a Distancia y facilitadora en la Escuela Judicial Lic. Édgar Cervantes Villalta demuestra su compromiso con la formación de profesionales en ciencias sociales y criminológicas, así como con la capacitación continua de personas funcionarias judiciales en la búsqueda de la eficiencia del sistema judicial costarricense. En cuanto a su formación académica, cursó una maestría en Derechos Humanos, una especialización en Derecho Notarial y Registral. También realizó estudios de posgrado en Criminología y Sociología Jurídico-Penal. Actualmente, estudia el doctorado en Gobierno y Políticas Públicas en la Universidad de Costa Rica. Ha mostrado un enfoque constante hacia la actualización profesional, participando en numerosos cursos y talleres, tanto nacionales como internacionales, en temas relacionados con delitos financieros, ciberdelincuencia, crimen organizado, justicia abierta, políticas públicas, entre otros. Finalmente, su participación en ponencias nacionales e internacionales refleja su compromiso con la investigación y la enseñanza en temas claves dentro del ámbito penal, incluyendo la aplicación de técnicas de investigación, valoración de pruebas, delitos de cuello blanco y la independencia judicial. Enriquece su

labor docente con más de una década de experiencia en el Poder Judicial costarricense, lo que le permite ofrecer una educación basada tanto en la teoría como en la aplicación real del derecho penal y las ciencias criminológicas. Correo electrónico: [clizano@poder-judicial.go.cr](mailto:clizano@poder-judicial.go.cr).

**MSc. Javier Madrigal Navarro.** Es máster en Derecho Penal, especialista en Derecho Comercial, licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica y especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Ha laborado en el Poder Judicial como fiscal del Ministerio Público y como juez en el Tribunal de Flagrancia, el Juzgado de Tránsito, el Tribunal de Justicia Restaurativa y el Tribunal de Juicio ordinario. En la actualidad, se desempeña como juez de tribunal. Correo electrónico: [javiermadrigal12@yahoo.com](mailto:javiermadrigal12@yahoo.com).

**MSc. Gabriela Morera Guerrero.** Labora en el Poder Judicial como jueza de tránsito y es facilitadora de la Escuela Judicial (Programa FIAJ y temas de lenguaje inclusivo). Correo electrónico: [gmorera@poder-judicial.go.cr](mailto:gmorera@poder-judicial.go.cr).

**Dr. Luis Mariano Argüello Rojas.** Es doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia, máster en Administración de Justicia Enfoque Socio-jurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Es especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica (UCR). Cuenta con una especialización de juez civil por la Escuela Judicial. Es licenciado en Derecho con énfasis en Derechos Humanos por la Universidad de Costa Rica (UCR). En el 2011, fue medalla de honor y obtuvo el primer promedio del Sistema de Estudios de Posgrado en Derecho y del Área de Ciencias Sociales (a nivel de especialidad) de la Universidad de Costa Rica (UCR). En el 2019, obtuvo el primer promedio en el posgrado cursado en la Universidad Nacional (UNA). En general, todas sus graduaciones han sido con distinción. Desde el 2012, es juez de la república y ha desempeñado su cargo en la Jurisdicción Civil y Contencioso-Administrativa. Desde el 2015, ha sido profesor de Derecho en la Universidad de Costa Rica (UCR), sede de Occidente. Actualmente, labora como juez 5 de Apelación Civil. Es autor de dos libros y más de treinta artículos de investigación publicados en revistas jurídicas especializadas a nivel nacional y latinoamericano. Ha fungido como facilitador en la Escuela Judicial y director de varios TFG presentados en la Universidad de Costa Rica (UCR). Es investigador, conferencista y valuador de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica (UCR). Es integrante de la Asociación Costarricense de la Judicatura y miembro fundador del Instituto Panamericano de Derecho Procesal- Capítulo Costa Rica. Correos electrónicos: [luis.arguello Rojas@ucr.ac.cr](mailto:luis.arguello Rojas@ucr.ac.cr) / [arguellomariano@gmail.com](mailto:arguellomariano@gmail.com).



# NORMAS DE PUBLICACIÓN

El Consejo Editorial de la Escuela Judicial comunica los siguientes lineamientos que las personas colaboradoras deben seguir para la edición de los artículos o ensayos de sus publicaciones en la Revista Judicial.

## OBJETIVO GENERAL

La Revista Judicial es una publicación del Poder Judicial a cargo de la Escuela Judicial y que tiene como objetivo general difundir el conocimiento científico-jurídico desde una perspectiva integral e interdisciplinaria, producto del análisis sobre diversos temas de actualidad, que representen una contribución para el mejor acceso a la justicia.

## PERIODICIDAD

La Revista es una publicación semestral (junio y diciembre) y los artículos a valorarse se reciben con seis meses de antelación a la publicación.

### A. ASPECTOS GENERALES

Se reciben artículos escritos en español y el archivo electrónico del artículo a evaluarse, debe ser remitido en formato *.docx* (Word) o *.rtf* (compatible) al correo electrónico [revistajudicial@poder-judicial.go.cr](mailto:revistajudicial@poder-judicial.go.cr) de la Revista Judicial, con las siguientes características formales:

- a.1. Deben presentarse los textos con interlineado 1.5.
- a. 2. El tipo de letra utilizado debe ser Times o Times New Roman 12.
- a. 3. El tamaño de la página (márgenes) será el utilizado en Word tamaño carta.
- a. 4. Los márgenes estándar que debe tener el papel de carta son los siguientes: Margen superior e inferior de 2,5 cm y margen izquierdo y derecho de 3 cm.
- a. 5. 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.
- a. 6. El texto puede estar dividido en partes y secciones que faciliten su comprensión, y cada sección, si procede, puede dividirse en subsecciones.
- a. 7. Se presenta la bibliografía al final del artículo y se elabora de acuerdo con las especificaciones que correspondan.
- a. 8. **Se debe emplear el lenguaje inclusivo**. Se debe evitar la utilización de paréntesis, por ejemplo: trabajador(a).

## B. FORMATO DEL ARTICULO

### b.1. 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

## 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.

### 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 “llenen” 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, “prejuicios” 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 “juicio” 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

## **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:

1. Un alto contenido académico.
2. El aporte de tesis o conocimientos nuevos sobre el tema.
3. Las afirmaciones respaldadas con argumentos, teoría o por investigación fáctica.
4. La relevancia del trabajo en su campo.
5. Un buen uso del idioma.
6. Uso de lenguaje inclusivo.
7. Una exposición clara.
8. Una buena organización de las ideas y 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 interesada deberá enviar juntamente con su trabajo la carta de presentación una pequeña reseña biográfica.**

